

2024

www.marcelohuerta.com

MARCELO HUERTA
**AUTODETERMINACIÓN
INFORMATIVA Y
NEURODERECHOS**

Huerta Miranda, Marcelo Eduardo.
Autodeterminación Informativa y Neuroderechos.
Madrid, España
Editorial SAEJEE.University
Primera Edición, 2024

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

Esta página se dejó en blanco intencionalmente.

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

**Autodeterminación
Informativa y
Neuroderechos**

© 2024, Marcelo Eduardo Huerta Miranda (Chile). Todos los derechos reservados.

Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse ni transmitirse de ninguna forma ni por ningún medio, electrónico o mecánico, incluidas fotocopias, grabaciones o cualquier sistema de almacenamiento y recuperación de información, sin el permiso por escrito del editor. Puede encontrar detalles sobre cómo solicitar permiso, más información sobre las políticas de permisos del editor y nuestros acuerdos con organizaciones como el Copyright Clearance Center y la Copyright Licensing Agency en nuestro sitio web: las contribuciones contenidas en él están protegidas por derechos de autor por parte Marcelo Eduardo Huerta Miranda (Chile).

Noticias

Los conocimientos y las mejores prácticas en este campo cambian constantemente. A medida que nuevas investigaciones y experiencias amplían nuestra comprensión, pueden ser necesarios cambios en los métodos de investigación, las prácticas profesionales o nuevas tecnologías o legislación. Los profesionales e investigadores siempre deben confiar en su propia experiencia y conocimiento al evaluar y utilizar cualquier información, método, compuesto o experimento descrito en este documento. Al utilizar dicha información o métodos, deben tener en cuenta su propia seguridad y la de los demás, incluidas las partes por las que tienen una responsabilidad profesional. Con respecto a los lectores verificar la información más actualizada proporcionada (i) sobre los procedimientos presentados o (ii) por el autor de cada producto a administrar. En la máxima medida de la ley, ni el editor ni los autores, contribuyentes o editores asumen ninguna responsabilidad, por cualquier uso o operación de cualquier método, producto, instrucción o idea contenida en el presente material.

ISBN: 9 780201 379624



MARCELO EDURADO HUERTA MIRANDA
2024-02-29 23:25:58

<https://www.marcelohuerta.com>

Printed in China

Last digit is the print number: 9 7 8 0 2 0 1 3 7 9 6 2 4

Prefacio

Propósito de este libro

En un mundo cada vez más interconectado, donde la tecnología avanza a un ritmo vertiginoso, surge una necesidad imperativa de repensar nuestra relación con la información y nuestra propia biología. "Autodeterminación Informativa y Neuroderechos" se adentra en esta compleja trama, ofreciendo una perspectiva innovadora sobre cómo los avances en neurotecnología y la gestión de la información personal están redefiniendo los límites de la libertad individual y la privacidad. A través de sus páginas, el lector será guiado por un viaje que comienza en los fundamentos de la autodeterminación informativa, un principio que sostiene el derecho de las personas a controlar su propia información personal, y se extiende hacia el emergente campo de los neuroderechos, que busca proteger la mente humana de posibles abusos tecnológicos.

Este libro es un esfuerzo por cartografiar el futuro de nuestros derechos en una era definida por el flujo constante de datos y los avances en inteligencia artificial y neurociencias. Al hacerlo, no solo plantea preguntas críticas sobre cómo mantenemos nuestra autonomía y privacidad en un mundo digitalizado sino que también ofrece un marco para entender y abordar los desafíos éticos, legales y sociales que acompañan a estas transformaciones. En esta exploración, el autor no se limita a exponer los riesgos y las oportunidades que la era digital presenta para la autodeterminación personal y colectiva, sino que también invita a los lectores a reflexionar sobre el papel que cada uno puede desempeñar en la configuración de un futuro en el que la tecnología sirva a la humanidad, respetando nuestros derechos más fundamentales.

En el vertiginoso panorama de la era digital, donde la información fluye como un torrente incesante y las fronteras entre lo público y lo privado se desdibujan, surge una imperiosa necesidad de reflexionar sobre el concepto de autodeterminación informativa y su relación con los neuroderechos. En este libro, exploraremos las complejas intersecciones entre la tecnología, la ética y la ley, abordando cuestiones fundamentales que afectan nuestra identidad, nuestra libertad y nuestra intimidad en un mundo cada vez más conectado.

En la búsqueda de un equilibrio entre el progreso tecnológico y la protección de los derechos humanos, nos adentraremos en un análisis multidisciplinario que abarca desde la neurociencia hasta la jurisprudencia, desde la psicología hasta la ingeniería informática. A través de este viaje intelectual, desentrañaremos los dilemas éticos y legales que surgen en el contexto de la recopilación, el procesamiento y el uso de datos personales, especialmente en el ámbito de las neurotecnologías y la neurovigilancia.

En un mundo donde los avances en neurociencia y tecnología están transformando nuestras capacidades cognitivas y modificando nuestra relación con la información, la protección de la autodeterminación informativa se convierte en un desafío crucial. ¿Cómo podemos preservar nuestra autonomía y nuestra dignidad en un entorno digital donde nuestros pensamientos, emociones e incluso decisiones pueden ser objeto de manipulación o control? ¿Cuáles son los límites éticos y legales que debemos establecer para garantizar que el progreso tecnológico no socave nuestros derechos fundamentales?

Este libro no pretende ofrecer respuestas definitivas, sino más bien plantear preguntas incisivas y estimular un diálogo informado sobre estos temas urgentes y complejos. Al analizar los dilemas éticos y las implicaciones legales de la autodeterminación informativa y los neuroderechos, aspiramos a fomentar una mayor conciencia pública y a impulsar el desarrollo de marcos normativos y políticas que protejan nuestra libertad y nuestra integridad en la era digital.

Indice

CAPÍTULOS

Este libro está dividido en doce capítulos.

CAPÍTULOS DE ESTE LIBRO

- Cap. 1 LA PERSONA, GLOBALIZACIÓN Y TIC'S Y DERECHOS FUNDAMENTALES
- Cap. 2 SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CHILE
- Cap. 3 PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y REGULACIÓN DE LOS DATOS
- Cap. 4 LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN EL DERECHO COMPARADO
- Cap. 5 AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN CHILE
- Cap. 6 PROPUESTAS DE REFORMA EN CHILE
- Cap. 7 PROYECTO DE LEY
- Cap. 8 PROTECCIÓN DE LOS NEURO DERECHOS
- Cap. 9 CONCLUSIONES GENERALES
- Cap. 10 PALABRAS FINALES
- Cap. 11 BIBLIOGRAFÍA

Cap. 12 ANEXOS

Anexo

Anexo

Anexo

Perfil del Autor



POST DOCTORADO in NEW TECHNOLOGIES AND LAW at the Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Reggio Calabria Italy. PhD Dr. JURIS en Derecho, ESAE SAEJEE Bussiness School, España - BECA ANDALUCÍA 2020 - CUADRO DE HONOR 2020. Titulado SUMMA CUM LAUDE. PREMIO ICERVANTES EN LIBERTADES IBEROAMERICANAS MEJOR TESIS DOCTORAL 2022. MAGISTER en Derecho Público, Mención en Derecho Constitucional, Univ. Católica de Chile. Doble Distinción.

ABOGADO, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Certificado de Excelencia Académica de su generación en la carrera de Derecho. Práctica Profesional. Sección Penal-Central, Corporación de Asistencia Judicial. Calificada como sobresaliente. GALARDÓN Certificado de exposición de causa penal relevante, ante el Consejo Jurídico Pleno.

DIPLOMADO en “Peritaje Informático” y en “Auditoría, Control y Seguridad de Sistemas”, U. Santiago de Chile USACH. Asesor Jurídico Centro de Informática de la Contraloría General de la República. Curso Sociología para Juristas (Soziologie für Juristen), en la Universidad de Salzburgo, Austria. Curso “Metodologías para el tratamiento de la información jurisprudencial”, Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Libro “Delitos Informáticos”, (Coautoría Claudio Líbano M.) Editorial Jurídica Cono-Sur Ltda. (377 Páginas). Agosto de 1996. Cuya aceptación por la comunidad jurídica interesada ha motivado su segunda edición en noviembre del año 1998. Profesor diversas Universidades Universitario y ex Presidente de la Asociación de Derecho e Informática de Chile.

Ex Secretario Nacional y actual Director de la Asociación de Empleados de la Contraloría General de la República. ANEC.

<https://www.olacefs.com/inteligencia-artificial-blockchain-y-smart-contracts-usos-eticos-y-auditoria/>

Dedicatoria

A mi amada familia, pilar fundamental en mi vida y fuente inagotable de inspiración. Este libro, "Autodeterminación Informativa y Neuroderechos", está dedicado a ustedes, quienes han sido mi apoyo incondicional en cada paso de este camino intelectual y personal. A mi hijo, cuya curiosidad y entusiasmo por el conocimiento me impulsan a seguir explorando los límites del saber. A mi pareja, compañera de aventuras y confidente en los momentos de duda. A mis padres, cuyo amor y sabiduría han guiado mis pasos desde el principio. A todos ustedes, mi gratitud eterna por su amor, comprensión y sacrificio.

En este libro, encuentran la expresión de mi profundo aprecio y reconocimiento por todo lo que significan en mi vida. Cada página es un testimonio de la importancia de la familia en la búsqueda del conocimiento y la realización personal. Que estas palabras sirvan como un recordatorio constante de que su amor y apoyo son los cimientos sobre los cuales construyo mis sueños y aspiraciones. Con cariño y gratitud infinitos, dedico este libro a mi familia, en especial a mi hijo, cuyo futuro ilumina mis días y da sentido a cada esfuerzo. Que este libro sea un tributo a nuestro vínculo indestructible y al poder transformador del amor familiar.

A SAEJEE University, mi alma mater de estudios, que me brindó el conocimiento, las herramientas y el espacio para explorar ideas innovadoras y perseguir mis pasiones académicas. A través de su compromiso con la excelencia educativa y la libertad académica, esta institución ha moldeado mi pensamiento y mi perspectiva sobre el mundo. A SAEJEE University, le dedico este libro con profundo agradecimiento por su papel crucial en mi formación académica y por brindarme la plataforma para compartir este libro con el mundo. Su influencia perdurará en cada página de esta obra.

1

La Persona, Globalización y TIC's y Derechos Fundamentales

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

CONTENTS LIST

1. LA PERSONA COMO CENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO
2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTIMIDAD
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
4. EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN

LA ACTUALIDAD

1. LA PERSONA COMO CENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO.

El punto de partida de este libro comienza con el desarrollo del hombre y su necesidad de vivir en sociedad.

Ya desde muy temprano, el espíritu gregario del ser humano lo lleva a intentar satisfacer sus necesidades en compañía de sus semejantes. La evolución natural de las diferentes formas de organización social alcanzará, a nuestro juicio, su mayor nivel de desarrollo con el advenimiento del constitucionalismo.

Como señala PAREDES GONZÁLES² el Estado Social y Democrático de Derecho, se caracteriza por la existencia de una Constitución cuya primacía sobre el resto de las demás normas jurídicas es indiscutible bajo el principio denominado como de *jerarquía normativa*.

Lo anterior, estructura el marco jurídico-político dentro del cual se han de desenvolver en sus actuaciones tanto gobernantes como gobernados. Asimismo,

¹ Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

² PAREDES GONZÁLES, Julio César, "El hábeas data",

URL: http://www.verbalegis.com.bo/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=2 visitada el 17.06.2009.

impone el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que deben ser respetados por el Estado, sin que le sea permitido ejercer injerencias al desarrollo de los derechos así previstos, ni limitarlos, sin respetar la esencia de estos.

En la eventualidad que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución sean desconocidos, infringidos o violentados, se podrán hacer valer, anular o remover lo que les es contrario, a través de las distintas garantías que se han previsto con miras a brindar protección a dichos Derechos Fundamentales.

Por tanto, el establecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho va a responder, en última instancia, a una concepción plenamente garantizadora de los derechos fundamentales y libertades de la persona, en la medida que en éste se establece un sistema de garantías de tutela o protección a favor de la esfera de libertad de los individuos que componen la sociedad y que sirven de límite al ejercicio del poder político de las autoridades.³

En este sentido, y como señala NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS⁴, *“el constitucionalismo y el derecho constitucional nacen, entre otras metas esenciales, para reconocer ciertos derechos personales básicos y para poner topes al Estado”*.

Dicho, en otros términos, de lo que se trata es de crear y promover las condiciones necesarias para el pleno desarrollo y ejercicio eficaz de los Derechos Fundamentales, revistiéndolos a su vez, de las garantías constitucionales que han de brindarle la debida protección y resguardo por medio de tales instrumentos procesales constitucionales previstos para dicho fin.

Dentro de esta concepción es que se enmarca el Habeas Data, el cual trata de una de las acciones constitucionales de más reciente incorporación al sistema de

³ PAREDES GONZÁLES, Julio César, Ob. Cit.

⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Editorial ASTREA, Tomo II, 2003, Buenos Aires, Argentina.

garantías que caracterizan al Estado Social y Democrático de Derecho.

Se busca y pretende con el Habeas Data, brindar la protección de uno de los Derechos Fundamentales regulados en el ámbito constitucional, concretamente el derecho a la intimidad, y dentro de éste, la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, y por su intermedio la protección de la privacidad, honra, imagen, etc., respecto a los datos personales que pudieran afectar los Derechos Fundamentales de las personas, y su tratamiento por parte de particulares y autoridades inclusive.

La evolución de la tecnología y la fácil e incontrolable manipulación de datos informáticos en bancos públicos o privados ya sean manuales o no, han dado lugar al establecimiento de esta garantía cuya finalidad, como señala SAGÜÉS⁵, es “proteger determinados derechos constitucionales ante los excesos del poder informático”.

Al respecto, se plantean dos presupuestos: 1) Que el centro del constitucionalismo debe ubicarse en la idea del sujeto y su protección, y 2) Operar sobre la base de una continua expansión de la idea de sujeto.

Por lo anterior, todo sistema democrático requiere de una ciudadanía activa, esencial para su conservación, concebir un derecho no sólo garantista sino dinámico en favor de mejoras sociales. Se requiere además de un sistema que hemos denominado “dinámico” y cuyo centro está en el mismo individuo, que es a su turno constituyente, y legislador, motor del desarrollo evolutivo de la sociedad.

En este sentido, resulta necesario replantearse que el Derecho debe respetar al individuo como un sujeto que se autodetermina.

⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, Ob. Cit.

2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTIMIDAD.

En lo íntimo del ser humano, se enraízan dos necesidades contrapuestas: a) de *saber*, que, en materia de información, genera por un lado la necesidad de conocer (información), y b) por otro lado la necesidad de *ocultar* (intimidad).

Como dice el profesor mexicano LUIS MEJÁN⁶, la diferencia entre un introvertido y un extrovertido no es más que la cantidad de información que una persona está dispuesta a transmitir al exterior.

Alrededor de cada uno de estos polos se generan esferas de normatividad que se deben compatibilizar, especialmente considerando que son conductas inherentes al individuo, el que hemos definido como centro de nuestra visión del constitucionalismo, y que se traducen en el surgimiento de los Derechos Fundamentales y deben, por tanto, quedar garantizados por el Estado.

Así las cosas y en palabras de LUIS MEJÁN⁷, el derecho, sea cual sea la filosofía sobre la que se juzgue (positivismo o jusnaturalismo) rige la convivencia de los seres humanos permitiendo a cada uno el desarrollo armónico de todas sus potencias y capacidades, regulando choques que se dan entre el actuar de uno y de otro y del actuar de uno respecto de la colectividad.

Es por ello por lo que las declaraciones de derechos humanos universalmente reconocidas, y las constituciones de cada país consagran los derechos de expresión, de información, y a la intimidad. Incluso, algunas constituciones más avanzadas en estas materias consagran bajo diferentes fórmulas y vertientes algún derecho a la intimidad frente a la informática.

⁶ MEJÁN Luis Manuel C., Derecho a la intimidad y la informática, Editorial Porrúa, 1994, pp. 8.

⁷ MEJÁN Luis, Ob. Cit, pp. 11.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para LUIGI FERRAJOLI, los Derechos Fundamentales son "*Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...*"⁸

Al respecto, -y sin pretender más allá de una somera pincelada sobre el tema, atendido que en sí excede las fronteras de esta Investigación-, señalar que en general, los derechos fundamentales puedan ser concebidos desde dos ópticas: por un lado, en un *plano prepositivo o ético social*, -que son ciertos dictámenes de justicia subjetivizados-, a los que se reconoce, por un motivo u otro, una importancia fundamental para la vida del hombre en razón de la relevancia de los objetos o materias a que se refieren; y por el otro, desde un *punto de vista jurídico-positivo*, que son ciertos atributos legales especiales en cuanto son conferidos no por cualquier ley ordinaria sino por la Constitución.

Su formulación como derechos constitucionales corresponde a una expresión relativamente reciente, surgida hacia 1770 en Francia, dentro del movimiento que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, y constituyen la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho.

Siguiendo su orden cronológico de aparición, los derechos fundamentales de la *primera generación* se refieren a las libertades individuales y sus derechos de defensa a través de la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada; y a su turno, *el segundo catálogo*, surgido tras el desarrollo de luchas sociales, representa derechos de participación que requieren de políticas activas de los poderes públicos encaminadas a garantizar su ejercicio, es decir, son derechos

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37.

de tipo económico, social y cultural.

Al respecto señala ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, que la distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la **primera** los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (**Abwehrrechte**) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la **segunda**, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (**Teilhaberechte**), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos⁹.

Como puede advertirse, el factor histórico resulta determinante para conocer y comprender el catálogo de derechos fundamentales de una sociedad democrática en particular; al efecto no hay que olvidar que en la actualidad éstos presentan rasgos novedosos que permiten hablar de una tercera generación de derechos humanos, complementaria de dos fases anteriores.

La gravitación de la variable compresión espacio – tiempo, en relación con los derechos fundamentales de primera y segunda generación, han originado nuevas circunstancias conforme a las cuales, se ha producido una degradación de los derechos fundamentales de primera y segunda generación.

Ante este fenómeno, en general, surgen los *derechos fundamentales de tercera generación* concebidos como derechos de autorrealización, cuyo efecto expansivo es instrumental para la protección y justa armonía de derechos fundamentales de primera y segunda generación, que reconocen ciertas facultades

⁹ Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 82 ss. y 120 ss.; id., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 183 ss.

de actuación a los ciudadanos, en equilibrio con los poderes políticos, sociales y económicos, para la libertad e igualdad de sus integrantes.

En cuanto a los derechos humanos de la tercera generación, agrega PÉREZ LUÑO, que “la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática.

En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una **tercera generación** de derechos humanos complementaria de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades" (**liberties' pollution**), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Para nosotros, fluye de lo anterior que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos.

Por lo anterior, se vincula estos derechos de tercera generación con los valores inherentes a la cultura post-materialista, que ya no responden a la necesidad de seguridad física o económica, como en las dos generaciones anteriores, sino que se relacionan con la autorrealización personal, adoptando un carácter más expresivo que instrumental.

Dentro de los rasgos innovadores de esta fase hay que mencionar el hecho de que la solidaridad constituye el valor guía de los derechos, porque se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos, y para realizarse exigen esfuerzos y responsabilidades comunes a escala mundial.

Por su parte, a través de un análisis funcional de los derechos fundamentales es posible distinguir dos cometidos complementarios: por un lado, reconocen determinadas facultades o posibilidades de actuación a los ciudadanos; y por otro, propenden hacia un equilibrio de poderes políticos, sociales y económicos al interior de las sociedades democráticas a que pertenecen.

Conforme lo anterior, si esas sociedades presentan un nivel de desarrollo tecnológico importante, es posible prescindir cada vez más de la coacción física, para dar paso a complejas amenazas a los derechos y libertades mediante el uso de la información para influir y controlar la conducta de las personas. Por lo tanto, la armonía que se busca a través del reconocimiento constitucional de los derechos de las personas pasa por el establecimiento de un sistema de protección de datos personales, considerado como garantía básica para cualquier comunidad que descanse en la libertad e igualdad de sus integrantes.

Los derechos fundamentales de tercera generación gozan de un régimen de protección jurídica reforzada, manifestada en una serie diversa de instrumentos de tutela, dentro de los que destacan las garantías informativas. A través de ellas, la Constitución busca asegurar su cumplimiento, evitar su modificación y mantener la integridad de su sentido y función.

Agrega PÉREZ LUÑO, que, en la actualidad, *“la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (**Recht auf informationelle Selbstbestimmung**)*, en el marco de los derechos de la tercera generación han determinado que se postule un **estatus de habeas data**, concretado en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas

concernidas".¹⁰

En lo que interesa, la tendencia actual imperante en derecho comparado apunta a reconocer sistemas de protección de datos personales como un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, surgido ante la insuficiencia del derecho a la intimidad para dar protección a datos personales.

4. EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUALIDAD.

El impacto de la globalización y del advenimiento de la sociedad de la información ha demandado la creciente interrelación del derecho con las TIC's¹¹. Es indiscutible la enorme importancia que ha adquirido la información como base de todo proceso cognoscitivo y como motor impulsor de desarrollo de los actos individuales y sociales, lo que en definitiva se traduce en progreso.

Desde un punto de vista histórico, la globalización ha sido fruto de una serie de hechos y factores colaterales que han permitido un desarrollo de las comunicaciones y la facilitación de procesos productivos de la era post industrial de la mano de la cibernética y el triunfo del mercado de libre comercio, con sus consecuentes correlatos en lo político y cultural.

Estimamos que no hay lugar a dudas respecto de las causas que determinaron el envilecimiento, el ocaso de las autarquías nacionales y los sistemas económicos cerrados y autocontrolados frente a la innegable asequibilidad natural a que el hombre se encuentra expuesto por el vehículo informativo, que lo convierte en universal, más abierto, aventurado, y por lo tanto, hábil para conectarse individualmente con sus iguales en todo el mundo, con independencia de su

¹⁰ Ob. Cit. (22 Cfr. A. E. Pérez Luño, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, cit., pp. 85 ss.)

¹¹ NOTA DEL AUTOR. Tecnologías de la información y comunicaciones.

nacionalidad o toda forma de identificación cultural o política.

Respecto de los discursos y definiciones actuales de nuestra sociedad entendemos es inevitable que hagan referencia a la globalización y por eso nuestra primera afirmación sobre la materia, es que la globalización constituye propiamente el contexto que define el signo de nuestra época.

En este contexto, se estima que el desarrollo tecnológico, específicamente la incorporación de las [TIC's](#), en cada nación, como base de su competitividad en un sistema globalizado, demanda a su turno, en el orden jurídico, una conciencia cívica respecto de una necesaria constitucionalización cosmopolita del respeto a los derechos fundamentales, y la necesidad de su promoción y protección.

Lo expresado anteriormente nos lleva a analizar los Derechos Fundamentales frente a frente con la Globalización y la Sociedad de la Información, considerando:

1.- Que en general, la globalización ha generado algunos efectos negativos sobre los derechos fundamentales, como el crecimiento de bolsas de pobreza, produciéndose un deterioro de los derechos económicos sociales y culturales porque el Estado abandona áreas de actividad.

2.- Frente a esta pérdida de poder de los estados, que conlleva la disminución de su capacidad de actuar (y también de atentar contra derechos individuales o colectivos), quedan espacios de poder susceptibles de ocupar por otras organizaciones, partidos, movimientos.

En esta perspectiva surge la esperanza de una internacionalización de los Derechos Fundamentales, mutando hacia mecanismos efectivos de protección. Se trata de que los espacios tradicionales de poder que ocupaban los Estados puedan ser ocupados por entidades, actores y regulaciones locales e internacionales respetuosas de los Derechos Fundamentales, y el establecimiento de un marco global de respeto de estos.

2

Sobre el derecho a la intimidad en Chile

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN
 2. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE
-

I.- INTRODUCCIÓN

Respecto del concepto del derecho a la intimidad en Chile, es necesario referirnos, en primer lugar, a lo que entendemos por vida privada, en los términos del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

“La Constitución asegura a todas las personas:

[...] El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”.

1) Hasta antes de la dictación del nuevo art. 19 N° 4

Acudiendo a la historia de la ley, apreciamos que el Constituyente había entendido en este precepto que el concepto “vida privada” está directamente vinculado a la intimidad, ya que en la sesión 129 de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, don Alejandro Silva Bascuñán, al trabajar sobre esta garantía señaló:

Para completar la explicación de la sustancia de este precepto, deseo poner de relieve su trascendencia en este momento que vive el mundo. Por un lado, el proceso de socialización ha producido una interpenetración enorme entre la persona y la sociedad, y ya no puede concebirse el desarrollo de la persona humana en forma aislada o individual. Por otra parte, la sociedad influye enormemente y determina en muchos aspectos al individuo [... Así,] frente a una sociedad que [...] abrumba al hombre dentro de la riqueza de los medios que tiene para influir sobre él, es terriblemente dañino que la sociedad se masifique totalmente en un proceso en el cual los valores superiores no sean puestos de relieve. ¿Y de dónde va a surgir la posibilidad de que se coloquen en términos verdaderamente de influencia los valores superiores del individuo? En la misma proporción en que se le reserve al hombre un santuario de intimidad en el cual pueda formar, producir, consolidar y desarrollar esos valores que después va a expresar en la sociedad. Si no se le deja al individuo ninguna intimidad, entonces la sociedad se va a masificar en una serie de individuos sin ninguna posibilidad de aportar algo de progreso, algo de perfeccionamiento a la sociedad entera.

Así, podemos concluir que el derecho a la intimidad considera como contenido esencial la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según pautas culturales, para mantener una calidad mínima de vida. [12](#)

Frente a esta concepción, podemos apreciar en primer término que resulta entonces paradigmático en nuestro país que la denominada intimidad o vida privada constituye un estatuto jurídico en tensión permanente con la denominada vida pública.

¹² Está amparado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, el cual asegura el respeto y protección a la vida privada, expresión más amplia que intimidad, ya que aquella es genérica y comprende a todo lo que no es o no queremos que sea de general conocimiento, sin necesidad de que sea íntimo. Asimismo, la intimidad tampoco es sinónimo de privacidad, también esta de mayor extensión y definida por la Real Academia Española como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

Asimismo, y en el otro extremo de la intimidad como derecho fundamental, nos enfrentamos a la tensión con otros derechos como el derecho de información; de propiedad (sobre bases de datos, por ejemplo); de realizar cualquier actividad económica lícita (marketing, bases de datos y servicios de información comercial), y en general todas las manifestaciones de la vida en sociedad, bajo el manto del imperio del principio de subsidiariedad del Estado.¹³

No obstante, lo anterior, no deja de ser paradójico que, respecto del tratamiento de datos por parte del Estado, no existe un correlato efectivo para defenderse de eventuales abusos al respecto.

Así las cosas, se aprecia a nuestro juicio una falta de consistencia entre los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Suprema y las diversas esferas (teoría de las esferas o **sphärentheorie**)¹⁴ o intensidades de la intimidad de las personas, al menos en cuanto al tratamiento automatizado de datos personales.

¹³ En cuanto a la delimitación del derecho a la vida privada, juzgó el profesor Gómez que, comparando el artículo 19, N°. 4° y 5°, de la Constitución Política, con otros textos y documentos internacionales, se aprecia que nuestra Carta Fundamental es parca en la definición de los derechos que se comprenden en la vida privada. [...] Recordó que la Constitución española, de 1978, en su artículo 20.4, concede explícitamente primacía a los derechos de la vida privada sobre la libertad de información, pero el Tribunal Constitucional ha sido capaz de precisar que ésta puede prevalecer sobre los derechos de la privacidad cuando se reúnen ciertos requisitos. En el caso chileno, la Constitución no establece ninguna norma que oriente sobre la oposición entre ambos derechos, de manera que la primacía de uno sobre otro no es constitucionalmente admisible, lo que tiene consecuencias a nivel legislativo.[...] Considero pertinente apuntar que la tensión entre libertad de información y la vida privada es variable según las circunstancias personales de los individuos, y el derecho no puede regular de idéntica manera a personas que se encuentran en situaciones sociales y políticas del todo diversas. (Informe del profesor señor Gastón Gómez Bernales). Informe de La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el Proyecto de Ley, iniciado en Moción del Honorable Senador Señor Cantuarias, sobre Protección de la Vida Privada de las Personas.

¹⁴ Se han distinguido distintas clases dentro del derecho a la intimidad. En Alemania, HUBMANN (Hubmann, H. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2ª Ed. Colonia, 1967). propuso la *Sphärentheorie* compuesta por el concepto de *intimsphäre*, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de *privatsphäre*, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de *individualsphäre*, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona. No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, por MORALES PRATS (Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Destino, Barcelona. 1984. p. 129.), quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada.

Finalmente, otro tópico de interés en relación con el tratamiento automatizado de datos personales es el del efecto horizontal de los derechos y sus posibilidades de aplicación en el sistema constitucional chileno, como consecuencia de que los derechos y libertades que informan todo el ordenamiento jurídico pueden ser exigidos directamente por los ciudadanos ante los tribunales ordinarios, y que los alemanes denominan efectos indirectos u horizontales de los derechos (**drittwirkung**).¹⁵

De la mano de estas disquisiciones y paradigmas constitucionales chilenos, intentaremos dilucidar o proponer el establecimiento de un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación¹⁶, para hacer frente al tráfico indiscriminado de datos de cara a los derechos de las personas, rompiendo el paradigma tradicional de la intimidad.

Lo anterior pues en Chile, si bien hasta antes de la dictación de la ley N° 19.628, el derecho fundamental a la vida privada o intimidad reconocía la existencia de numerosas disposiciones dispersas en el ámbito civil, penal, mercantil, tributario o procesal que la abordaban, no existía ningún texto legal que desarrollara el precepto constitucional del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.

Partimos de la base que con el objeto de consagrar, como garantía

¹⁵ En España se ha escrito mucho sobre el efecto horizontal de los derechos, y es producto de una norma, existe una disposición de la constitución que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 53.2 que dispone que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el tribunal constitucional, habiéndose agotado las instancias, así en España el efecto horizontal también es indirecto.

¹⁶ A nuestro juicio, la autodeterminación informativa, o libertad informática, ha sido la respuesta histórica de los Estados de Derecho más avanzados a las amenazas que dimanan para el disfrute de las libertades de distintos empleos de las nuevas tecnologías, en especial, de la informática y la telemática. Esos procesos tecnológicos engendran invasiones potenciales o reales en la intimidad y demás libertades; y, al propio tiempo, condicionan la capacidad de los ciudadanos para actuar libremente, para elegir sus formas de comunicación con su medio, y para participar en la vida social y política. La dialéctica nuevas necesidades/nuevos derechos se cumplen, de este modo, plenamente en la génesis y fundamento de la libertad informática. Para garantizar la protección de la libertad informática conviene, por tanto, concebirla como un derecho fundamental autónomo dotado de medios específicos de tutela.

constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal finalmente mediante la ley N° 20.050 publicada en el D.O. 26.08.2018 se modificó la CPR en su Art. 19° N° 4 dejándola de la siguiente forma:

Capítulo III

DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, **y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;**

Sin embargo, y como ya analizamos precedentemente, no obstante la incorporación de ese precepto constitucional del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, por la configuración original incompleta de la ley N° 19.628 aún no se ha logrado este objetivo, y por ello debe ser necesariamente reformulada en los términos de la necesidad de creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas que opere en armonía con la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.¹⁷

Ahora deberemos ver si con el Oficio N° 183-369, de 7 de octubre de 2021, del S.E. el Presidente de la República, mediante el cual planteó una serie de

¹⁷ NOTA DEL AUTOR. Como ya se señaló, se estima que se apartó de la estructura que suelen tener las legislaciones de otros países, y de los instrumentos internacionales existentes, donde el titular cuenta con un derecho para acceder a cierta información relevante que le concierne, para ejercitar otras facultades, y hacer efectivo este derecho -y, consecencialmente otros-, garantizándose que éste pueda saber quién está utilizando sus datos y como, gracias a que se dispone que previo al tratamiento se deba notificar este hecho a un órgano de control independiente, que mantenga registros al efecto y cumpla un rol fiscalizador y sancionador. Lo anterior, toda vez que el legislador se limitó a reconocer tales facultades, pero luego, las dejó carentes de eficacia práctica al no establecer la obligación de registro de los bancos de datos privados y no crear un órgano especializado encargado de velar por el cumplimiento de la Ley.

observaciones y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas y a la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública: el que se adjuntó y modificó la propuesta contenida en el Boletín N° 11.144-07 refundido con: 11092-07, se podrá establecer y afianzar en Chile, una verdadera protección de las personas vía tutela de su autodeterminación informativa.

Lo señalado, concordante con la tendencia actual en derecho comparado, apunta a reconocer sistemas de protección de datos personales en base al establecimiento de un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, surgido ante la insuficiencia de la intimidad para dar protección a los datos personales (*autodeterminación informativa*), complementado, en general, con la dictación de las respectivas leyes de protección de datos que desarrollen estos principios constitucionales haciéndolos operativos.

Al respecto, hemos optado por asumir como postura doctrinaria que la protección de datos personales se concibe y opera en general como un derecho fundamental nuevo y autónomo de tercera generación, como veremos más adelante con detalle, en la forma entendida y perfilada por PÉREZ LUÑO, y concebido como un derecho de autorrealización¹⁸, cuyo efecto expansivo es instrumental para la protección y justa armonía de derechos fundamentales de primera y segunda generación, reconociendo ciertas facultades de actuación a los ciudadanos, en equilibrio con los poderes políticos, sociales y económicos para la libertad e igualdad de sus integrantes.

¹⁸ “En relación con lo señalado, cabe considerar que la libertad informática, o autodeterminación informativa, es la respuesta del presente al fenómeno de contaminación de las libertades (Liberties Pollution), que amenaza con invalidar los logros del progreso tecnológico en los Estados de Derecho con mayor desarrollo económico. La inclusión de la libertad informática en el catálogo de los derechos fundamentales representa una necesidad de la hora presente. Esa incorporación evitará que dicho catálogo quede prisionero del pasado y devenga, por ello, un repertorio anquilosado y obsoleto. Reconocer esa mudanza histórica de los derechos fundamentales (Wandel der Grundrechte) implica, a la postre, garantizar su ajuste a las necesidades humanas, que no pueden dejar de ser permeables a la historia”. Antonio- Enrique Pérez Luño, Ob. Cit.

II.- SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la ley N° 19.628, tenía otros problemas de base.

En efecto, no obstante la onda expansiva el derecho a la autodeterminación informativa de la Ley Fundamental, por el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania que rápidamente se expandió por Europa y el resto del mundo, generando desde entonces su incorporación a cartas supranacionales, reformas constitucionales y nuevas interpretaciones de la Constitución que una idea tan exitosa (pues respondía a una necesidad acuciante), todas las leyes tuvieron por objetivo reconocer "que el derecho fundamental a la protección de datos se fundamenta en el poder de disposición de los datos personales por su titular, y en que tales datos son sometidos a tratamiento.

Ello motivó que por definición quien trata datos personales trata datos ajenos, no propios porque debe utilizar, que debe utilizar con estricto apego a los derechos del interesado también llegaron a Chile en 1983, cuando el senador Eugenio CANTUARIAS LARRONDO presentó una moción parlamentaria que, en definitiva, se transformó en la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, de 28 de agosto de 1999.

Y la mención de los "principios fundamentales" no son solo palabras, sino que, en efecto, el sistema de protección de datos personales se articuló en base a determinados principios y, como la ley chilena es una copia de la española Ley Orgánica 5/1992, de 29 e octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos LORTAD, de Carácter Personal, más conocida como la verdad es que también copió todos los principios que la contemplaba, con dos excepciones: omitió establecer una autoridad de protección de datos también omitió establecer un régimen sancionatorio eficaz.

Sin embargo, cuatro meses después de publicad a la ley chilena, su modelo, la LORTAD, fue derogada a causa de sus deficiencias y por no ser del todo compatible con una de las piedras basales de la regulación en la materia, como fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, aunque de se debe tener presente que el primer proyecto comunitario es el llamado convenio N° 108 de 1981.

Ahora bien, en lo que a medios de prensa se refiere, señala en su 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° 2, de la Constitución Política*".

El señalado artículo refiere la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e información y Ejercicio del Periodismo que -según la historia de la ley de protección de datos personales-, tuvo como razón de fondo del porqué se le da un tratamiento especial, aparece que la moción parlamentaria original no contenía esta norma, sino que fue incorporada posteriormente, y el régimen de privilegios establecido para la llamada ley de prensa en relación a la protección de datos personales no tiene ninguna relación con la preocupación del legislador sobre la relevancia de los derechos a las libertades de opinión e información, la formación de opinión crítica en los ciudadanos o el desarrollo de la democracia, sino que tiene que ver con razones penosamente prácticas a la hora de tramitar las leyes.

En efecto, el proyecto en determinado momento pasó a la Comisión Mixta, la cual reparó que, si se le daba aplicación general a la ley de protección de datos, ello afectaría también a las materias reguladas por la ley de prensa y, de ser así y por expresa disposición constitucional, la prohibición iba a requerir del voto de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, y no de una mayoría simple.

Para salvar la situación producida por el respeto a esta disposición, atendido a que a esas alturas ya estaban en un tercer trámite de discusión, "la Comisión Mixta coincidió con la razón fundamental que llevó a la honorable Cámara de Diputados a optar en definitiva por no incorporar reglas especiales en esta iniciativa" y "decidió incorporar en el inciso primero una excepción, en el sentido de que el tratamiento de datos personales que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Carta Fundamental"

En síntesis, aunque no hubo razones dogmático-jurídicas que sostuvieron tal excepción periodística, sino que fueron de orden práctico relacionado con el número de votos que se disponía para aprobar la ley, nuestra normativa se alejó así de los principios de las leyes de protección de datos regulan la realidad esencialmente en base al respeto de determinados principios, en la mayoría de los países donde están presentes los principios inspiradores de la LORTAD y, como básicamente se copió la ley española, heredamos esa regulación en base a principios que luego dieron lugar a los estándares internacionales en la materia, nosotros quedamos al pendiente en este punto, y por ende, también sus consecuencias respecto del denominado derecho al olvido.

Para ello, resulta indispensable el establecimiento de un Órgano autónomo o Agencia de protección de datos que afiance la aplicación de este nuevo derecho fundamental autónomo¹⁹ de tercera generación, garante o instrumental de otros de

¹⁹ Un aspecto relevante que se soslaya cuando se impugna la autonomía de la libertad informática, es el del propio carácter dinámico de los derechos fundamentales. Tras la resistencia a reconocer la libertad informática como un nuevo derecho fundamental subyace, en muchas ocasiones, la concepción de éstos en forma de un catálogo cerrado y completo. Esa visión estática de los derechos fundamentales me parece menos fértil que la teoría "generacional" para dar cuenta de su incuestionable despliegue histórico. La concepción "generacional" de los derechos fundamentales supone, como ya se ha tenido ocasión de indicar, que éstos nunca podrán cristalizar en un repertorio acabado y definitivo. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre abierta y sensible a la aparición de nuevas de nuevas formas de agresión a la libertad y de nuevas necesidades, que fundamentan derechos nuevos. ANTONIO- ENRIQUE PÉREZ LUÑO, "Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa", publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989., Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes. (Ob. Cit.).

la intimidad y el honor, esto es, el de la *libertad informática y/o autodeterminación informativa*, como única respuesta en los tiempos que producto de la globalización y la sociedad de la información permitirán hacer frente al tráfico indiscriminado de datos de cara a los derechos de las personas.

En este sentido y a modo de adelanto debemos decir que sólo a partir de la fecha de la incorporación del nuevo N° 4 al artículo 19, de nuestra Constitución Política, en 2018, nuestros tribunales han comenzado a acercarse un poco más a los criterios internacionales aplicables a nivel mundial a partir de casos como Costeja con Google Inc., en orden a armonizar la aplicación de la ley N° 19,628, bajo criterios de ponderación de finalidad de datos, actualidad, relevancia, etc., que analizaremos al tratar dicho caso por su interés en el sistema español de protección de datos, para la aplicación del denominado “derecho al olvido”.

Sin embargo, aun aparece en este orden de ideas como imprescindible la creación de una Agencia u órgano de protección de datos se podrá operar con más facilidad en relación con la portabilidad y disponibilidad de los datos y articular de este modo una normativa armónica y operativa para hacer efectivo el derecho a la autodeterminación informativa de manera más pacífica en Chile.

Protección de la vida privada y regulación de los datos

Datos personales en Chile

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN
 2. VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CHILE
 3. BASES SUSTENTADORAS DE LA LEY
 4. PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY
 5. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA LEY N° 19.628
 6. PROYECTOS DE REFORMA
 7. ALCANCES ESPERADOS DE CARA AL PROYECTO refundido EN ACTUAL
TRAMITACIÓN con la indicación presidencial
 8. CONCLUSIONES
-

1. INTRODUCCIÓN.

En relación a la materia, debemos señalar que toda vez que esta temática se encuentra regulada primeramente, -aunque en forma parcial-, en nuestro país por la ley N° 19.628, normativa respecto de la cual debemos advertir que en los párrafos siguientes sólo nos limitaremos a efectuar un somero análisis de sus aspectos más relevantes, atendido el hecho de que por tratarse de una primera aproximación normativa al respecto, el análisis de la misma en sí, excede las fronteras de este libro.

Lo anterior, se ha estimado pertinente, toda vez que el tema central de nuestra tesis, el análisis de la eficacia de la protección de datos personales con el establecimiento de la *autodeterminación informativa* como derecho fundamental de tercera generación y garante de derechos fundamentales como la intimidad y el honor-, desde su perspectiva histórica y modificadora implica referirse a la situación actual existente en nuestro país sobre protección de datos personales, -regulada por la ley N° 19.628, sobre vida privada y bases de datos-, en relación al alcance de su proyecto de reforma en actual tramitación, y la posibilidad de creación de un nuevo órgano autónomo encargado de la protección de este nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución.

2. VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CHILE.

Hasta antes de la entrada en vigor de la ley N° 19.628, las personas se encontraban en general en una notable indefensión frente a un sistema que recogía, -sin trabas de ningún tipo-, una enorme cantidad de informaciones comerciales, y a veces estrictamente personales o datos sensibles de personas, de los que ni siquiera tenían conocimiento, y que se utilizaban en provecho de distintas personas naturales y jurídicas que lucraban o generaban negocios con tales informaciones.

Lo anterior, no obstante, la existencia de numerosas disposiciones dispersas en el ámbito civil, penal, mercantil, tributario o procesal que abordaban -y aún lo hacen-, aspectos concretos del derecho fundamental a la vida privada o intimidad²⁰,

La ley N° 19.628, que entró en vigor el 27 de octubre de 1999, sobre Protección de la Vida Privada²¹, regula el tratamiento que organismos públicos, y también los particulares, efectúen de los datos de carácter personal que se encuentren almacenados en registros o bancos de datos²² sean estos de carácter automatizado o no²³.

La Ley fue modificada por la N° 19.812, que fue publicada en el Diario Oficial

²⁰ NOTA DEL AUTOR. Chile ha sido uno de los países pioneros en Latinoamérica en abordar diversas problemáticas que suscitan las tecnologías de la información en la vida cotidiana. Es el caso, por ejemplo, de las modificaciones experimentadas por la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en 1985 y 1990 con el objeto de incorporar dentro de las obras especialmente protegidas a los programas computacionales, o al tipificar en 1993 ciertos delitos relacionados con la informática, en la Ley 19.223, o en materia de protección de datos en la Ley N° 19.628 de 1999, sobre Protección en la Vida Privada, la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos y firma electrónica, del año 2002 y la Ley N° 19.946 sobre protección de los consumidores, con su modificación del año 2004. Sin embargo, lo anterior no ha impedido que tales cuerpos legales sean objeto de críticas desde diversos sectores, al considerar que tales legislaciones son insuficientes o inapropiadas para abordar estos fenómenos.

²¹ La Ley 19.628 fue publicada en el Diario Oficial, con fecha 28 de agosto de 1999, y entró en vigor el 27 de octubre de 1999.

²² La ley define el tratamiento de datos 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.

²³ El texto aprobado se limitó a regular uno de los aspectos de la protección de la vida privada, como lo es el tratamiento que los organismos públicos y los particulares efectúen de los datos de carácter personal almacenados en registros o bancos de datos, sean estos de carácter automatizado o no.

con fecha 13 de junio de 2002.

En los años siguientes se presentaron una serie de proyectos de ley para modificarla que hasta hoy aun se encuentran entrampados a casi 22 años de su primera regulación, pero que se esperan con el mensaje del Presidente de la República de crear el órgano autónomo puedan avanzar hacia una verdadera protección de datos personales.

El fondo del asunto, en síntesis, es que en Chile si bien existe un reconocimiento constitucional de dos intereses que entran en conflicto al referirnos a la protección de datos personales, esto es, el respeto y protección a la vida privada consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, y de la libertad de información que figura en el N° 12 de dicho artículo.

Asimismo, cabe agregar que, por su parte, en el artículo 20 de la Carta Fundamental, reconoce a toda persona una acción procesal denominada recurso de protección, en caso de producirse la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos antes mencionados, por actos u omisiones arbitrarias o ilegales.²⁴

Sin embargo, el fondo del problema estriba en que los mecanismos existentes no permitirían a los ciudadanos garantizar adecuadamente su derecho a la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos personales.

Lo anterior, pues al no crearse el órgano autónomo encargado de velar por esta protección esta normativa se materializó desde un principio como una ley insuficiente al pretender, expresamente y de forma jurídicamente discutible, que

²⁴ Sobre el particular, aclaramos en forma previa que se trata de arduas materias cuya complejidad radica, no sólo en aspectos técnicos informáticos, sino que también en la dificultad de establecer un estatuto jurídico de la información frente a las garantías constitucionales relativas al derecho de la intimidad y las libertades de las personas.

fueran la doctrina, -que carece de fuerza vinculante-, y la jurisprudencia, -que tiene una función interpretativa con un ámbito restringido al caso concreto sometido a su decisión-, quienes, en vez del legislador, fijarán los límites de este derecho, su contenido, fundamentos y naturaleza jurídica.²⁵

Así las cosas, la ley N° 19.628, no encontró el refuerzo esperado y volvió pese al nuevo intento de regulación sobre la materia, y no obstante el esfuerzo, la protección de datos personales como garantía del derecho a la intimidad, no fue precisamente el motivo principal que pudo concretar dicho proyecto de ley. transformándose en una insuficiente e imprecisa propuesta de protección de datos personales, con una finalidad y ámbito diverso.

3. BASES SUSTENTADORAS DE LA LEY

La ley N° 19.628 se encuentra sustentada en base a cuatro pilares fundamentales.

Primer pilar: intentar dar una información oportuna, veraz y expedita de manera de permitir una mayor democratización del crédito bancario, financiero y comercial por medio de concesión de créditos por vías tales como las tarjetas de crédito bancarias de casas comerciales.

Segundo pilar: la transparencia en la información, la confianza en los agentes económicos, el impulso hacia las nuevas tecnologías que diera certeza jurídica en la circulación de la riqueza.

Tercer pilar: impulsar la libertad empresarial, creando bases de datos de

²⁵ Como señala el colega y amigo RODOLFO HERRERA BRAVO, en su artículo "*Análisis de la ley Chilena N° 19.628, Sobre protección de la vida privada, de 28 de agosto de 1999*" http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&qid=42&Itemid=53&limitstart=5, visitada el 03.05.2009.

carácter comercial como actividad que debía ser potenciada en el ámbito del orden público económico.

Cuarto pilar: el ejercicio responsable de los derechos que la ley otorga.

Como establece el artículo 16, se consagran derechos y obligaciones para el responsable del banco de datos y al reconocimiento de un mecanismo de control de rectificación de datos y aclaración al titular de estos datos, con un régimen de sanciones bien establecido y la posibilidad de reparación y limitaciones.

4. PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY.

En relación con la materia, siguiendo a CLAUDIO MAGLIONA²⁶, podemos resaltar de esta legislación las siguientes disposiciones:

- a) El tratamiento de los Datos Personales sólo puede efectuarse cuando lo autorice la Ley, otra disposición legal o el titular de los datos consienta expresamente en ello.
- b) Los Datos Personales deben utilizarse sólo para los fines que hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.
- c) La información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

²⁶ MAGLIONA M. Claudio, "Habeas Data y Protección de datos personales en Chile", http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53&limitstart=5, visitada el 03.05.2009.

d) Los datos de carácter sensible no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando una ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

e) Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco de datos, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de Datos Personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son regularmente transmitidos.

f) En caso de que los Datos Personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, el titular de los datos tendrá derecho a que se modifiquen y, además, a exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

g) Los responsables de los registros o bancos de Datos Personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial cuando éstas consten en los documentos determinados por la Ley.

5. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA LEY N° 19.628.

La mayor parte de la doctrina nacional concuerda en que en nuestro país la Ley N° 19.628, no desarrolló correctamente la problemática de la protección de datos personales.

Lo anterior, por cuanto se estima que pese a inspirarse en la ley española de protección de datos personales denominada LORTAD, no tuvo en vista convertirse en una ley de protección de datos, sino que sólo perseguía aportar algunos

instrumentos jurídicos específicos que permitieran a las personas una defensa de sus vidas privadas, ante eventuales atropellos o amenazas de que pudieran ser objeto en el ejercicio de este derecho, a través de una protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad personal, familiar y a la propia Imagen.

Además, se estima que se apartó de la estructura que suelen tener las respectivas legislaciones de otros países, y de los instrumentos internacionales existentes, donde el titular cuenta con un derecho para acceder a cierta información relevante que le concierne, para ejercitar otras facultades, y hacer efectivo este derecho -y, consecuentemente, los otros-, garantizándose que éste pueda saber quién está utilizando sus datos y cómo, gracias a que se dispone que previo al tratamiento se deba notificar este hecho a un órgano de control independiente, que mantenga registros al efecto y cumpla un rol fiscalizador y sancionador.

Todo lo anterior lleva a concluir que en Chile, pese a la dictación de la ley N° 19.628, aún está pendiente el tema de la protección de datos personales y amerita importantes modificaciones legales y desarrollos reglamentarios, toda vez que el legislador se limitó a reconocer tales facultades, pero luego, las dejó carentes de eficacia práctica al no establecer la obligación de registro de los bancos de datos privados y no crear un órgano especializado encargado de velar por el cumplimiento de la ley.

Atendido lo anterior, y a modo de pronóstico, nos atrevemos a vislumbrar que de no aclararse la situación planteada, se continuará en Chile -pese a los proyectos de reforma en trámite-, con la desprotección de los datos personales, no resultando entonces esta garantía, instrumental y complementaria para la protección de otros derechos fundamentales como la intimidad y el honor, manteniéndose así carentes de eficacia práctica las facultades reconocidas en la actualidad, mientras no se establezca la obligación de registro previo de los bancos de datos privados y no se cree un órgano especializado para velar por el cumplimiento de ella.

Al respecto, cabe señalar que desde esta perspectiva entendemos la protección de datos personales, como un sistema regulatorio (normas y organismos) que en función de garantizar el derecho a la intimidad, garantiza un marco jurídico que permite a los titulares de sus datos personales el ejercicio de una serie de acciones denominadas genéricamente (Habeas data), en función de un derecho fundamental autónomo especialmente establecido para estos efectos (de autodeterminación informativa) para hacer efectivo el poder de control y disposición del uso y destino de los titulares de esos datos personales para impedir el tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos de los individuos.

En este contexto estimamos que el proyecto de reforma a la ley N° 19.628 que analizaremos a continuación, requiere, además, para lograr el establecimiento de un efectivo sistema de protección de datos personales, el reconocimiento del derecho constitucional de autodeterminación informativa. Para ello debe garantizarse el acceso a los datos y la obligación correlativa de registro previo al tratamiento de éstos ante un órgano autónomo de fiscalización. Asimismo, resulta un correlato imperativo la creación de un organismo autónomo de protección y fiscalización donde se registren las bases, antes de su tratamiento, para ejercer el derecho de acceso.

6. PROYECTOS DE REFORMA.

1) En este orden de ideas, y concordante con lo anteriormente expuesto, destaca enseguida el actual proyecto de reforma a la ley N° 19.628, contenido en el Boletín N° 11144-07 - Refundido con el N° 11092-07, de miércoles 15 de marzo de 2017 que Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

Se trata de una iniciativa presentada mediante mensaje a su Cámara de origen el Senado, y que corresponde como iniciativa y autores al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y el Ministerio de Hacienda.

Los proyectos de ley planteados, en orden a colaborar al establecimiento del marco jurídico para el reconocimiento de este nuevo derecho fundamental autónomo, creemos justifican el estudio y análisis de los fundamentos, técnicas legislativas y posibilidades que, conforme su tramitación en el Parlamento, alcancen finalmente para su concesión definitiva en nuestro país.

Respecto, y en un breve y somero análisis de los diversos tópicos planteados sobre la materia en el proyecto de reforma de la ley N° 19.628, toda vez que su estudio se aleja un poco del objeto de esta investigación, cabe señalar que nos surgen los siguientes comentarios:

a) En general, el proyecto en sí, nos parece que está bien inspirado en torno a considerar que la actual legislación, ley N° 19.628, ha sido insuficiente para la protección de los datos personales en Chile, y que ello solo puede ser superado garantizándose, al respecto, el acceso de todas las personas al manejo que se hace de sus datos personales.

Así, al poder accederse a quien está tratando nuestros datos personales, se nos asegura la posibilidad de ejercer nuestros derechos respecto de esos datos personales a tratar y que nos conciernen.

Al respecto, aparece adecuada e indispensable su intención de que para ello se deba establecer la obligación de todos aquellos que vayan a tratar datos personales, que los declaren antes de su tratamiento ante un órgano estatal encargado de su registro, y que pueda ser consultado por los particulares para el ejercicio de su derecho de habeas data, todo esto, de acuerdo con los estándares internacionales vigentes sobre la materia.

b) No obstante lo anterior, analizando el proyecto de ley en su contexto general, estimamos que existen, no obstante, ciertas inconsistencias entre el objetivo

deseado y la forma en que se ha planteado la reforma en trámite, por los siguientes motivos:

1) En cuanto al órgano definido para la tutela del derecho de acceso a los datos personales a tratar.

En efecto, el proyecto en análisis, lamentablemente, ha tratado de aprovechar la reciente creación del Consejo de Transparencia (ley N° 20.825), -entidad creada para un objeto y conflicto jurídico distinto al que propone este proyecto-, para establecerlo como la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de esta ley y demás cuerpos normativos aplicables en materia de protección de datos personales.

Cabe acotar al respecto, que el Consejo de Transparencia es resultado de una reforma constitucional, que contempló la incorporación de un nuevo artículo 8° dentro de las Bases de la Institucionalidad, a la Carta Fundamental.

Por ella, se obligó a los titulares del ejercicio de las funciones públicas en Chile que en virtud del principio de probidad hicieran públicos los actos y las resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos utilizados, pudiendo establecerse sólo por excepción y sólo mediante una ley de quórum calificado su reserva o secreto, en términos del Derecho de Acceso a la Información relacionada con los actos y documentos de la Administración Estatal, antes también consagrado en el artículo 13 de la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Como puede apreciarse, esto dista mucho del derecho de acceso a los datos personales y su tratamiento en el contexto de la ley N° 19.628. Se trata de dos ámbitos muy distintos que no pueden ser conjugados merced a su aglomeración en un solo órgano.

En este sentido, se aprecia que nuevamente, como ocurrió en 1999, que falta por parte del legislador chileno la decisión de establecer un órgano autónomo de protección de datos personales, como en España y Francia, alterando absolutamente el espíritu de la ley, dejándola inoperante.

De esta manera, al no establecerse un órgano autónomo específico a cargo de velar por el cumplimiento de esta normativa, el proyecto así estructurado se aleja de la necesidad de su regulación y fundamento de su urgencia, cual es el establecimiento de un estándar y estatus de protección de la vida privada, entre otras, acorde el marco regulatorio general establecido por la OECD (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), aludido por el proyecto de ley, en función de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política.

2) En cuanto a la coordinación y armonía con los demás proyectos relativos a la materia en actual trámite en el parlamento.

Si embargo y como ya adelantamos,

b) Por su parte, -y como ya se señaló-, se han planteado sendos proyectos a fin de regular los NEURODERECHOS a nivel constitucional y legal, los que se analizarán más adelante.

3) En cuanto a la filosofía inspiradora del actual proyecto de reforma de la ley N° 19.628.

Estimamos que esta normativa reformulada debe apuntar a fortalecer como centro del sistema de protección de datos personales, aún más el reconocimiento del derecho de los titulares de datos personales a controlar y autodeterminar los mismos, en forma concordante con el establecimiento correlativo a nivel legal y constitucional

del derecho al acceso de los datos.

4) No obstante el esfuerzo que en materia de infracciones y sanciones representa este proyecto de reforma de la ley N° 19.628, estimamos que, no obstante, se deben reforzar el establecimiento de sanciones más fuertes, incluso ponderándose la posibilidad de establecer sanciones de orden penal.

5) Finalmente, y en cuanto en este proyecto de reforma de la ley N° 19.628 se reemplaza el procedimiento judicial por uno de orden administrativo para hacer efectivo el habeas data, estimamos que atendida la escasa aplicación que tuvo el procedimiento establecido en la ley N° 19.628, en estos casi 21 años de pobre aplicación práctica, esta propuesta se aprecia como acertada y más cercana al espíritu de las normas de protección de datos personales del derecho comparado.

2) Enseguida, mediante Oficio N° 183-369, de 7 de octubre de 2021, S.E. el Presidente de la República, Mensaje de 2021 planteó una serie de observaciones y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública el que se adjuntó y modificó la propuesta contenida en el Boletín N° 11. 144 -07 refundido con: 11092-07.

El citado proyecto como podremos ver ha suscitado una serie de críticas ya que se aleja de la propia propuesta inicial del ejecutivo en los términos que se señalarán más adelante.

7. ALCANCES ESPERADOS DE CARA AL PROYECTO refundido EN ACTUAL TRAMITACIÓN con la indicación presidencial.

Respecto de la reforma a la ley N° 19.628, estimamos que su necesaria reformulación pasa, en todo caso, por el necesario reconocimiento del derecho de

acceso a los datos y la obligación correlativa de registro previo al tratamiento de éstos ante un Órgano autónomo de fiscalización, para poder hacer operativo a través del habeas data el ejercicio de un efectivo derecho autónomo de tercera generación, (protección de datos personales, *libertad informática y/o autodeterminación informativa*) que actúe como garante de otros derechos fundamentales de primera y segunda generación como son la intimidad y el honor.

En concordancia con lo que hemos planteado, se deberán complementar los últimos dos esfuerzos por regular el derecho a la privacidad en una perspectiva integradora con la norma incorporada al artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar la existencia de una institucionalidad conformada por la Agencia de Protección de datos, como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal para lograr la eficacia de las normas que buscan su modificación a fin de actualizarla y hacerla operativa (Boletín N° 11.144 - 07 Refundido con el 11092-07), en actual tramitación.

8. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de que esta modificación será analizada en profundidad más adelante, cabe hacer presente desde ya que, al respecto habrá que estar vigilantes al resultado final de este proyecto ya que una mala regulación permitiría continuar con el abuso del tráfico de datos, afectando la vida cotidiana de las personas, pues a partir de la recolección de datos en el entorno digital, las empresas arman perfiles que se comercializan indiscriminadamente. Se suma a ello el hecho de que, en general, si es que alguien hace una mala utilización de los datos en Chile, no recibe sanción.

Creemos que en medio del debate de la Convención Constituyente, y luego de que en septiembre el Presidente Sebastián Piñera enviara sus indicaciones creando una Agencia de Protección de Datos Personales, se debe tratar el asunto en la nueva Constitución, pues ella incide en serios riesgos para

la democracia si no se legra limitar una recolección masiva y desregulada de datos.

Las multas primariamente planteadas son de hasta 10 UTM. y 10 UTM lo que hoy significan cerca de \$500.000 pesos chilenos, lo que las hace muy bajas, considerando que en general se han informado de casos donde la compra y venta de bases de datos ha costado un par de cientos de millones de pesos.

Ahora bien, si bien es cierto algunos avances se han llevado a cabo a partir del año 2018 cuando se introdujo el tantas veces aludido cambio en nuestra Constitución, al artículo 19, en su numeral 4°, incorporando a los derechos fundamentales de los chilenos a la protección de sus datos personales, esto no ha logrado permear en términos prácticos su protección en los tribunales pues las cortes han seguido fallando lo mismo de siempre, con los mismos errores, en especial en cuanto al no reconocimiento del derecho al olvido en nuestro país.

Así, este proyecto de ley para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, en actual tramitación en el Senado, cuenta con un consenso general en que necesitamos una autoridad de control, la discusión que se ha planteado históricamente es quién se hace cargo del tema destacando para ello dos corrientes, por una parte, están los que abogan porque sea el Consejo para la Transparencia (CPLT), creado en virtud de la Ley N° 20.285, como un órgano encargado de velar por la Transparencia Pública en 2008, siendo dicho el organismo el que se encargue de velar por la protección de datos personales y de la otra vereda, los que consideran más positivo la creación de una agencia nueva.

En el evento que terminen siendo dos órganos, uno con competencia en datos, y otro con competencia en el acceso a la información pública, eventualmente se podrían llegar a decisiones contradictorias, no conciliables. y cuando ello suceda quien tendría que resolver serían son las Cortes de Apelaciones.

Este es un tema, como ya se adelantó, en la Convención Constituyente en actual trabajo, ya ha mostrado algunos indicios de duda según se vieron en la

discusión reglamentaria, en orden a que estamos en un momento de transición, y el nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnologizada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Así las cosas, cabe considerar que el texto convencional implicaría deberá garantizar, primero, el derecho a la conectividad, garantizar accesibilidad y que los sistemas y plataformas que permiten la implementación de las relaciones entre el Estado y los particulares sean seguros, confiables e íntegros”, pues se debe entender el derecho a la privacidad como un derecho colectivo, clave para la democracia”.

Otro tema en que será de suma importancia como se delinee al final esta agencia de protección de datos es respecto del caso de beneficiarios de subvenciones estatales y la trazabilidad a partir de la recolección de datos personales que se realiza y plantea una cuestión de derechos fundamentales que en derecho comparado y en específico de la autodeterminación informativa plantea el correcto ejercicio del denominado derecho al olvido, que aunque no es el tema de este libro se analizará al referirnos a como se han establecido en la Constitución Alemana y de España que han logrado un buen estándar de protección.

Protección de la vida privada y regulación de los datos personales en Chile

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. 1. INTRODUCCIÓN
 2. 2. SITUACIÓN ALEMANA
 3. 2.1. ¿PROTECCIÓN DE DATOS O PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS?
 4. 2.2. LIBERTAD INFORMÁTICA Y EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.
 5. 3. SITUACIÓN ESPAÑOLA
 6. REFORMAS GENERALES
 7. 3.1. EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN
 8. 3.1.2 PRINCIPIOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA RESOLUCIÓN DE MADRID
 9. 3.2. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES PARA LOS ESTADOS IBEROAMERICANOS
 10. 3.3. PRINCIPIOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS
 11. 3.4. TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS ARCO A LOS DERECHOS PROSA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
 12. 4. LA EUROPA CONTINENTAL. UN LUGAR SEGURO PARA LA VIDA PRIVADA DE LOS CIUDADANOS
 13. 5. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN EL DERECHO AL OLVIDO
 14. 6. EL RGDP Y EL DERECHO AL OLVIDO EN LA UNIÓN EUROPEA
 15. 7. EL OLVIDO COMO CONSTANTE PREOCUPACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA
 16. 7.1. LA EUROPA CONTINENTAL Y EL OLVIDO DE SUS CIUDADANOS
 17. 7.2. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL
 18. 8. CONCLUSIONES
-

1. INTRODUCCIÓN

Como ya hemos señalado, la tendencia actual imperante en derecho comparado apunta a reconocer sistemas de protección de datos personales como un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, surgido ante la insuficiencia de la intimidad para dar protección a datos personales. La *autodeterminación informativa* constituye un tema novedoso, cuya naturaleza técnica y conceptual hace necesario analizar la doctrina, legislación y jurisprudencias comparadas para interpretar las diversas soluciones adoptadas y proyectar su aplicación a nuestro ordenamiento jurídico.

Para efectos de este libro, analizaremos el derecho alemán como fuente originaria del derecho a la autodeterminación informativa, que nace justamente en ese país con la sentencia dictada por su Tribunal Constitucional Federal sobre la Ley del Censo, a partir de la cual se inicia un prolífico trabajo doctrinal, jurisprudencial y legislativo, cuya proyección y aplicación al derecho español ha llegado a nosotros a través de sus principales comentaristas, atendido el sesgo del idioma común, y que nos ha sido de especial interés, toda vez que su legislación, en general, ha servido de modelo para los proyectos de ley planteados al respecto en Latinoamérica.

2. SITUACIÓN ALEMANA

Existe consenso en la doctrina internacional de que el llamado derecho a la autodeterminación informativa nace en la República Federal Alemana con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) sobre la Ley del Censo.

Al respecto, el profesor de Universidad de Valencia, RICARD MARTÍNEZ MARTÍNEZ, concluye que el Tribunal Constitucional Federal Alemán afirma en su sentencia que el derecho general de la personalidad comporta la atribución al individuo de la capacidad de decidir, en el ejercicio de su autodeterminación, cuanto desea revelar de su propia vida²⁷.

Estima, que así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional Federal Alemán al señalar:

“la autodeterminación del individuo presupone –también en las condiciones de las técnicas modernas de tratamiento de la información– que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada”.

“Esta libertad de decisión, de control, supone además que el individuo tenga la posibilidad de acceder a sus datos personales, que pueda, no sólo tener conocimiento de que otros procesan informaciones relativas a su persona, sino también someter el uso de éstas a un control, ya que, de lo contrario, se limitará su libertad de decidir por autodeterminación”²⁸.

²⁷ MARTÍNEZ, Ricard (2007). «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas» En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 5. UOC. [Fecha de consulta: 06/04/2009]. <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf> ISSN 1699-8154.

²⁸ Traducida por Manuel DARANAS (enero, 1984). BJC. N.º 33. Véase Manuel HEREDERO

La consecuencia de este razonamiento, -concluye MARTÍNEZ citando a E. PÉREZ LUÑO-, es el reconocimiento jurisprudencial de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa basado en el derecho general de la personalidad, y que ofrece protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal y «*garantiza la facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo sobre la difusión y la utilización de sus datos personales*».²⁹

El establecimiento de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa dentro del contexto de nuestra Carta Fundamental, precisa una revisión crítica de sus posibilidades, específicamente en relación a las bases de la institucionalidad, toda vez que nos plantea la dignidad humana como centro del constitucionalismo y delinear los alcances de los derechos emanados de la personalidad, en relación con las posibilidades y margen de acción que se le otorga al constituyente nacional para una aplicación horizontal de los derechos en nuestra constitución.

Asimismo, y a su turno, precisa perfilar sus posibilidades de establecimiento y eficacia, con el consabido conflicto con el derecho a la intimidad y sus límites y la esfera del imperio de los derechos fundamentales de primera y segunda generación.

Para el análisis de estas materias, acudiremos al trabajo del filósofo de Sevilla, profesor ANTONIO PÉREZ LUÑO, principal comentarista hispano del derecho germano.³⁰

HIGUERAS (1983). «La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983». *Documentación Administrativa*. N.º 198, pág. 139-158.

²⁹ Respecto del significado de la autodeterminación informativa en la Constitución alemana, véase Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (1989). «Libertad informática y derecho a la autodeterminación informativa». *I Congreso sobre Derecho Informático*. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Págs. 359-375. Y citado por Adalbert PODLECH (1984). «Artículo 2 Abs. 1». *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*. Luchterhand, Neuwied-Darmstadt. Págs. 341 y ss.

³⁰ PÉREZ LUÑO Antonio- Enrique, Ob. Cit.

2.1. ¿Protección de datos o protección de las personas?

Al respecto señala PÉREZ LUÑO, que la protección de datos personales constituye un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados. Su reconocimiento supone una condición de funcionamiento del propio sistema democrático, es decir, opera como una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales.

La protección de los datos personales y las libertades en relación con el uso de la informática han pasado a formar parte del conjunto de derechos que, en opinión de ERHARD DENNINGER, “definen el *status constituens* del ciudadano, su posición jurídica de formar parte activa y constituyente del Estado” [31](#).

Agrega, que se ha objetado a la denominación protección de datos, su carácter equívoco, pues parece evocar que el objeto de la protección jurídica son los datos, cuando, en realidad, son las personas concernidas en ellos. Aclara al respecto, que el centro de gravedad de estas normas lo constituye el reconocimiento de unos derechos y libertades de los ciudadanos y, por ello, las medidas técnicas y organizativas que tienden a evitar la manipulación, pérdida o destrucción de los datos tienen “una función meramente instrumental”[32](#).

Concluye, que lo que pretenden estas disposiciones es proteger a las personas, mediante la seguridad de los datos, pero no que éstos, por sí mismos, sean la causa de la protección.

Confirma lo anterior, señalando que a su juicio, la doctrina y la jurisprudencia germanas han elaborado una categoría paralela a la libertad informática denominada

³¹ E. Denninger, “El derecho a la autodeterminación informativa”, trad. cast. de A. E. Pérez Luño, en el vol. a cargo de A. E. Pérez Luño, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Tecnos, Madrid, 1987, p. 274.

³² S. SIMITIS, “Einleitung” en Bundesdaten Schutz Gesetz Kommentar, Nomos, Baden–Baden, 1978, pp. 53 y ss.

“derecho a la autodeterminación informativa” (Recht auf informationelle Selbstbestimmung).

Según las tesis del Tribunal Constitucional de Karlsruhe (Bundesverfassungsgericht) en su célebre sentencia del 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del censo de población (Volkszählungsgesetz), el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz) es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre.

De la dignidad y la libertad, entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de *“deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”*. Por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a la facultad de autodeterminación “un orden social y jurídico que hiciese posible al primero, que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él”.

Esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, por que la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos” [33](#).

Así las cosas, concluye que *“El derecho a la autodeterminación informativa entraña una facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que abarca todas las fases de elaboración y uso de datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación”* [34](#).

³³ La Sentencia se ha publicado en BverfGE, vol. 65, pp. 1 ss.: y en trad. cast. de M. Daranas, por la que cita, en BJC, 1984, N° 33, pp. 152-153. Cfr. A. E. Pérez Luño, Nuevas tecnologías, cit., pp. 126 ss.

³⁴ E. DENNINGER, op. cit. (en nota 3), p. 273. Vid. también para una exposición general de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, H. Heussner, “Datenverarbeitung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik”, en AuR, 1985, N° 10, pp. 309 ss.

2. 2. Libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa.

Otra temática que se plantea al respecto en Alemania es la relación existente entre la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa.

Al respecto, PÉREZ LUÑO señala que el derecho a la autodeterminación informativa (Rechtauf informationelle Selbstbestimmung), desde el momento de su formulación en la doctrina y en la jurisprudencia de la República Federal de Alemania, ha suscitado una viva polémica sobre su propia significación, es decir, si la autodeterminación informativa debía considerarse como un nuevo derecho fundamental o, si más bien, debía ser considerada como una ampliación o una especificación del derecho general a la personalidad.

Esta última hipótesis fue perfilada por quienes conciben la autodeterminación informativa como un aspecto de la vida privada y a ésta, a su vez, como una derivación del derecho a la dignidad del hombre (Würde des Menschen) proclamada en el artículo 1.1 de la Grundgesetz, y, más concretamente, del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Freie Entfaltung der Persönlichkeit) reconocido en el artículo 2.1 de dicha Ley Fundamental.

Lo anterior, dado que la norma constitucional germana, a diferencia de cuanto se produce en el artículo 18 de la Constitución española, no reconoce expresamente un derecho fundamental a la intimidad.

El autor en comento señala que a su juicio, este libro ha contado a su favor con la importante tarea hermenéutica desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), relativa al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La concepción abierta y dinámica de este derecho, ha permitido ir incorporando al sistema de los derechos fundamentales y, consiguientemente, a su esfera de tutela, aquellas necesidades y exigencias que se han manifestado más relevantes en el devenir de la experiencia constitucional alemana.

Por tanto, la dogmática germana de los derechos fundamentales se muestra más proclive a ampliar sucesivamente la incidencia de determinados valores constitucionales, -como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad-, que a multiplicar, por vía jurisprudencial, derechos no expresamente reconocidos en la Grundgesetz [35](#).

A su turno, y en una segunda derivación de este planteamiento, se distingue una peculiar manifestación de esta postura planteada por ADALBERT PODLECH. Según su opinión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se desglosa en dos libertades fundamentales:

- a) La libertad general de acción (allgemeine Handlungsfreiheit), entendida como libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos y la consiguiente libertad para comportarse o actuar de acuerdo con esa decisión; y
- b) La autodeterminación informativa (informationelle Selbstbestimmung), es decir, la libertad para determinar quién, qué, cuándo y con qué ocasión (wer, was, wann, beiwelchen gelegenheit) pueden conocer datos que le conciernen.

Ambas libertades se condicionan y complementan recíprocamente [36](#).

³⁵ Cfr. E. Benda, "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Datenschutz", en DuD, 1984, N° 2, pp. 89 ss.; H Heussner, op. Cit. (en nota 7), pp. 309 ss. Sobre la significación de los valores fundamentales (Grundwerte) para el sistema constitucional de las libertades cfr. A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid 2º Ed 1986, pp. 286 ss. y con relación a la dignidad humana, derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución y el desarrollo de la personalidad, pp. 317 ss.

³⁶ A. PODLECH, "Artículo 2 Abs. 1", en Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984, pp. 341 ss.

Advierte a su turno, que la resistencia a reconocer la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo obedece, en otras ocasiones, al temor a que con ello se consagre una especie de derecho a la propiedad privada sobre los datos personales.

Esta sería la postura de SPIROS SIMITIS, para quien la admisión de un derecho fundamental a la protección de datos o a la autodeterminación informativa favorecería, de facto, una concepción privatista de estos derechos.

Se correría, de este modo, concluye, el riesgo de concebirlos como derechos patrimoniales e hipotecar su interpretación desde esa óptica “propietaria”; que, además, se hallaría abocada a limitarlos por su conflicto con otros derechos fundamentales igualmente tutelados [37](#).

Al respecto señala PÉREZ LUÑO, que comparte desde esta óptica la inquietud de SIMITIS por evitar que la autodeterminación informativa sea asumida en clave individualista y patrimonial, ya que ello implicaría desconocer y/o comprometer su evidente dimensión social y comunitaria. Se debe tener presente que hoy por hoy, la intimidad ha trasladado su centro de gravedad desde la faz del derecho al aislamiento clásico de BRANDEIS Y WEISS, a una faz de poder de control sobre los datos personales.

Agrega, que un testimonio elocuente de estos nuevos perfiles de la intimidad se desprende del planteamiento de ADALBERT PODLECH. A su entender, la intimidad más que un estado de autoconfinamiento, supone una determinada calidad de la relación con los otros.

³⁷ S. SIMITIS, “Datenschutz. Voraussetzung oder Ende der Kommunikation?”, en el vol. Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart artículo Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, a cargo de N. Horn, C.H. Beck, München, 1982, pp. 513 ss.

Se trata, por tanto, de una condición social de la persona, que es objeto de tutela constitucional en la medida en que ésta puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, que el titular del derecho juzga deben permanecer en un plano reservado o privado. Precisamente esa facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen, constituye el núcleo de la autodeterminación informativa, en cuanto aspecto básico de la intimidad [38](#).

Estas tesis han venido a erosionar decisivamente la denominada “teoría de las esferas” (Sphärentheorie), con la que la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania había establecido algunos cauces para la tutela de la intimidad. Según esta orientación, se puede establecer una protección gradual situando los comportamientos en sucesivas esferas a tenor de su referencia social (Sozialbezug).

Se distinguen así: 1) una esfera íntima (**Intimsphäre**), que corresponde al ámbito más recóndito y secreto de la persona; 2) una esfera privada (**Privatsphäre**), que hace referencia a la dimensión de vida personal y familiar; y 3) una esfera individual (**Individualsphäre**), que afecta cuanto define la peculiaridad o individualidad de una persona (nombre, imagen...). Al tenor de esta distinción el Bundesverfassungsgericht establecía una intensidad de tutela inversamente proporcional a la dimensión social de la conducta o actividad concernida [39](#).

Frente a esta idea, hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la “intensidad social” de la conducta, puesto que todo comportamiento para tener relevancia jurídica debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses, públicos y/o privados, que pueden contraponerse al deseo de la persona de mantener sus datos en un plano de reserva.

³⁸ A. PODLECH, op. cit., (en nota 9), pp. 344 ss.

³⁹ Cfr. E. Denninger, op. cit., (en nota 3), pp. 273 ss.; A. E. Pérez Luño, op. cit., (en nota 8), pp. 327 y ss.

En atención a lo anterior, se estima que en esta época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto.

Así, negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa para englobarlo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad dificultaría la relación directa de aquél con otros derechos fundamentales.

Al respecto, y en el marco del sistema constitucional alemán definido por la Grundgesetz, HANS PETER BULL ha esbozado un cuadro de relaciones y concordancias de la protección de datos personales con otros derechos fundamentales. Tras fundamentar su protección constitucional en los artículos 1 y 2 de la Grundgesetz, referidos a la dignidad del hombre y el libre desarrollo de la personalidad, traza su conexión con otros derechos y libertades concretos reconocidos en la Ley Fundamental germana.

Entre ellos: La libertad de conciencia (artículo 4.1); las libertades de opinión e información (artículo 5.1), de reunión (artículo 8), y de asociación (artículo 9); la libre elección de profesión (artículo 12); así como con los principios del Estado de Derecho y del Estado social, que conforman los caracteres básicos de la estructura política y social que dimana de la Grundgesetz [40](#).

⁴⁰ H.J. Bull, "Verfassungsrechtlicher Datenschutz", en el vol. Das Europa der zweiten Generation. Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, a cargo de R. Bieber, A. Bleckmann y F. Capotorti, Nomos, Baden-Baden, 1981, pp. 869 ss.

3. SITUACIÓN ESPAÑOLA

Como señalamos precedentemente, en el análisis de los fallos de los Tribunales constitucionales extranjeros sobre la materia objeto de este libro, en general, se ha dado lugar a un importante debate -materia de abundantes estudios, especialmente en España-, cuya disquisición gira en torno a la autonomía de la autodeterminación informativa como derecho fundamental, en la forma en que ha sido reconocido constitucionalmente en las diversas Cartas Fundamentales, y las posibilidades de su consagración en nuestro país.

Al respecto señala PÉREZ LUÑO⁴¹ que, *“En el sistema constitucional español la autodeterminación informativa, o libertad informática, halla su reconocimiento inmediato en los artículos 18.4 y 105.b. A partir de ese entronque básico, puede trazarse su interrelación con otros preceptos constitucionales. Así, la libertad informática se remite a la propia definición de nuestra forma política como “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (artículo 1.1); en cuanto que en las sociedades tecnológicas avanzadas del presente ese tipo de organización sociopolítica exige traducirse en un equilibrio de poderes de acceso y control a las informaciones”.*

Agrega, que se trata de un *“Planteamiento que halla su confirmación en el compromiso constitucional de hacer reales y efectivas la libertad e igualdad de los ciudadanos (artículo 9.2), lo que obliga a remover los obstáculos que se oponen o dificultan la paridad de status de los ciudadanos y los grupos sociales en los procesos de información y comunicación, como medio imprescindible para garantizar su participación en la vida política, económica, cultural y social. No es necesario insistir en el estrecho nexo que enlaza la autodeterminación informativa con los valores de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, proclamados en el artículo*

⁴¹ PÉREZ LUÑO Antonio-Enrique, “Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”, publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989., Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

1. de nuestra constitución; al igual que con el derecho a la intimidad, en cuyas sedes materia genérica del artículo 18 ha situado su reconocimiento expreso nuestra Ley de leyes, si bien, en un apartado (el cuarto) específico. La libertad informática guarda también relación de complementariedad mutua con otras libertades como: la ideológica (artículo 16.1); la de expresión (artículo 20.1.a); y la de comunicar y recibir información (artículo 20.1.d)".⁴²

Al respecto, cabe destacar que, por su parte, el Tribunal Constitucional español, al acoger en su sentencia 292/2000, un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en contra de la Ley Orgánica, -sobre protección de datos de carácter personal-, reconoce un nuevo derecho constitucional autónomo, contenido en el artículo 18.4 CE: esto es, el derecho a la protección de datos.

Es a partir de este punto que la doctrina reacciona y surgen así las dos grandes tesis que sobre la autonomía han llegado a nosotros a través de sus respectivos autores, cuya influencia en nuestra doctrina, sin embargo, no ha engendrado una respuesta concreta a la desprotección de datos personales en Chile.

A modo de introducirnos en el tema, debemos identificar las dos grandes tesis sobre la autonomía de este derecho;

a) En primer lugar, surge la tesis **autonómica o restrictiva** encabezada por PÉREZ LUÑO y SUÑÉ LLINÁS, que encuentran su razón de ser, -ya no en el resguardo del ámbito íntimo de la vida privada-, sino en la posibilidad de controlar

⁴² Estas concordancias son posibles en la medida en que se reconoce que la libertad informática, o el derecho a la autodeterminación informativa, constituyen un derecho fundamental autónomo. Si se concibe al habeas data y las restantes facultades que conforman la libertad informática como un mero apéndice o episodio de otros valores, su enlace con los restantes valores y derechos constitucionales debería hacer por vía indirecta, es decir, a través de esos valores en los que se reputa incluida. Sin embargo, la especificidad de la libertad informática se revela con nitidez en la dimensión nueva y peculiar que reviste su incidencia en los demás valores y derechos con los que se relaciona. Puede afirmarse, por ello, que la autodeterminación informativa permite una lectura renovada del conjunto de valores y derechos fundamentales de aquellos sistemas constitucionales que la admiten (sea en su normativa o a través de la jurisprudencia).

esa información para resguardar a los individuos frente al riesgo que les supone el acopio y transmisión de sus datos, en equilibrio con los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y aceptando el concepto "autodeterminación informativa", pero sólo como un derecho autónomo relativo a una fórmula práctica, de las particulares características que adquiere el derecho a la intimidad en la era informática.

Al respecto, el profesor EMILIO SUÑÉ LLINÁS advierte que el derecho a la autodeterminación informativa es definido por el Tribunal Constitucional alemán al entender que implica para el individuo el poder decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.⁴³

En este contexto, SUÑÉ LLINÁS precisa al respecto que "pese a la autonomización del derecho a la intimidad, nunca ha podido separarse completamente de otros derechos, tanto o más fundamentales, si cabe, hasta el punto de que la vulneración de la intimidad es, las más de las veces, no un fin en sí misma, sino un medio para acatar otros Derechos Fundamentales de la persona, o al menos conseguir otro tipo de fines".⁴⁴

b) Una segunda corriente es la denominada, **tesis autonómica amplia**, que apunta hacia una definición de la libertad informática o autodeterminación informativa en su condición de nuevo derecho fundamental, perteneciente a los de tercera generación y construido a partir del derecho a la intimidad y ante la insuficiencia de éste para justificar la protección de datos.

⁴³ SUÑÉ LLINÁS Emilio, Tratado de derecho Informático. Vol. 1, Universidad Complutense, Madrid, España 2000, pág. 31 Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo "La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales", http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&qid=42&Itemid=53, visitada el 01.06.2009.

⁴⁴ SUÑÉ LLINÁS Emilio, Ob. Cit. pág. 30.

Esta es la posición encabezada por LUCAS MURILLO DE LA CUEVA⁴⁵, -a la que en parte adherimos en este libro-, tomando como antecedente la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, de 1983, sobre la Ley del Censo que reconoció la necesidad de contar con una medida especial de protección, dadas las condiciones actuales y futuras de la elaboración automática de datos.

Para LUCAS MURILLO, la autodeterminación informativa: «en cuanto que posición jurídica subjetiva correspondiente al *status de habeas data*», pretende satisfacer la necesidad, sentida por las personas en las condiciones actuales de la vida social, de preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que les conciernen y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos propia de la informática, y de los peligros que esto supone.» Ese objetivo se consigue por medio de lo que se denomina técnica de protección de datos, “integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas”». ⁴⁶

En una obra posterior, LUCAS MURILLO ha definido la autodeterminación informativa como: «*el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos, que desea que no se conozcan, así como facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan terceros informativamente son exactos, completos y actuales, y que se han obtenido de modo leal y lícito*»». ⁴⁷

⁴⁵ MURILLO DE LA CUEVA Lucas Pablo, “El derecho a la Autodeterminación Informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, Págs. 120-124. Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo “La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”, http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53, visitada el 01.06.2009.

⁴⁶ MARTÍNEZ, Ricard (2007). Ob. Cit.

⁴⁷ MARTÍNEZ, Ricard (2007). Ob. Cit.

Lo anterior ha sido recogido por el Tribunal Constitucional español al reconocer un derecho fundamental a la protección de datos⁴⁸, -diferente del derecho constitucional a la intimidad-, señalando que a su juicio, la función que cumple el derecho a la protección de datos es distinta de la del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE que consiste en proteger al individuo frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad.

Como señala MARTÍNEZ, Ricard⁴⁹, “Será en la STC 292/2000 donde el Alto Tribunal diseñe con nitidez el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. El fundamento jurídico quinto de la sentencia confirma la interpretación conforme a la cual el artículo 18.4 CE, incorpora un nuevo derecho fundamental dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad:

«Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al artículo 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (artículo 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (artículo 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran».

⁴⁸ “Este planteamiento doctrinal ha sido acogido finalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha alumbrado el derecho fundamental a la protección de datos a través de un conjunto de sentencias dictadas en el periodo que va de 1993 al 2000. Debe señalarse que la primera sentencia, la número 254/19938 recoge el derecho, -al que denomina libertad informática-, de un modo ciertamente confuso, para después ir poco a poco perfilando el contorno del nuevo derecho.⁹ MARTÍNEZ, Ricard (2007). Ob. Cit.

⁴⁹ MARTÍNEZ, Ricard (2007). Ob. Cit.

A continuación, el fundamento jurídico sexto de la sentencia define el objeto de protección del derecho que alcanza:

«a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

Concluye así el citado autor, que en el mismo fundamento se describe el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, que incluye un haz de garantías y facultades que se traducen en determinadas obligaciones de hacer.

Se trata del derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelarlos.

Como puede advertirse, y siguiendo la temática en cuestión desde la perspectiva de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, el Tribunal Constitucional español resuelve el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, conforme lo cual, y concordante con nuestra postura al respecto, concluimos que en el derecho a la protección de datos se persigue garantizar a una persona un poder de control y

disposición sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado.

Asimismo, fluye de lo anterior, una segunda peculiaridad que lo distinguiría del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, en su contenido, ya que se trata de conferir a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, pero que además consiste en proporcionar al titular del derecho las facultades necesarias para garantizar un poder de disposición y control sobre sus datos personales que sólo es posible y efectivo si se imponen a terceros las obligaciones de requerir consentimiento previo a la recogida y uso de los datos personales, informar sobre el destino y uso de esos datos, y permitir el acceso, rectificación y la cancelación de dichos datos.

REFORMAS GENERALES

Con todo, se debe anotar que la LORTAD, fue derogada a causa de sus deficiencias y por no ser del todo compatible con una de la piedras basales de la regulación en la materia, como fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, aunque debe tenerse presente que el primer hito comunitario es el llamado convenio N° 108 de 1981⁵⁰

Ahora bien, las leyes de protección de datos regulan la realidad esencialmente en base al respeto de determinados principios, que luego dieron lugar a los

⁵⁰ En efecto, el hito que da inicio a la regulación general de Europa en materia de protección de datos es el Convenio N° 108, cuyo nombre oficial es Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, el cual establece los principios esenciales, imperativos y vinculantes en la materia para otorgar protección jurídica a los individuos, incluso con pretensiones de universalidad, lo que se refleja en que está abierto a la adhesión de los Estados que no son miembros del Consejo de Europa, pues se reconoce que el flujo de datos es transfronterizo.

estándares internacionales en la materia. Dichos principios eran ya bastante uniformes en la LORTAD, y las autoridades de protección de datos de los diversos países tomaron providencias para que continuara de esa manera: se reunieron en la **31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada el día 5 de noviembre de 2009 en Madrid**, y acordaron o fijaron ciertas definiciones y contenidos de derechos de forma común a través de la **Resolución de Madrid**⁵¹.

2. El contenido de la Resolución

No es una creación original de las autoridades de control, sino más bien una sistematización didáctica de la entonces vigente Directiva 95/46/CE, cuyo núcleo pervive en el actual Reglamento General de Protección de Datos

En primer lugar, se establecieron ciertas definiciones básicas, como que dato personal o dato de carácter personal es cualquier información concerniente a una persona identificada o identificable a través de medios que puedan ser razonable fueron le utilizados o, en la lectura de la ley chilena, "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables".

Si un dato no puede ser asociado a una persona determinada, entonces no es aplicable la legislación de protección de datos personales y concuerdan en que tratamiento de datos personales se refiere a cualquier operación o conjunto de operaciones, sean o no autorizadas, que se apliquen a datos de carácter personal, en especial su recogida, conservación, utilización, revelación o supresión.

En segundo lugar, se uniformaron los principios aplicables a la materia

⁵¹ También es aplicable a los principios que ya estaban en la ley chilena.

2.1. Principios en materia de protección de datos personales en la Resolución de Madrid⁵²

El primer principio o punto de partida es el principio general de legitimación, esto es que, como regla general: los datos de carácter personal solo pueden ser tratados previa obtención del consentimiento libre, inequívoco e informado del titular de los mismos (el "interesado", en términos de la Resolución de Madrid), o cuando un interés legítimo de la persona que realiza el tratamiento (el "responsable") justifique dicha operación, salvo que prevalezcan los intereses, derechos y libertades de los titulares; también se entiende legitimado el tratamiento de datos que sea necesario para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica entre el responsable el titular (los contratos de suministro, por ejemplo, donde hay que saber a quién hay que prestarle determinado servicio y cobrarle por ello).

También se está liberado de obtener el consentimiento del titular de estos sea necesario para el cumplimiento de una obligación impuesta por ley o del legítimo ejercicio de sus competencias de un organismo de la Administración Pública o cuando concurren situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad del titular o interesado o de otra persona, como podría ser el caso de la necesidad de acceder al historial médico de quien ha resultado herido, pero no puede darse a entender, y es necesario comprobar que no es alérgico a determinados medicamentos que pretendan suministrársele.⁵³

El segundo principio en orden de importancia es el principio de lealtad y legalidad, el cual implica que los tratamientos de datos de carácter personal se deberán realizar de manera leal y respetando la legislación nacional y los derechos y libertades de las personas. Aunque lo de la lealtad pudiera resultar ambiguo, la Resolución de Madrid nos ayuda a determinar su sentido y contenido al señalar

⁵² Aleatoriamente ordenados

⁵³ En ese mismo sentido, el artículo 4º de la Ley N° 19.628 de 1999: "El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello"

expresamente que deben ser considerados desleales aquellos tratamientos de datos y carácter personal que den lugar a discriminaciones injustas o arbitrarias

El tercero es el de la proporcionalidad, que para las autoridades de protección de datos implica que el tratamiento de datos de carácter personal deberá circunscribirse a aquellos que resulten adecuados, relevantes y no excesivos en relación con las finalidades previstas, por lo que los responsables del tratamiento deberán realizar esfuerzos razonables para limitar los datos de carácter personal tratados al mínimo necesario

Cuarto principio de calidad, que tiene dos implicancias distintas: por una parte significa que los responsables del tratamiento de datos deberán asegurar en todo momento que los datos de carácter personal sean exactos, así como que se mantengan tan completos y actualizados como sea necesario para el cumplimiento de las finalidades para las que sean tratados y, por otra, que deben limitar el periodo de conservación de los datos de carácter personal tratados al mínimo necesario. En los términos de nuestra legislación nacional, "la información debe ser exacta, actualizada Y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos"⁵⁴

Así, si los datos de carácter personal han dejado de ser necesarios para cumplimiento de las finalidades que legitimaron su tratamiento, deberán ser eliminados o convertidos en anónimos.

Quinto principio en materia de protección de datos personales es el principio de *finalidad*, esto es, la idea de que el tratamiento de datos de carácter personal deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades explicitadas al titular de los datos y/o las legalmente procedentes⁵⁵.

⁵⁴ Artículo 9º de la Ley Nº 19.628, de 1999, sobre Protección de la Vida Privada.

⁵⁵ La Ley Nº 19.628 de 1999 sobre Protección de la Vida Privada, lo recoge en los siguientes términos: "Artículo 9º.- Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

Ello significa que el responsable del tratamiento no puede llevar a cabo tratamientos incompatibles con las finalidades para las que hubiese recabado los datos de carácter personal, a menos que cuente con el consentimiento inequívoco del interesado y, podríamos agregar, específico, de forma de privar de valor a declaraciones genéricas de consentimiento tan de gusto de entidades de comercio y financieras

Nótese al respecto, como bien hacía GARRIGA, que lo que llamamos derecho al olvido "ya se encuentra implícito en el principio de finalidad (la supresión, en los términos de la Propuesta del Reglamento europeo) que exige la cancelación de los datos que hayan dejado de ser necesarios para la finalidad que justificó su obtención y tratamiento"⁵⁶

El sexto principio de transparencia en cuya virtud toda persona responsable de tratamientos de datos personales deberá contar con políticas transparentes en lo que a ello se refiere y además deberá facilitar a los interesados, esto es, a los titulares de los datos personales, la información acerca de su identidad, de la finalidad para la que pretende realizar el tratamiento, de los destinatarios a los que prevé ceder los datos de carácter personal y del modo en que los interesados o titulares podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación o eliminación y oposición (que veremos con más detalle cuando hablemos de los derechos ARCO y los derechos PROSA), así como cualquier otra información necesaria para garantizar el tratamiento leal de dichos datos de carácter personal.

De acuerdo con la Resolución de Madrid, si los datos de carácter personal han sido obtenidos directamente del titular, la información deberá ser facilitada en el momento de la recogida; de lo contrario, deberá ser facilitada en un plazo prudencial de tiempo, pero puede sustituirse este aviso por medidas alternativas cuando su cumplimiento resulte imposible o exija un esfuerzo desproporcionado.

⁵⁶ UARRIGA (2015), pp. 239 y 240.

Y, por supuesto, no puede limitarse a la firma de una cláusula perdida entre los faldeos de un farragoso contrato-tipo, sino que la información deberá facilitarse empleando para ello un lenguaje claro y sencillo; ahora bien, si los datos de carácter personal son recogidos en línea a través de redes de comunicaciones electrónicas, las obligaciones de transparencia podrán satisfacerse mediante la publicación de políticas de protección de datos fácilmente accesibles e identificables.

Finalmente, el séptimo y último principio es el de responsabilidad, que implica que quienes tratan datos personales ajenos deben adoptar las medidas necesarias para cumplir con los principios y normas de la legislación y dotarse de aquellos mecanismos necesarios para evidenciar dicho cumplimiento tanto ante los titulares de datos como ante las autoridades competentes.

Es decir, no basta con afirmar que se cumple la ley, sino que se debe estar en condiciones de demostrarlo.

Finalmente cabe señalar que, dentro del universo de datos personales, existen algunos que, conforme a los principios y normas de protección de datos, tienen un régimen especial de protección, como son los datos sensibles, y "el carácter 'sensible' de estos datos se funda en que su uso indiscriminado puede traer aparejado que se tomen decisiones arbitrarias respecto de sus titulares, con el consecuente desmedro de la dignidad humana y las garantías personales que de ella derivan"; es decir, normalmente son aquellos que afectan la esfera más íntima del titular de los mismos o que cuya utilización puede dar origen a una discriminación ilegal o arbitraria o conllevar un riesgo grave para el interesado o titular.

Al respecto, ejemplifica la Resolución de Madrid, serán considerados sensibles aquellos datos de carácter personal que puedan revelar aspectos como el origen racial o étnico, las opiniones políticas o las convicciones religiosas o filosóficas, así como los datos relativos a la salud o a la sexualidad: se trata de un

numerus clausus, sino que está abierto a cualquier otro tipo de datos que tengan esa capacidad o aptitud para el daño a sus titulares⁵⁷

Para el legislador esta especial categoría de datos implica que puede y debe establecer garantías adicionales para preservar los derechos de los interesados.

Finalmente, la Resolución de Madrid le dedica un acápite especial al tema de la seguridad, señalando que quienes realizan operaciones de tratamiento de datos personales tienen dos importantes deberes respecto de sus operaciones: uno de ellos es el deber de seguridad, que ella entiende como el deber de proteger los datos de carácter personal que se sometan a tratamiento mediante las medidas técnicas y organizativas que resulten idóneas en cada momento para garantizar la integridad, confidencialidad disponibilidad de la información.

Esto deriva del hecho que los responsables realizan operaciones de riesgo, con posibles consecuencias negativas para los titulares de los datos agravadas por las circunstancias de que muchos de los de carácter sensible lo que los obliga a poner especial cuidado en el estado de la técnica y del contexto en el que se efectúa el tratamiento, así como de las obligaciones establecidas en las leyes.

Este deber de seguridad implica también el informar a los titulares de datos de cualquier infracción de seguridad que pudiese afectar sus derechos patrimoniales o así como de las medidas adoptadas y también conlleva, por parte del responsable, un segundo deber como es y deber de confidencialidad, esto es, que quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal deberán respetar la confidencialidad de los mismos, obligación que subsistirá aun

⁵⁷ Artículo 2° de la Ley N° 19.628 de 1999: "Para los efectos de esta ley se entenderá por: [...] g) Datos sensibles, 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 íntima, 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".

des desde finalizar sus relaciones con el interesado.⁵⁸

2.2. Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos.

Como ya se señaló, los estándares contenidos en la Resolución de Madrid son del año 2009, pero en el año 2016 se acordó en el marco de la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno⁵⁹ solicitar a la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)⁶⁰ la elaboración de una propuesta de propuesta y trabajo para facilitar la cooperación entre países en materia de protección de los datos personales. Como respuesta a este requerimiento, la señalada Red presentó al año siguiente en Santiago de Chile el documento titulado "Estándares de protección de datos personales para los estados Iberoamericanos que persigue, establecer un conjunto de principios de protección de datos personales.

La segunda innovación es que la seguridad y la confidencialidad ya no los considera solo como deberes que deben incorporarse en la regulación legislativa que se haga en la materia por los respectivos Estados, sino que establece que también deben ser considerados principios basales, entendiendo que el principio de seguridad supone establecer las medidas administrativas, físicas y técnicas suficientes para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales, y que el principio de confidencialidad obliga a incorporar en las legislaciones nacionales mecanismos de control para asegurar la confidencialidad de la información.

⁵⁸ Este deber es considerado en el artículo 7º de la Ley Nº 19.628 de 1999: "Las 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.

⁵⁹ Véanse al respecto los documentos emanados de la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Disponible en: <https://bit.ly/366fJHqib>.

⁶⁰ La Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) se crea en 2003 es un foro para la integración de quienes desarrollan iniciativas y proyectos relacionados con la protección de la persona es tanto del sector público como en el privado en Iberoamérica.

Sin embargo, a efectos de nuestros fines, esto no es lo más interesante, sino que lo son ciertas directrices orientadoras, que, en opinión de la RIPD, pueden justificar limitaciones al derecho a la protección de datos personales: seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud pública, la protección de los derechos y libertades de terceros y, también, cuestiones de el interés público, todas las cuales deben ser establecidos expresamente en la ley.

Lo anterior no significa renunciar al derecho a la protección de personales, sido un ejercicio intelectual más delicado, como es el canfín de conculcar dicho derecho con otros derechos y libertades: de acuerdo con los Estándares iberoamericanos no es aceptable sencillamente hacerlo desaparecer en determinados supuestos legal es, sino que requiere un ejercicio y ponderación.⁶¹

2.3. Principios en materia de protección de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos⁶²

Por el denominado Reglamento General de Protección de Datos o por las siglas RGPD, de 25 de mayo de 2018 deroga la -directiva 95/46/CE", acto legislativo vinculante que deben aplicarse en su integridad en toda la Unión Europea, es decir, origen directamente al interior de los países de la Unión⁶³-y además con un alcance global pues Reglamento introdujo reglas de aplicación extraterritorial que afectan a entidades ubicadas fuera de la Unión Europea, las que incluso pueden quedar sujetas a su régimen sancionador.

⁶¹ El numeral, 7 de los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estado: i · Los estados euroamericanos podrán exentar, en su derecho interno, el cumplimiento en la medida en que resulte necesario conciliar el derecho a la protección de derecho personales con otros derechos y libertades fundamentales. 7.2.Esta exención deberá requerir de un ejercicio de ponderación con la finalidad de determinar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la restricción o excepción conforme las reglas y criterios que establezcan los Estados Iberoamericanos en su derecho interno.

⁶² Las exigencias de la Resolución de Madrid; que nos faltan algunas cosas que se asentaron en los Estándares Iberoamericanos y algunas otras que se consignan en el Reglamento General de Protección de Datos, atendido los tratados suscritos por Chile, en materia de protección de datos personales, son aplicables con la Unión Europea a partir del año 2002.

⁶³ A diferencia de las "directivas", que son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países deben cumplir, pero donde le corresponde a cada uno de ellos elaborar sus propias leyes para alcanzar dichos objetivos.

Esta nueva normativa dispuso los principios establecidos por el Reglamento desde el año 2018 en relación al tratamiento de datos, imponiendo que los datos personales sean tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado ("licitud, lealtad y transparencia"); que estos deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, no pudiendo ser tratados de manera incompatible con dichos fines ("limitación de la finalidad"); que deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados ("minimización de datos"), y que deben ser exactos y, de ser necesario, actualizados ("exactitud").

Como puede apreciarse, salvo por cambios terminológicos y reagrupación de conceptos, los cambios no son sustanciales y tampoco son contradictorios, sino que más bien responden a una evolución y desarrollo normativo querido con la madurez y experiencia que dan las nuevas realidades que fin presentan en el mundo.

Cabe destacar que el Reglamento jamás asume que el derecho a la protección de datos sea absoluto, sino que, por el contrario, señala que pueden existir limitaciones al mismo, pero declara expresamente en su artículo 85.

"Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística y literaria".

2.4. Transformación de los derechos ARCO a los derechos PROSA en materia de protección de datos personales.

Las diversas legislaciones en materia de protección de datos, incluida, la chilena, por influjo de la estandarización normativa internacional, han planteado que

los titulares de datos o interesados tienen cuatro tipos de derechos diferentes en lo que a sus datos personales concierne. Se trata de Acceso, de Rectificación, de Cancelación (eliminación) y el de oposición, que por el acrónimo que se forma con sus primeras letras son internacionalmente conocidos como derechos ARCO.⁶⁴

Por supuesto que el Reglamento establece algunos otros derechos, favor de las personas, como el de la limitación del tratamiento en condiciones especiales o a que las personas no sean objeto de decisión, basadas en tratamientos automatizados pero los recién señalados son "fundamentales: el de portabilidad, el de rectificación, el de oposición, el de supresión y el de acceso, que ahora pasan a ser conocidos, por el acrónimo que forman sus primeras letras, como derechos PROSA.

Estas definiciones, principios, derechos y deberes constituyen el núcleo social de los estándares internacionales de protección de datos y la gran generalidad de ellos están presentes en la legislación nacional y, por tanto, tienen la fuerza normativa o exigibilidad prevista para las leyes.

A partir de este conjunto de principios o normas que se deduce o se construye el llamado derecho al olvido en Internet, que no es más que la aplicación de las normas de protección de datos personales a los entornos de información digital.

3. La Europa continental. Un lugar seguro para la vida privada de los ciudadanos.

En contraposición, en los principales sistemas de origen romanista, el derecho al olvido digital ha cobrado especial importancia, siendo solicitado por algunos autores que incluso sea considerado como un derecho fundamental.

⁶⁴ En la legislación chilena está expresamente consagrados en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 19.628 de 1999, con la particularidad de que no habla del derecho de oposición, pero sí del bloqueo, entendiendo que es lo que procede cuando los datos son inexactos o incompletos: debe negarse la posibilidad de su consulta por terceros hasta obtener certeza respecto de estos.

Es importante mencionar los hechos ocurridos en torno a la Sentencia del Caso Costeja, la cual marcó un punto de inflexión respecto al tema del derecho al olvido digital en Europa, debido a los criterios que asentó respecto del papel y responsabilidad de los motores de búsqueda.

El señor Costeja, reputado empresario catalán, había sido protagonista de una noticia en el periódico español de La Vanguardia porque figuraba en un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo de deudas a la Seguridad Social. Estos hechos habían tenido lugar mientras desarrollaba sus actividades empresariales, en las que dejó de pagar las cuotas a la Seguridad Social, que tuvieron como consecuencia el mencionado embargo.

El hecho de que cada vez que se introducía su nombre y apellidos en un buscador apareciese la mencionada información, le impedían que pudiera volver a tener una segunda oportunidad, ya que argumentaba que la noticia ya no tenía interés público en la actualidad. Además, no se pedía que se eliminase la información en el periódico, sino solamente que esta no fuese accesible por el mero hecho de escribir su nombre.

La cuestión prejudicial fue planteada desde España en una impugnación que Google, y su filial en dicho país, habían entablado contra una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que amparaba en parte la denuncia de don Mario Costeja González.

El litigio se basaba en saber si Google estaba obligada a borrar de Internet todos los datos referidos al mencionado embargo, y que se recuperaban a través del motor de búsqueda. Dicha información pertenecía al pasado de la vida privada del ciudadano.

El Tribunal determinó que los ciudadanos pueden solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la Red, cuando su tratamiento sea ilegítimo, o sea, que no sea adecuado, pertinente o excesivo en relación con los fines y el tiempo transcurrido. Por lo tanto, se pronunció a favor del ciudadano, exigiendo la desindexación de la información tanto de Google Inc. como de Google Spain (Rallo, 2014).

No obstante, la información sigue accesible en el universo virtual cuando esta se busca a través de parámetros diferentes del nombre del señor Costeja, no implicando que la información quede suprimida de la fuente original. La única consecuencia práctica, es que el dato (o información no deseada) quede desvinculado del nombre concreto cuando se realiza una búsqueda.

Esto para guardar un equilibrio entre el derecho al olvido y el derecho a la información, tal como manifiesta el Tribunal de Luxemburgo (también conocido por las siglas de TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en la sentencia aludida.

En ella se establece que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda debe considerarse sometida a las normas que sobre protección de datos rigen en la Unión Europea. Esto implica que se reconozca a las personas el derecho a solicitar que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en Internet realizada por su nombre. Se reconoce así el derecho al olvido digital.

Es decir, que la información podrá ser eliminada si “es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda” (párrafo 94). Pero, además, esto tampoco será siempre así, porque si el sujeto fuera persona pública o la información de interés público, el derecho a la información prevalecería sobre el derecho al olvido.

No obstante, hay que advertir que esta sentencia se refiere tan solo a los resultados obtenidos en motores de búsqueda tras teclear el nombre de una persona determinada. No implica, por tanto, que la página donde aparece el dato desaparezca ni que la información quede suprimida de la fuente original. La única consecuencia práctica, por tanto, es que el dato (o información no deseada) queda desvinculado del nombre concreto cuando se realiza una búsqueda, pero nada más.⁶⁵

Tras esta sentencia, el derecho al olvido ha adquirido en Europa una mayor relevancia jurídica, y ha terminado por formalizarse su reconocimiento como tal en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, que es aplicable desde el 25 de mayo de 2018, y en cuyo artículo 17 se recoge de forma expresa el derecho al olvido como un derecho de cancelación (Moreno y Serrano, 2017).

Pero además del reconocimiento por parte de la Unión Europea, los diferentes Estados parte han procedido a adaptar, de diferentes formas, sus propios ordenamientos jurídicos en esta materia. A continuación, se va a hacer referencia a los casos de Alemania, Francia, Italia y España, debido a que son los cuatro países europeos donde se ha producido un mayor desarrollo en esta cuestión.⁶⁶

En el supuesto alemán el derecho al olvido digital ha entrado a formar parte

⁶⁵ CORRAL TALCIANI, comentando esta sentencia, propone también otros criterios razonablemente atendibles en que normalmente el derecho a la cancelación o supresión de datos personales no debería prevalecer, como son aquellos referidos a autoridades o los de quienes opten a cargos de representación popular, los referidos a crímenes de lesa humanidad, aquellos que cometen ciertos delitos que "pueden representar un peligro para ciertos ambientes" (sospechamos que con esa ambigüedad se refiere a los depredadores sexuales de menores de edad) y cuando los hechos tienen relevancia para mantener la memoria histórica de una comunidad".

⁶⁶ Pero hay dos cuestiones que hay que tener muy claras: la primera es que la sentencia "no hace sino poner de manifiesto que los principios que configuran el derecho a la protección de datos, tal y como es concebido en el ámbito de la Unión Europea, son perfectamente aplicables a los tratamientos de datos personales llevados a cabo en el marco de los servicios de la Sociedad de la información", es decir, que no se ha inventado ningún derecho, bastando los que se derivan de la protección de datos; la segunda es que la sentencia nunca habla de un derecho al olvido, salvo cuando menciona las alegaciones de las partes y el contenido del auto de planteamiento, según observa agudamente Puente Escobar.

del ordenamiento jurídico germánico mediante la misma fórmula que se recogió el derecho a la vida privada, es decir, a partir del libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 2.1 de su Ley Fundamental. Esta fórmula es la defendida por varios autores para que se incorpore así a otros ordenamientos jurídicos (SIMÓN, 2015).

Con ello se evita delimitar el complejo y polisémico contenido que se debe proteger con la configuración de este derecho, porque en función de la situación y del soporte donde esté contenida la información que se desea eliminar o desindexar, se está hablando de privacidad, de honra, de propia imagen o de datos personales, todos ellos derechos fundamentales recogidos en la mayoría de las Constituciones de los sistemas de raíces continentales. Y es que, no se puede configurar de manera genérica un derecho al olvido digital que englobe cualquier situación.

A su turno, es importante resaltar los casos de España e Italia, en donde la Agencia Española de Protección de Datos Personales (a partir de ahora AEPD) y el Garante per la Protezione dei Dati Personali respectivamente, llevan más de una década siendo los órganos de carácter administrativo encargados de velar por la protección de los datos de los ciudadanos en internet (Klingenberg, 2016).

Cabe destacar la labor que está desarrollando en esta materia la AEPD, debido a que lleva una gran cantidad de causas relacionadas con temas de derecho al olvido digital.

Incluso se puede encontrar dentro de su página web una clara guía en donde se explica, en un lenguaje fácil y accesible, cómo se debe proceder para realizar una petición en materia de olvido, con objeto de que el conjunto de la sociedad pueda ser partícipe de esta cuestión.

Este organismo de carácter administrativo es el encargado de decidir en cada

uno de los casos la pertinencia respecto a si se debe estimar la petición de desindexación de la información o no. Y en caso de que el ciudadano no se muestre de acuerdo, puede acudir a la vía judicial para que los respectivos tribunales decidan sobre esta cuestión.

En este caso, debido al ámbito jurídico protegible del derecho al olvido⁶⁷ digital dentro de los países de la Unión Europea, es una forma pertinente y eficaz de materializar este derecho. Es cierto que desde el punto de vista práctico de su protección, los mecanismos que se están llevando a cabo son bastante eficaces.

La AEPD se ha manifestado expresando que ningún ciudadano que sea personaje público, ni que sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública, debe resignarse a que sus datos personales circulen por la red, siendo el responsable el motor de búsqueda, que deberá encontrar medios para que la información no vuelva a aparecer en el futuro.

Esta agencia española se ha convertido en la encargada de recibir innumerables peticiones en donde se estudia la pertinencia o no de borrar datos que fueron almacenados sin la autorización de sus titulares en la mayoría de las ocasiones.

Desde 2007, cuando se produce su primera resolución, España ha sido uno de los países pioneros en ejercer este derecho con objeto de evitar la difusión universal y pertinente de los datos de los ciudadanos en Internet. En palabras de PERE SIMÓN (2015: 217):

Los criterios utilizados integran una doctrina equilibrada, idónea y necesaria

⁶⁷ El 4 de noviembre de 2010, por primera vez en un documento oficial como fue una Comunicación de la Comisión Europea, se menciona explícitamente el derecho al olvido como parte integrante del reforzamiento de los derechos de las personas y el control efectivo sobre sus propios datos, cuestión crítica en relación con las malas prácticas de las plataformas de redes sociales en que, en los hechos y una vez aceptados los términos y condiciones, la voluntad de los usuarios deviene en irrelevante.

que se ha construido lenta pero progresivamente desde 2007 en base a principios racionales y de respeto hacia personas que ya han superado una fase concreta de su vida y que, en cualquier caso, no deben tener la carga de soportar, indefinidamente en Internet, la persecución de los sucesos embarazosos del pasado.

Por lo tanto, basa sus decisiones en el ya anunciado criterio del interés público de la información, así como en si esa relevancia pública sigue siendo actual. Además, tiene en cuenta si existe una finalidad legítima que justifique el tratamiento en origen y el tratamiento posterior de los datos por parte del buscador.

Pero todo ello con el claro criterio, de que en caso de que la petición sea aceptada, se debe producir solamente la desindexación de la información del motor de búsqueda, el cual es responsable del tratamiento de esos datos personales, pero nunca se debe producir la eliminación de la información de la fuente de origen.

Además, este es un tema que seguirá avanzando en gran medida en España, ya que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y que será aprobado en los próximos meses, y cuyo objetivo es garantizar un óptimo cumplimiento de la nueva legislación europea que hay sobre la materia.

Por su parte, en Francia, la Commission Nationale de l'Informatique et les Libertés también reconoció de forma expresa la existencia del derecho al olvido, con una amplia interpretación de lo que comprende el poder solicitar una segunda oportunidad.

4. Criterios de ponderación en el derecho al olvido.

Es extraordinariamente difícil construir un catálogo de situaciones en que el olvido confronte a la memoria en el ámbito de las publicaciones de la prensa digital y

que, todavía más, contemos con soluciones expresas.⁶⁸

En Europa, el Reglamento General de Protección de Datos consideran su artículo 17.3 que no pueden suprimirse los datos personales deseamos para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información Se requieren para el cumplimiento de una obligación legal. o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos a quien realiza el tratamiento, o si son necesarios por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, o si ellos son tratados con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o si se necesitan para la formulación el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Para solucionar los casos no previstos en las normas, acudiremos a un concepto jurídico indeterminado reconocido en el derecho comparado como ponderación, y "por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado con el fin de elaborar una regla que permite, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella"⁶⁹

Elementos a considerar, SIMÓN CASTELLANO propone "entre los criterios y pautas para tener en cuenta, debería analizarse el interés público de lo divulgado, la naturaleza pública o privada del titular de los datos, la naturaleza de los datos divulgados, el ámbito y alcance real de la Difusión de datos en internet en el contexto en el que fueron definidos, la necesidad y la pertinencia de su publicación y, finalmente, la existencia o no de una finalidad que justifique la difusión de los datos, haciendo adicionalmente"⁷⁰, haciendo adicionalmente la advertencia de que incluso

⁶⁸ Por supuesto que tenemos normas para apoyarnos en la dilucidación de los conflictos: para empezar, tenemos nuestra Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, en cuyo artículo 15 prevé múltiples supuestos en los cuales es improcedente la cancelación de datos, como son los casos en que la supresión entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras de un organismo público o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, o perjudique la seguridad de la nación o el interés nacional, o pretenda ejercerse tal derecho; respecto de datos personales almacenados por mandato legal.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ SIMÓN CASTELLANO (2015), p. 289.

el "interés público".

Dentro de los posibles resultados puede que, examinado el equilibrio entre los derechos e intereses en juego, el derecho a la protección de datos tenga que ceder ante el derecho a la información o viceversa.

Somera revisión de casos a título meramente ilustrativo con el concepto interés público.

a) Personas de relevancia pública.

.Respecto de estas personas, difícilmente puede considerarse parte de la vida privada ningún hecho que se suscite en el ejercicio de la función pública; tampoco lo será aquello que el personaje público ha hechos alarde su propia esfera de reserva por actos propios⁷¹" y, asimismo, no puede considerarse "vida privada" aquellos que, sin encontrarse en el ámbito del ejercicio de una función pública, tiene injerencia directa sobre ella.⁷²

Este tipo de consideraciones ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a afirmar, en nuestro emblemático "caso Costeja", que la información y datos personales referidos a personajes públicos, autoridades o de quienes opten a cargos de representación popular y, en general, de quienes tienen influencia relevante sobre los demás⁷³, no pueden suprimirse en nombre del derecho a la cancelación de datos personales: el llamado derecho al olvido no cubre estas situaciones.

⁷¹ Entendemos que lo mismo puede predicarse respecto de las personas que hacen profesión de la exhibición pública de su vida privada y que luego pretenden alegar la vulneración de la exhibición pública de su vida privada para cubrir discrecionalmente algunos aspectos ración de ella.

⁷² VIVANCO (2006), p. 380.

⁷³ "Resulta común, en ciertas interpretaciones erradas de esta situación, identificar el concepto de vida privada tan sólo con un derecho o garantía que asiste a los ciudadanos comunes, considerando, en sentido contrario, que los personajes públicos tienen una vida necesariamente pública en casi un ciento por ciento de sus actividades". En VIVANCO (2006), p. 379.

b) Cumplimiento de condenas judiciales

El hecho de que diferentes personas figuren en los medios periodístico en relación con la comisión de hechos delictivos suele ser habitual; tristemente lo es bastante menos el volver a aparecer en los mismos por una sentencia absolutoria.

En cualquier caso, ordinariamente las personas absueltas que se encuentran en esa situación, y cuyos datos personales han sido expuestos en Internet, deberían poder ejercer el derecho de cancelación de datos respecto de los medios de prensa digital si se reúnen las condiciones para ello.

Ahora bien, respecto de los condenados judicialmente por delitos, salvo que la sentencia contenga medidas de publicidad distintas de la inscripción en el Registro General de Condenas del Servicio de Registro Civil ejercer derecho y concesión de dato respecto de lo publicado en prensa digital. El cuándo es un asunto no de! todo determinado que se ha abordado en acápites anteriores, pero no esta mal tener en cuenta que el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁴ sostiene que la libertad de expresión "entraña deberes y responsabilidades especiales", por lo que puede estar sujeto a las restricciones para, entre otros fines, asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

El que una condena judicial se haya cumplido por el sujeto es un criterio relevante de considerar a la hora de sopesar la relación entre protección de datos personales y libertad de información.

Cuestión más discutible es el caso de quienes han cometido delitos de lesa humanidad, pues, siguiendo a lo planteado por CORRAL⁷⁵, existen en menes respecto de los cuales la humanidad ha consensuado que no so perdonables. Si un

⁷⁴ Publicado en Chile el 29 de abril de 1989 a través del Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁷⁵ CORRAL (2017), p. 62.

condenado por estos hechos, que ha cumplido su condena de los datos que a el concierne creemos que existen pocas expectativas de éxito para su acción, porque la gravedad de sus crímenes aparta otras consideraciones.

c) El tiempo transcurrido desde la noticia de los hechos

El tiempo que sigue la regla general de en el derecho es un elemento relevante de ponderación jurídica en las acciones de forma y de fondo, en nuestro sistema jurídico, y no es excepción el tratamiento de datos personales en cuanto se permite el mantenimiento íntegro de los datos en determinadas circunstancias que justifiquen dicho mantenimiento.

En España, el tiempo también nos dicen REBOLLOS Y VERRANO, no solo provoca la prescripción o la caducidad de acciones, sino que también afecta al interés público que hoy pueden carecer del mismo. que ayer tuvieron tal carácter hoy pueden carecer del mismo.

El tiempo, debe aceptarse, como regla genera sea que el paso de este debilita el interés general al conocimiento de los hechos pasados o, al menos, la implicancia penal en ellos en una persona concreta, carente de habitual proyección pública"⁷⁶ que las respire o en otras judiciales suelen considerarlo también cuando analizan cuestiones de libertad de información y libertad de datos personales.

Con todo, hay que tener en cuenta que el denominado 'derecho' al olvido deben ceder en aquellos supuestos en que persista un interés general al conocimiento actual de hechos juzgados en el pasado, por ejemplo o un interés de carácter histórico".

⁷⁶ DE VERDA y BEAMONTE (2014), p. 33.

El tiempo entonces, es un camino de doble faz en factores como el prestigio profesional y la reinserción social que son cuestiones ventiladas en la discusión de derechos en conflicto, y los tribunales suelen considerarlos en la solución del caso concreto.

d) Reinserción del interesado en la vida laboral y social

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto, conociendo del caso de un ciudadano italiano que solicitó eliminar del registro de sociedades mercantiles los datos que lo vinculan a una empresa que entró en quiebra, y de la cual era administrador⁷⁷ que no puede existir supresión (salvo casos excepcionales) respecto de los datos personales contenidos en los registros de sociedades mercantiles, pues la publicidad de los registros de sociedades tiene por objeto la seguridad jurídica en la relación entre empresas y terceros, protegiendo a estos últimos de empresas que solo cuentan con su patrimonio social como garantía, ya que si usted administra empresas y es el principal activo de estas, los terceros deben saber quién es usted y cuál es su historia en el rubro.

e) Veracidad y exactitud del contenido de las noticias.

En páginas anteriores hemos destacado que, para los efectos de solicitar la cancelación o supresión de los datos personales contenidos en medios de comunicación en línea, es irrelevante si dichos datos son verdaderos o falsos, sino que lo realmente importante es que ya no exista una justificación jurídica para mantenerlos a disposición de todos, particularmente cuando los hechos ya no son noticiosos o cuando ya carecen de la relevancia pública necesaria como para contribuir a la formación de opinión en la sociedad.

⁷⁷ Nos referimos a la sentencia del TJUE (Sala Segunda), asunto C-398/15, de 9 de marzo de 2017, recaída en el juicio debatido entre "Camera di Commercio, di.stria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni".

Otros criterios.

Por supuesto, existen otros múltiples criterios que pueden entrar a tallar en un caso concreto, pero lo relevante es no descuidar en el análisis la proporcionalidad y que las medidas limitadoras que se establezcan sean necesarias, idóneas "y que implique más beneficios para el interés general que perjuicios para los otros bienes jurídicos en conflicto"⁷⁸.

Y lo que en este contexto debemos tener siempre presente es que lo que llamamos "derecho al olvido" no es más que el derecho a la supresión de datos que tienen las personas en uso de su autodeterminación informativa para controlar jurídicamente que se elimine determinada información personal una vez que ha concluido la finalidad para la cual fue recabada, cuando no se cuente con el consentimiento para su tratamiento ni tampoco exista una causa legal para ello.

Su ejercicio como acción debería ser excepcional, pues ordinariamente los sujetos responsables de hacer efectivo el "derecho al olvido" son precisamente quienes publican porque es muy diferente, por una parte, la actividad de los medios de prensa en cuanto investiga, construyen, publican y difunden noticias de interés público, sujetos a los derechos, obligaciones y prerrogativas constitucionales y legales asociados a la libertad de información y de opinión a, por otra parte, la protección que pueden aspirar como constructores de bases de datos de hechos y personas que han perdido el carácter de noticioso.

En este último caso lo que procede es la aplicación a esa actividad de los principios y normas de protección de datos personales, cuyo bien jurídico protegido es, en última instancia, la libertad, en su expresión de libre desarrollo de la personalidad, que pasa por el control de los propios datos y, desde luego, "no es posible el control sobre los propios datos si no se garantiza el derecho a suprimirlos

⁷⁸ SIMÓN CASTELLANO (2013), p. 473.

definitivamente en la red”⁷⁹

5. El RGDP y el derecho al olvido en la Unión Europea

El 25 de mayo del 2018 entró en vigor el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, conocido por sus siglas RGDP.

Es importante señalar que este instrumento jurídico se aplica a los responsables del tratamiento de las redes sociales, pero no a las actividades que sean exclusivamente domésticas o personales⁸⁰ es decir, para peticiones que los usuarios hagan en materia de pedir la eliminación de ciertos datos que aparezcan en las redes sociales. Esta cuestión se regula en las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembro.

En el nuevo Reglamento el derecho al olvido⁸¹ ha quedado regulado expresamente tanto como un derecho del interesado y como una obligación del responsable del tratamiento de los datos⁸². Y es que, tal como manifiesta en el considerando 39 “para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para

⁷⁹ GARRIGA (2015), p. 239.

⁸⁰ Art. 2.2. c) RGDP: “El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”.

⁸¹ APARICIO (2018), p. 393: “El derecho que regula el RGDP se centra en la protección al individuo respecto de la información publicada en Internet. El derecho al olvido es el derecho que permite a las personas eliminar las referencias a algunos hechos de su vida que aparecen reflejados en Internet y que, con independencia de su origen y de si son verdaderos o no, podrían afectar a su desarrollo ulterior como personas”.

⁸² MORENO Y SERRANO (2017), p. 44: “El nuevo Reglamento surge como respuesta a la descoordinación que existe en Europa a la hora de que cada Estado aplique las normas europeas. Surge con vocación de unificar criterios, y además trata de dar respuesta a la pregunta de qué ocurre cuando el responsable del tratamiento está fuera de las fronteras, porque hay un claro interés legislativo por defender los derechos de los ciudadanos europeos en relación con la protección de sus datos”.

garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos”.

El RGDP utiliza el término de derecho al olvido como sinónimo del derecho de supresión, a pesar de que, tal como ha quedado ya señalado, el derecho al olvido, en algunos casos va más allá del derecho de supresión⁸³.

El considerando 66 del RGDP manifiesta que “a fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales”.

Estos considerandos son desarrollados en el artículo 17 del RGDP, que no hace sino hablar de que el interesado tendrá derecho a la supresión de datos cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, numeradas en el inciso segundo del mencionado artículo:

- a) Que los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados.

- b) Que el interesado retire el consentimiento que dio para el tratamiento de sus datos.

⁸³ Considerando 65 RGDP: “Los interesados deben tener (...) un “derecho al olvido” si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento (...). Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño”.

c) Que el interesado se oponga al tratamiento por motivos particulares, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento de datos cuyo objeto sea la mercadotecnia.

d) Que los datos personales hayan sido tratados lícitamente.

e) Que los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.

f) Que los datos personales se refieran a niños menores de 16 años y se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.

Por otra parte, el derecho no podrá ejercerse cuando el tratamiento sea necesario (art. 17.3 RGDP):

a) Para ejercer el derecho a la información o a la libertad de expresión.

b) Para el cumplimiento de una obligación legal impuesta por el Derecho de la Unión.

c) Por razones de interés público en el ámbito de la salud pública.

d) Por razones de archivo en interés público, interés científico, histórico o estadístico, siempre que el ejercicio del derecho al olvido hiciese imposible o dificultara en exceso la consecución de estos fines. Caso contrario deberá procederse al borrado.

e) Para la formulación, el ejercicio y la defensa de reclamaciones.

En palabras de Artemi Rallo "... la interpretación conjunta del art. 17 RGDP y de los Considerandos 65 y 66 nos permite concluir que el art. 17 RGDP únicamente consagra el tradicional derecho de supresión mientras que del derecho al olvido únicamente se recoge una manifestación básica (informar a terceros sobre la petición de supresión y cancelar réplicas online) pero ni exclusiva ni excluyente de la doctrina establecida por la Sentencia del CJEU de 13 de mayo de 2014 (c-131/12, Caso Google v. Spain) ni impeditiva, en aras a la certeza y seguridad jurídica, de la consolidación legal en un Estado miembro de su doctrina jurisprudencial"⁸⁴.

Para el cumplimiento de lo anteriormente señalado, desde la entrada en vigor del mencionado Reglamento, las empresas que operan dentro del mundo digital deben tener una responsabilidad proactiva, tal como manifiesta el art. 5.2 del RGDP⁸⁵.

En palabras de JUAN CARLOS RAYO "... se exige una responsabilidad proactiva, en lugar de la responsabilidad reactiva (enfoque basado en riesgos), debiéndose actuar con carácter preventivo, tener la diligencia debida para evitar tratamientos o incumplimientos no deseados en la protección de los intereses de los ciudadanos en el ámbito de su privacidad". Una de las principales manifestaciones de este principio es que la protección de los datos debe hacerse desde el diseño y por defecto.

Esto para evitar las malas praxis que muchas veces llevan a cabo las empresas que operan en el mundo virtual, y que provocan un impacto en la intimidad y los datos personales de los ciudadanos. Con esto se tratarán de evitar situaciones como las que llevaron a que la AEPD sancionara a algunas redes sociales, como por

⁸⁴ RALLO (2019), pp. 38-39.

⁸⁵ Art. 5.2 RGDP: "El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo".

ejemplo a Facebook con multas superiores al millón de euros por falta de transparencia en sus políticas de privacidad.

6. El olvido como constante preocupación de los Estados miembro de la Unión Europea.

Una preocupación constante de todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los países que forman parte de la Unión Europea ha sido el reconocimiento y protección de los derechos digitales de sus ciudadanos para adaptarse a las exigencias del derecho europeo, actualizando para ellos sus respectivas legislaciones nacionales.

6.1. La Europa Continental y el olvido de sus ciudadanos.

A pesar de que Francia fue uno de los primeros países que tuvo un temprano desarrollo en la materia, tal como ha quedado explicado hace algunas páginas, otro caso ejemplificante es el de Portugal, cuyo texto constitucional fue el primero en la historia europea en reconocer un precepto dedicado a la utilización de la información⁸⁶.

Otro ejemplo es el alemán, que a pesar de no reconocer expresamente en su texto constitucional el derecho a la intimidad, ni a la protección de datos personales, ambos se fundamentan en una concepción más abierta en su artículo 2.1. que establece que “todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad”.

⁸⁶ Art. 35 Constitución Portugal de 1976: “1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional únicos a los ciudadanos”.

En palabras de PERE SIMÓN “el derecho a la autodeterminación informativa en Alemania fue creado jurisprudencialmente a través de la sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional alemán, que incorporaba una argumentación jurídica que sostuvo que el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana -art. 2.1 y 1.1. respectivamente de la Constitución alemana- garantizan una esfera de vida personal y el libre desarrollo de sus condiciones fundamentales, a pesar de que estas no aparezcan recogidas de forma concluyente en garantías constitucionales concretas”⁸⁷.

Este país tiene desde el 2017 una ley para la mejora del cumplimiento de la ley en redes sociales, que establece un límite temporal de 24 horas para que se retire contenido ilícito, y de 7 días para los restantes pudiendo llegar a imponer multas de hasta 50 millones de euros, en caso de que estos contenidos no se retiren del ámbito de las redes sociales.

A pesar de que una parte de la doctrina apunta a que esta cuestión pudiera estar relacionada con el tema de los delitos de odio, en realidad también es una forma de recoger de forma especial el ámbito del derecho al olvido en las redes sociales, al igual que se ha hecho en España tras la entrada en vigor de la nueva ley de derechos digitales.

Por su parte, Reino Unido dictó en 1984 la Data Protection Act cuyo objetivo era establecer un régimen jurídico sobre la tenencia y el procesamiento automatizado de información. Esta ley consagró ya en los años 80 derechos de acceso, rectificación y borrado de datos personales, es decir, ya consagró un derecho al olvido.

Incluso se especula que esta y su sucesora, la Data Protection Act 1998, ayudaron a inspirar la Directiva 95/46, que es la antecesora del actual RGDP.

⁸⁷ SIMÓN (2015), p. 182.

El país insular ha actualizado su legislación en esta materia a raíz de la entrada en vigor del Reglamento con la Data Protection Act 2018, en la que en palabras de Marina Sancho se “han incorporado derechos reconocidos en el Reglamento como el de acceso a los datos, a su traslado y a su borrado, incluyendo el derecho al olvido, así como incorporando prerrogativas nuevas como la facultad de solicitar el borrado automático de todo lo publicado en las redes sociales con una edad menor a los 18 años (bautizado popularmente como el “derecho a la inocencia”)⁸⁸.

Y al igual que en otros países del continente, se creó un organismo para vigilar el cumplimiento de esta legislación, de la investigación en caso de infracción en materia de datos personales, el Information Commissioner Officer.

También es importante destacar la labor de Italia y su Garante per la Protezione dei Dati Personali, que ha desarrollado un código deontológico entre los que, a pesar de no haber una mención expresa al tema del derecho al olvido, se protege tanto la intimidad como los datos personales de las personas con las excepciones del interés público de la información.

En este punto de desarrollo en el reconocimiento y protección de los derechos digitales de los ciudadanos europeos, existe unanimidad respecto de la existencia del derecho al olvido digital, a pesar de que existen ciertas diferencias en algunos matices en función del país. España, Italia y Francia consideran que la solicitud debe hacerse al buscador. Grecia y Austria a la página web.

Esta última postura sí que podría poner en peligro el derecho a la información o incluso a la facultad de investigar, a pesar de que el Tribunal de Estrasburgo⁸⁹ ha considerado que se puede exigir al medio de comunicación que publique una rectificación junto con el artículo original, en el que se advierta que el protagonista de

⁸⁸ SANCHO (2019), p. 171.

⁸⁹ STEDH de 16 de julio de 2013, caso Wegrzynowski y Smolczewski v. Polonia.

esa información ha obtenido pronunciamientos judiciales favorables.

Esto debido a que el órgano jurisdiccional del Consejo de Europa considera que las hemerotecas digitales cumplen funciones distintas de los medios de comunicación, y que, por lo tanto, deben tener la información actualizada, debido a la perpetuidad que esta va a tener en la Red. Es importante aclarar que esta obligación es solamente para noticias que después se han resuelto en procesos judiciales.

En este punto, tampoco hay unanimidad en el ámbito del Viejo Continente, ya que por ejemplo Alemania se ha mostrado en contra de que los medios de comunicación deban actualizar continuamente sus hemerotecas digitales, al contrario de Italia que sí mantiene esta postura⁹⁰.

Todo lo recientemente señalado demuestra cómo los países europeos están avanzando hacia una configuración compleja del derecho al olvido digital, en la que todavía quedan una gran cantidad de situaciones muy diversas que necesitan de solución.

6.2. Especial referencia al caso español

En este contexto europeo, en el que el derecho al olvido digital ha tenido un gran desarrollo en los últimos cinco años, es importante estudiar con más detenimiento el caso español, donde tras la publicación de la nueva Ley⁹¹ de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales publicada el 5

⁹⁰ SIMÓN (2015), p. 284: "... la doctrina jurisprudencial italiana sí ha reconocido un deber de diligencia y actualización de las noticias a los medios de comunicación. En concreto se ha señalado que, si bien no procede al borrado de la noticia que en su día fue publicada lícitamente, será responsabilidad del medio de comunicación reducir el grado de accesibilidad de la noticia impidiendo su indexación, cuando esta contenga datos inexactos o incompletos o por el mero paso del tiempo haya perdido su notoriedad e interés público, lesionando por ende los derechos de los afectados".

⁹¹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

diciembre de 2018 se ha recogido un verdadero derecho al olvido distinguiendo entre el ámbito de los motores de búsqueda (art. 93⁹²) del de las redes sociales (art. 94⁹³).

El primero de los casos considera que se va a reconocer el derecho al olvido cuando exista información sobre una persona, cuando su nombre se esté introduciendo en el buscador, siempre que dicha información sea inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada o excesiva por el paso del tiempo, es decir, que ya no tenga interés público.

Pero además, en el siguiente artículo se contempla la posibilidad de que la información en el ámbito de las redes sociales desaparezca por completo, es decir, no solamente que se desindexa sino que sea totalmente suprimida.

En palabras de ARTEMI RALLO “el derecho al olvido en redes sociales y

⁹² Art. 93 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Derecho al olvido en búsquedas de Internet: “1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo debé procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo. 2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho”.

⁹³ Art. 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes: “1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes. 2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubiesen devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo debé procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas. 3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por el o por terceros,

servicios equivalentes de Internet supone una concreción del derecho de supresión amparada por el principio de calidad de los datos que resulta especialmente afectado por el transcurso del tiempo (exactitud, pertinencia, actualización) y que se instrumentaliza tanto por el derecho de supresión como de rectificación y por el derecho de oposición que atiende a las circunstancias personales que afectan al solicitante”⁹⁴.

Además en el artículo 96⁹⁵, relativo al derecho al testamento digital, se establece que no solo los herederos, sino otras personas vinculadas al fallecido puedan solicitar la supresión de contenidos y la eliminación de sus perfiles.

Durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2”.

⁹⁴ RALLO LOMBARTE (2019), pp. 40- 41.

⁹⁵ Art. 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Derecho al olvido en búsquedas de Internet: Derecho al testamento digital.”1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, podrán ejercer los derechos de información, de acceso, de rectificación y de supresión en relación con los contenidos de la información digital de carácter personal que se encuentren almacenados o disponibles en cualquier sistema de información digital, de manera que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos de información, de acceso, de rectificación y de supresión, salvo que el fallecido o sus herederos hayan expresado de manera expresa su oposición a ello. b) El albacea testamentario o el administrador de bienes de personas fallecidas o el tutor de personas fallecidas menores de edad, así como el representante legal de personas físicas o jurídicas, podrán solicitar el acceso, la rectificación y la supresión de los contenidos de la información digital de carácter personal que se encuentren almacenados o disponibles en cualquier sistema de información digital, de manera que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos de información, de acceso, de rectificación y de supresión, salvo que el fallecido o sus herederos hayan expresado de manera expresa su oposición a ello. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma. 3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de estos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica. 4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”.

Al avance legislativo español en la materia, hay que sumar el jurisprudencial. En la STC 58/2018, de 4 de junio⁹⁶, el debate giró en torno a quién tiene la responsabilidad de desindexar las noticias que están en las hemerotecas digitales: los buscadores o los medios de comunicación, partiendo de la premisa, tal como explica en el FJ5, “que el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.1 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”.

El Tribunal Constitucional español consideró, en el primer pronunciamiento que ha tenido relativo al derecho al olvido digital, que, debido a que los protagonistas de la información no eran personas de relevancia pública debía prevalecer su derecho a la intimidad⁹⁷, y que el diario de comunicación es responsable de resguardar estos derechos dentro de sus hemerotecas, desindexando de su buscador interno la posibilidad de que al introducir los nombres y apellidos este se redirija directamente a la noticia en cuestión.

Además tuvo en cuenta el elemento temporal, es decir, el criterio que el mero

⁹⁶ Hechos de la sentencia: en los años 80 el diario “El País” publicó una noticia en su edición impresa respecto del desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, en donde estaba implicado un familiar de un alto cargo público, así como otros miembros de la clase alta. En ella se daba información de cómo había sido el paso por prisión de este grupo de personas, que además eran toxicómanas, por lo que durante su reclutamiento habían sufrido síndrome de abstinencia.

En el 2007 “El País” estableció acceso gratuito a su hemeroteca digital, momento a partir del cual al introducir el nombre y apellidos de estas personas en Google aparecía esta noticia como primer resultado. Tal como establecen los antecedentes de la sentencia: “cuando D.F.C. y M.F.C. tomaron conocimiento de ello, ante la advertencia de un tercero, solicitaron de “El País” que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, que sustituyera en la noticia digital sus nombres y apellidos por las iniciales de estos, adoptando, en todo caso, las medidas tecnológicas necesarias para que la página web, donde se había publicado la noticia, no fuera indexada como resultado de la búsqueda en la red de información sobre las personas demandantes. El diario, basándose en su derecho fundamental a la libertad de información y en la imposibilidad de evitar la indexación de los buscadores, no accedió a la solicitud, propiciando la apertura de la vía judicial”.

⁹⁷ STC 58/2018, de 4 de junio, FJ2: “... las personas demandantes de amparo no tienen relevancia pública alguna, ni por sus profesiones, ni por su presencia en el espacio público, no por ninguna otra circunstancia, considera prevalente su derecho fundamental a la intimidad sobre la exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones del Tribunal y, por tanto, entiendo justificada la exclusión de sus datos de la identidad en la Sentencia”.

transcurso del tiempo convierte una información en irrelevante⁹⁸.

Es importante destacar que esta postura es contraria a la que manifestó el Tribunal Supremo español en el mismo caso (STS 545/2015 de 15 de octubre de 2015), y que estableció no se debía modificar la información en la hemeroteca, sino que esto es la responsabilidad del buscador, que es quien debe impedir que googleando el nombre y apellidos de los demandantes se llegue a la noticia. Y esto, porque el TS entiende que “las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración (...). Por tanto, la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales”.

Pero por su parte, el TC no está poniendo en cuestión que los nombres se deban desindexar de los motores de búsqueda, sino que da un paso más y lo que se plantea es que si la noticia debe estar indexada en la hemeroteca digital y que si se deben ocultar los nombres de las personas recurrentes de amparo u “oscurecerlos” a través del recurso al uso de sus iniciales (cuestión a la que se ha negado el TS y motivo por el cual la sentencia de casación ha sido recurrida en amparo).

⁹⁸ STC 58/2018, de 4 de junio, FJ7: “Tal y como se viene afirmando, la relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia de esta como por la condición de la persona a que se refiere. Pero el carácter noticiable también puede tener que ver con la “actualidad” de la noticia, es decir con su conexión, más o menos inmediata, con el tiempo presente. La materia u objeto de una noticia puede ser relevante en sentido abstracto, pero si se refiere a un hecho sucedido hace años, sin ninguna conexión con un hecho actual, puede haber perdido parte de su interés público o de su interés informativo para adquirir, o no, un interés histórico, estadístico o científico. No obstante su importancia indudable, ese tipo de intereses no guarda una relación directa con la formación de una opinión pública informada, libre y plural, sino con el desarrollo general de la cultura que, obviamente, actúa como sustrato de la construcción de las opiniones. Por esa razón podría ponerse en duda, en estos casos, la prevalencia del derecho a la información (art. 20.1 d) CE) sobre el derecho a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE) que, pasado un lapso, opta por solicitar que estos datos e información, que pudieron tener relevancia pública en su día, sean olvidados. Por supuesto, cuando la noticia en cuestión ha sido digitalizada y se contiene en una hemeroteca, la afectación del derecho a la intimidad viene acompañada del menoscabo del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)”.

Y es que, tal como dice el FJ 6: “No estamos, por tanto, ante un nuevo conflicto con los motores de búsqueda de los que han ocupado al Tribunal Supremo (por todas SSTs 191/2016, de 21 de julio, 1618/2016, de 4 de julio, 210/2016 de 16 de marzo), sino ante un conflicto circunscrito al uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en el entorno de la hemeroteca digitalizada.

En este contexto, los derechos que colisionan son, de un lado, el derecho a la supresión de datos de una base informatizada (art. 18.4 CE), en relación mediata e instrumental con la garantía del derecho al honor y la intimidad de las personas a las que conciernen los datos (art. 18.1 CE) y las libertades informativas ex artículo 20.1d) CE”.

Por ello, la sentencia estima parcialmente el recurso de amparo al pedirle al diario que desindexe de su motor de búsqueda los nombres de esas personas, para que cuando se introduzcan no la lleve a la noticia. No obstante, no estima pertinente que la noticia se tenga que anonimizar. Esto va en la línea de la sentencia del Caso Costeja.

En otro caso del año 2016, el Tribunal Supremo, en la STS 210/2016, de 5 de abril de 2016⁹⁹, se pronunció en relación con un recurso de casación interpuesto por una persona que estaba solicitando a los buscadores que eliminasen la información relativa a un indulto que el poder ejecutivo le había concedido, y que ya

⁹⁹ Los hechos, tal como se explican en el FD 1: “El Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo, BOE) de 18 de septiembre de 1999 publicó el Real Decreto de 27 de agosto de 1999 por el que se indultó al demandante la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a la que había sido condenado en sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990 . Esta sentencia resolver el recurso de casación interpuesto contra otra de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de junio de 1986 , que le condenaba como autor de un delito contra la salud pública, por hechos cometidos en el año 1981 (...). Sin embargo, el organismo público decía que había adoptado las medidas a su alcance necesarias para evitar la automatización de los datos del demandante: había eliminado su nombre del buscador del BOE y actualmente no era posible acceder mediante su nombre, en ninguno de los buscadores de la web del BOE, al real decreto por el que se le indultó. Se anadina que, siguiendo indicaciones de la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo, AEPD), los documentos en que aparecía el nombre del demandante habían sido incluidos en una lista de exclusión (robots.txt), para notificar a las empresas con buscadores en Internet que no debían utilizar esos datos, los cuales, en unos días, debían desaparecer de los buscadores de Internet”.

el BOE¹⁰⁰ había accedido a eliminar su nombre de su buscador interno, pero no a anonimizar, debido a que se trata de información pública.

Este caso, pone de relieve cómo la jurisprudencia española está manteniendo un adecuado equilibrio entre los derechos de la personalidad, que se pueden ver afectados en el entorno digital, y el derecho a la información, ya que aunque el BOE tomó ciertas medidas, no se produjo ni la anonimización de una información que es pública, y que debe seguir siendo accesible para los ciudadanos, ni se obligó a Google a que su buscador no siguiese estando linkeado con esta información.

Esto manifiesta, cómo se está haciendo una distinción entre las hemerotecas de los medios de comunicación y las fuentes públicas que contienen información pública.

Otra sentencia importante de señalar es la STS 12/2019, de 11 de enero de 2019¹⁰¹, relativa a información inexacta, en donde el diario además de no rectificar la información no elimina la indexación del nombre de su protagonista.

En este caso la información aparecida en el medio de comunicación era errónea, por lo que el derecho al olvido debiese ir más allá de la mera desindexación de la información, ya que este tipo de informaciones no están amparadas por el

¹⁰⁰ Boletín Oficial del Estado.

¹⁰¹ Hechos: "Así en la citada sentencia del Tribunal Supremo se hace referencia a que los Agentes de Medio Ambiente denunciados que eran trabajadores directos de la Administración gallega, relatando seguidamente el enfrentamiento entre dichos "furtivos" y los agentes, que finalmente habían sido sancionados. También hace referencia a que los "presuntos furtivos" recibieron asimismo denuncia de Seprona que se desplazó al coto y que los guardias de Seprona identificaron a los "furtivos" que reconocieron que estaban cazando jabalíes. Se hace constar que los tres fueron multados por haber estacionado el vehículo en medio de una pista forestal, incumpliendo la ley de Incendios en Galicia. Considera la Sala que los hechos aquí relatados son de carácter público, que se refieren a un hecho de interés general, que se dice literalmente, que los agentes se habían reunido con diversos cazadores para "formar la cuadrilla previamente autorizada para ejercitar la caza en el terreno cinegético ordenado denominado Pena Mayor, de cuyas resultas se producen unos incidentes por los cuales extienden aquéllos denuncias a tres de ellos por proferir amenazas ...".

derecho a la información. Por eso, la sentencia finalmente decide que Google debe desindexar esta información, porque a pesar de estar protagonizada por un personaje público, la información era inexacta¹⁰².

Es un fallo un tanto llamativo, porque en ningún caso se establece cuál es la responsabilidad del medio de comunicación de mantener en su hemeroteca digital una información errónea, sin que proceda a la aclaración de esta, a pesar de que el artículo 85 de la ley recientemente señalada establece que los medios digitales deben rectificar¹⁰³ la información que tengan en línea y que sea errónea¹⁰⁴.

En definitiva, tanto la legislación como la jurisprudencia española han contribuido a la positivización del derecho al olvido digital, así como a su complejización, dejando de ser ya solamente un derecho de supresión, para convertirse en uno de los derechos digitales cuyo reconocimiento y protección se ha

¹⁰² STS 12/2019, de 11 de enero de 2019, FD 3: "... en este concreto supuesto debe prevalecer el derecho a la protección de datos personales del reclamante (que había ejercitado el derecho de cancelación de datos personales ante Google) frente a la libertad de información, teniendo en cuenta que la noticia que era objeto de difusión a través del buscador Google carecía de uno de los requisitos que deben concurrir para considerar legítimo el ejercicio de la libertad de información, cual es el de su veracidad, al ser inexactos los datos publicados (...). En efecto, consideramos que en el enjuiciamiento de este litigio que enfrenta a Google con la Agencia Española de Protección de Datos, el Tribunal de instancia ha realizado una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto, al amparar el derecho a la protección de los datos personales del Sr. Federico, cuya protección jurídica que había sido instada ante la Agencia Española de Protección de Datos, frente al derecho a la información sostenido por la mercantil Google LLC, responsable del motor de búsqueda de internet, pues, partiendo de la naturaleza y trascendencia pública de la información divulgada (que considera la sentencia impugnada de relevancia pública por concernir a hechos atribuidos a un funcionario público por la comisión de irregularidades cuando ejercitaba la actividad cinegética relacionadas con el desempeño de sus funciones públicas) así como de la información privada de la persona.

¹⁰³ RALLO (2019), p. 43: "La técnica de los avisos aclaratorios en los medios de comunicación on line se ha ido progresivamente consolidando en la jurisprudencia europea dada su fácil viabilidad técnica para aportar mayor calidad al producto informativo y satisfacer las exigencias de actualización de contenidos".

¹⁰⁴ Art. 85 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Derecho de rectificación en Internet: "1. Todos tienen derecho a la libertad de expresión en Internet. 2. Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso debe aparecer en lugar visible junto con la información original".

convertido en imprescindible para el adecuado equilibrio entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad de los usuarios en internet.

Conclusiones.

El derecho al olvido digital se ha erigido en un derecho poliédrico cuyo reconocimiento y protección se revela como esencial para el normal desarrollo de la vida de los ciudadanos dentro del entorno digital.

Un derecho cuyos orígenes se remontan a los primeros avances tecnológicos y no a la creación de internet, que demuestra que esta necesidad de perdón y rendición es algo que los seres humanos llevan siglos reclamando, y que de forma pionera los tribunales estadounidenses y franceses ya comenzaron a reconocer desde que los medios impresos empezaron a tener una difusión masiva entre la sociedad.

Con la creación de la Web 2.0 Europa se ha convertido en un ejemplo para el derecho al olvido digital, siendo el nuevo Reglamento de Protección de Datos de la UE la primera ley internacional que lo ha positivizado, a pesar de que debido a la redacción del artículo 17 lo ha limitado a ser un derecho de supresión.

Debate que se puso sobre la mesa en el Viejo Continente a raíz de la cuestión prejudicial que España elevó al Tribunal de Luxemburgo, y que produjo que con la sentencia del Caso Costeja del año 2014 se estableciese un punto de inflexión respecto de la relación de los buscadores con las legislaciones nacionales, al establecer que estos sí son responsables por el tratamiento de los datos, y que por lo tanto, deben atenerse a las resoluciones dictadas por las diferentes Agencias de Protección de Datos europeas, así como a los requerimientos que les hacen los tribunales nacionales de los Estados miembro de la UE.

Esto no fue sino el principio del derecho al olvido digital, ya que tal como ha quedado comprobado, los países europeos comenzaron a adaptar sus legislaciones internas, estableciendo de forma muy acertada un mayor alcance para el derecho al olvido digital, más allá del derecho de supresión, y comenzando a establecer supuestos diferenciados en función del soporte en el que se encontraba la información que se deseaba eliminar, diferenciando entre la desindexación para el caso de los motores de búsqueda, al estilo del Caso Costeja, de la supresión total de información personal en el ámbito de las redes sociales. La jurisprudencia también está ayudando a su delimitación, al establecer la responsabilidad que tienen los buscadores internos tanto de los medios de comunicación, como de las fuentes oficiales de información, y logrando un equilibrio entre información y derechos de la personalidad.

5

Autodeterminación informativa en Chile

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

CONTENTS LIST

1. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA
 2. PROYECTOS DE REFORMA
 3. CONCLUSIONES
-

En nuestro país, si bien con la dictación de la ley N° 19.628 se intentó regular el tratamiento de las bases de datos personales o nominativos, la mayoría de los expertos sobre este tópico concluyen que dicha ley no desarrolló correctamente la problemática de estos derechos.

Lo anterior, porque pese a que ese cuerpo legal se basó en la legislación española denominada LORTAD (Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal), no se tuvo en vista convertirla en una ley de protección de datos, sino que sólo perseguía aportar algunos instrumentos específicos que permitieran a las personas una defensa de sus vidas privadas ante posibles amenazas y atropellos a sus derechos. En efecto, nuestro legislador, se limitó a reconocer facultades para proteger la vida privada ante el manejo automatizado de datos, pero luego, dejó esa ley casi sin efecto y eficacia práctica, al no establecer la obligación de registro de los bancos de datos privados, ni crear un órgano especializado encargado de velar por el cumplimiento de la ley, situación que creemos se mantendrá mientras no se establezca la obligación de registro previo de los bancos de datos privados y se cree un órgano especializado, para velar por el cumplimiento de ella. Como consecuencia de lo anterior, estimamos que es importante analizar el elemento o razón que justifica, jurídicamente, la necesidad de contar con un correcto sistema de protección de datos personales.

I.- LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

A ello nos referimos al plantear el rol de la autodeterminación informativa en el ámbito de la protección de datos personales como garante de los derechos fundamentales.

En relación con este tópico, hemos incluido un capítulo dedicado al comentario y análisis en torno al debate suscitado en la doctrina internacional, especialmente Alemania y España, para evaluar el su establecimiento en nuestro país en la reforma de 2018 que agregó un nuevo inciso al numeral 4 al artículo 19 de nuestra Constitución Política reconociendo un derecho fundamental autónomo a la protección de datos, distinto del derecho a la intimidad, y que la doctrina ha llamado *derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática*.

En este sentido, desde hace un par de años se han venido presentado diversas iniciativas de reforma legal y constitucional a fin de regular una adecuada conceptualización y regulación de la *autodeterminación informativa* como derecho fundamental de tercera generación y garante de derechos fundamentales de primera y segunda generación como la intimidad y el honor, que se estima justifica el estudio del alcance de las modificaciones planteadas y la creación de un órgano autónomo para velar por su respeto y fiscalización.

1) La autodeterminación informativa en Chile está establecida en el artículo 19, N° 4, de nuestra Constitución Política:

La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la

ley;

Cabe destacar en este contexto, que la ley N° 20.050 Art. 1° N° 10, letra b) que modificó la CPR Art. 19° N° 4 dejándola de la referida forma.

Con ello, cambió el fundamento mismo del derecho a la autodeterminación informativa y se fijó un centro de gravedad o eje sobre el cual poder estructurar armónicamente el denominado derecho al olvido que hoy con el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías acusados por los efectos de la pandemia que ya no requiere fundarse en su ejercicio en base en la interpretación jurisprudencial del derecho a la vida privada, sino que ahora arranca directamente del derecho fundamental a la protección de datos personales, reconocido en el art. 19 N° 4 de la Constitución.

En segundo lugar, como consecuencia de la reforma, los derechos contenidos en la ley N° 19.628 (acceso, rectificación, cancelación y oposición) deben reinterpretarse a la luz de la Constitución, lo que produce consecuencias prácticas, tal como puede verificarse en los casos que se sintetizan

Con todo, el tema del ejercicio de estos derechos aún queda pendiente de cara a la falta de un órgano de protección de datos que es lo que buscan los proyectos de ley que analizaremos a continuación.

2.- PROYECTOS DE REFORMA

a) Destaca el actual proyecto de reforma a la ley N° 19,628 contenido en el Boletín N° 11144-07 - Refundido con el N° 11092-07, de miércoles 15 de marzo de 2017 que Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

Se trata de una iniciativa presentada mediante mensaje a su Cámara de origen el Senado, y que corresponde como iniciativa y autores al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y el Ministerio de Hacienda

Los proyectos de ley planteados, en orden a colaborar al establecimiento del marco jurídico para el reconocimiento de este nuevo derecho fundamental autónomo, creemos justifican el estudio y análisis de los fundamentos, técnicas legislativas y posibilidades que, conforme su tramitación en el Parlamento, alcancen finalmente para su concesión definitiva en nuestro país.

b) Enseguida, con fecha 7 de octubre de 2021, mediante Oficio N° 183-369, se remitió un mensaje de 2021 S.E. el Presidente de la República, en que planteó una serie de observaciones al Boletín N° 11. 144 -07 y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública:

Ello, como ya se adelantó, tuvo por objeto, además destrabar la falta de acuerdo en que había caído el referido proyecto, entre otros por el tema del ente encargado de resguardar el cumplimiento de dicha normativa y su procedimiento, asimismo, porque paralelamente se planteó la necesidad de regular el tema del reconocimiento de neuro derechos a nivel de Derecho Fundamental en la Constitución (bajo la forma de integridad e indemnidad psíquica) y su respectiva ley de correlato (por principio de reserva legal con lo cual seríamos el primer país del mundo en regularlos).

Con todo, y como veremos a continuación, no se trata de un tema del todo pacífico a nivel de la doctrina nacional pues se discute si se debieron aprobar estos proyectos de ley antes de terminar con la tramitación de las modificaciones a la ley N° 19.628, sobre Vida Privada y bases de datos, regulación cuyas principales modificaciones se encuentran entrampadas desde hace años.

Cabe recordar que la citada ley N° 19.628 data de 1999 y como profundizaremos más adelante ha sido objeto de numerosas críticas a lo largo de estos casi 22 años de vigencia y que pese a haberse presentado cerca de 29 proyectos de reforma, aparece como un tema todavía pendiente.

Ello, en síntesis pues se le critica:

- a) No haberse actualizado la ley N° 19.628 acorde los actuales estándares internacionales vigentes

- b) Carecer dicha legislación hasta la fecha de la creación de un ente autónomo encargado de velar por la protección de datos de carácter personal recabados por particulares.

Como puede apreciarse el reconocimiento de los neuro derechos a nivel CPE y su regulación jurídica, carecían de sustento sólido en su intento de establecerlo como un derecho fundamental de cuarta generación si no se puede al mismo tiempo regular el tema de los datos neuronales -cuya gran novedad mundial es que se podrían considerar sensibles per se- y esto, por la falta de un organismo autónomo dotado de facultades para protegerlos.

El citado proyecto como podremos ver ha suscitado una serie de críticas ya que se aleja de la propia propuesta inicial del ejecutivo en los términos que se señalarán más adelante.

En efecto, respecto de la reforma a la ley N° 19.628, estimamos que su necesaria reformulación pasa, en todo caso, por el necesario reconocimiento del derecho de acceso a los datos y la obligación correlativa de registro previo al tratamiento de éstos ante un Órgano autónomo de fiscalización, para poder hacer

operativo a través del habeas data el ejercicio de un efectivo derecho autónomo de tercera generación, (protección de datos personales, *libertad informática y/o autodeterminación informativa*) que actúe como garante de otros derechos fundamentales de primera y segunda generación como son la intimidad y el honor.

En concordancia con lo que hemos planteado, se deberán complementar los últimos dos esfuerzos por regular el derecho a la privacidad en una perspectiva integradora con la norma incorporada al artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar la existencia de una institucionalidad conformada por la Agencia de Protección de datos, como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal para lograr la eficacia de las normas que buscan su modificación a fin de actualizarla y hacerla operativa (Boletín N° 11.144 - 07 Refundido con el 11092-07), en actual tramitación.

3.- CONCLUSIONES.

Hay que estar vigilantes al resultado final de este proyecto ya que una mala regulación permitiría continuar con el abuso del tráfico de datos, afectando la vida cotidiana de las personas, pues a partir de la recolección de datos en el entorno digital, las empresas arman perfiles que se comercializan indiscriminadamente. Se suma a ello el hecho de que, en general, si es que alguien hace una mala utilización de los datos en Chile, no recibe sanción.

Creemos que en medio del debate de la Convención Constituyente, y luego de que [en septiembre el Presidente Sebastián Piñera enviara](#) sus indicaciones creando una Agencia de Protección de Datos Personales, se debe tratar el asunto en la nueva Constitución, pues ella incide en serios riesgos para la democracia si no se legra limitar una recolección masiva y desregulada de datos.

Asimismo, se advierte desde ya que las multas primariamente planteadas que

son de hasta 10 UTM. y 10 UTM , esto es, lo que hoy significan cerca de \$500.000 pesos chilenos, lo que las hace muy bajas, considerando que en general se han informado de casos donde la compra y venta de bases de datos ha costado un par de cientos de millones de pesos.

Ahora bien, si bien es cierto algunos avances se han llevado a cabo a partir del año 2018 cuando se introdujo el tantas veces aludido cambio en nuestra Constitución, al artículo 19, en su numeral 4°, incorporando a los derechos fundamentales de los chilenos a la protección de sus datos personales, esto no ha logrado permear en términos prácticos su protección en los tribunales pues las cortes han seguido fallando lo mismo de siempre, con los mismos errores, en especial en cuanto al no reconocimiento del derecho al olvido en nuestro país

Así, este proyecto de ley para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, en actual tramitación en el Senado cuenta con un consenso general en que necesitamos una autoridad de control, la discusión que se ha planteado históricamente es quién se hace cargo del tema destacando para ello dos corrientes, por una parte, están los que abogan porque sea el Consejo para la Transparencia (CPLT), creado en virtud de la Ley N° 20.285, como un órgano encargado de velar por la Transparencia Pública en 2008, siendo dicho el organismo el que se encargue de velar por la protección de datos personales y de la otra vereda, los que consideran más positivo la creación de una agencia nueva.

En el evento que terminen siendo dos órganos, uno con competencia en datos, y otro con competencia en el acceso a la información pública, eventualmente se podrían llegar a decisiones contradictorias, no conciliables. y cuando ello suceda quien tendría que resolver serían son las Cortes de Apelaciones.

Este es un tema, como ya se adelantó, en la Convención Constituyente en actual trabajo, ya ha mostrado algunos indicios de duda según se vieron en la discusión reglamentaria, en orden a que estamos en un momento de transición, y el

nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnologizada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Así las cosas, cabe considerar que el texto convencional implicaría deberá garantizar, primero, el derecho a la conectividad, garantizar accesibilidad y que los sistemas y plataformas que permiten la implementación de las relaciones entre el Estado y los particulares sean seguros, confiables e íntegros”, pues se debe entender el derecho a la privacidad como un derecho colectivo, clave para la democracia”.

Otro tema en que será de suma importancia como se delinee al final esta agencia de protección de datos es respecto del caso de beneficiarios de subvenciones estatales y la trazabilidad a partir de la recolección de datos personales que se realiza y plantea una cuestión de derechos fundamentales que en derecho comparado y en específico de la autodeterminación informativa plantea el correcto ejercicio del denominado derecho al olvido, que aunque no es el tema objeto de este libro se analizará de soslayo al referirnos a como se han establecido en la Constitución Alemana y de España que han logrado un buen estándar de protección.

Propuestas de Reforma en Chile

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN
 2. I. ANTECEDENTES GENERALES
 3. 1. DESARROLLO DE LA ECONOMÍA DIGITAL
 4. 2. CONTEXTO INTERNACIONAL
 5. II. DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA PRIVADA Y SU PROTECCIÓN
 6. III. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY
 7. 1. OBJETIVO GENERAL
 8. 2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS
 9. IV. CONTENIDO DEL PROYECTO
 10. 1. DETERMINACIÓN PRECISA DEL ÁMBITO REGULATORIO
 11. 2. PRINCIPIOS RECTORES Y ACTUALIZACIÓN DE DEFINICIONES
LEGALES
 12. 3. REFORZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS
TITULARES DE DATOS
 13. 4. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR COMO LA PRINCIPAL FUENTE DE
LEGITIMIDAD DEL TRATAMIENTO DE DATOS
 14. 5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES DE LOS RESPONSABLES DE DATOS
 15. 6. NUEVOS ESTÁNDARES PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES
Y CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES
 16. 7. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES
 17. 8. REGULACIÓN DEL FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS PERSONALES
 18. 9. MODERNIZACIÓN DE ESTÁNDARES PARA EL TRATAMIENTO DE
DATOS PERSONALES POR ORGANISMOS PÚBLICOS
 19. 10. CREACIÓN DE UNA AUTORIDAD DE CONTROL
 20. 11. MODELO GENERAL DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY
 21. 12. DISPOSICIONES TRANSITORIAS
-

INTRODUCCIÓN

Analizada la situación actual en Chile en materia de protección de datos personales, y asimismo, el debate suscitado en la doctrina internacional, especialmente Alemania y España respecto de la conveniencia y viabilidad del reconocimiento o no de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos, distinto del derecho a la intimidad, (que la doctrina ha llamado *derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática*), estimamos oportuno referirnos en particular a los intentos de su establecimiento en Chile. Como ya hemos señalado, sobre la necesidad de legislar al respecto se ha logrado en este último tiempo un amplio consenso en nuestro país, conforme al cual, desde hace un par de años se han venido presentado diversas iniciativas de reforma legal y constitucional. **1) Proyecto de reforma constitucional para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, cuyo objetivo final es que se concentren en ese organismo las funciones de registro y control de las bases de datos, y que se aboque al resguardo de los derechos de las personas.**

Con fecha 7 de octubre de 2021. El Presidente de la República mediante Oficio N° 183-369 remite mensaje con proyecto para la creación de una nueva institucionalidad para la protección de datos en Chile vía creación de una Agencia Autónoma para la Protección de Datos.

FUNDAMENTOS, se encuentran expresados en la exposición de motivos y que, en síntesis, se pueden destacar como los siguientes:

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. Desarrollo de la economía digital

En primer término, apunta a su regulación desde una perspectiva convencional y temporal marcada por los cambios y transformaciones sociales, culturales y tecnológicas de extraordinaria envergadura. La mayor de estas transformaciones se puede sintetizar en el proceso de transición desde la sociedad industrial a la sociedad digital.

Estima que parte importante de los desafíos que actualmente enfrentan las sociedades y los gobiernos es crear reglas de conducta que permitan organizar las transformaciones en la sociedad digital. Se trata de diseñar instituciones, marcos normativos e incentivos que permitan generar convergencias entre la información personal y su uso, entre las libertades individuales y el interés público, entre la vida privada y la información pública, entre la interconexión global y las identidades locales, entre la tecnología y la humanidad.

La sociedad del conocimiento y la información han dado paso a una nueva economía: la economía digital. La inserción de los países a esta nueva realidad exige la adaptación de sus regulaciones, prácticas, instituciones y la organización industrial y productiva de las empresas al uso generalizado de las tecnologías de la

información.

Chile es una economía pequeña y abierta al mundo. Las empresas chilenas se han insertado competitivamente en la economía global y el país es un destino atractivo para las inversiones extranjeras. Sin embargo, para que Chile mantenga e incremente su trayectoria de desarrollo y crecimiento económico, es necesario, tal como lo ha venido planteando la OCDE en sus recomendaciones, emprender cambios y transformaciones que permitan avanzar hacia una economía más innovadora, basada en el conocimiento e integrada por más empresas que sean capaces de competir a nivel mundial y participar en las cadenas globales de valor, especialmente en el ámbito de los servicios globales.

Una de las mayores deudas en materia regulatoria es la falta de una legislación moderna y flexible que permita cumplir las normas y estándares internacionales en materia de protección y tratamiento de los datos personales.

2. Contexto internacional.

Desde el año 2010, Chile es parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). El ingreso de nuestro país a dicha organización implicó esfuerzos significativos para lograr la adaptación de las políticas públicas y la legislación interna a las recomendaciones que emanan de esa organización, en materia social y económica.

En este sentido, este proyecto de ley recoge las recomendaciones que la propia organización ha puesto a disposición de los países miembros. Entre ellas, destacan las directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales. Estos instrumentos dan cuenta de los principios y contenidos básicos que deben recoger las normativas internas de los países para asegurar el respeto a la privacidad y la protección de los datos personales.

Las orientaciones de la OCDE relativas al flujo transfronterizo de datos personales es una materia de particular relevancia en este proyecto, dado el acelerado intercambio de información, la expansión del comercio electrónico y el desarrollo de la economía digital. Chile en la actualidad no cuenta con normas en esta materia y su incorporación resulta clave para el desarrollo de mercados emergentes de la economía como la exportación de servicios.

II. DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA PRIVADA Y SU PROTECCIÓN.

La Constitución Política de la República garantiza el derecho fundamental a la vida privada y su protección. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas prescribe que nadie sufrirá injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia, ni ataques a su honra o reputación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, por su parte consagra la protección de la honra y la dignidad de la persona, prohibiendo injerencias arbitrarias en su vida privada.

Consistente con el marco constitucional y los tratados internacionales ratificados por Chile, el año 1999 se dictó la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que establece las normas que actualmente regulan la protección y el uso de los datos de carácter personal de las personas naturales, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales.

Si bien dicha ley constituyó un gran avance al momento de su dictación, es un hecho indiscutido que el acelerado desarrollo tecnológico, la masificación en el uso de las tecnologías de la información, el extendido acceso a internet, la expansión del comercio electrónico, unido a los nuevos desafíos que enfrentan las sociedades y los Estados para reconocer y proteger los derechos de sus ciudadanos, han llevado a que esta normativa haya terminado siendo insuficiente.

La obsolescencia de algunos de sus criterios u orientaciones y la ausencia de una autoridad de control que den eficacia a la ley, son parte de un diagnóstico en el que existe un amplio consenso entre los actores políticos e institucionales, agentes económicos, medios de comunicación social y la ciudadanía en general.

Este diagnóstico compartido se ha expresado en diversas propuestas e iniciativas orientadas a poner de manifiesto la necesidad de impulsar un nuevo marco regulatorio.

En la actualidad existen más de 60 iniciativas legales en tramitación, originadas mayoritariamente en mociones parlamentarias, que se refieren a estas materias, todas las cuales fueron consideradas en la elaboración del proyecto de ley. Asimismo, durante el mes de agosto de 2016, la Unidad de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados presentó un informe en que evaluó los impactos y desafíos de la ley N° 19.628 y formuló un conjunto de conclusiones y recomendaciones, muchas de las cuales fueron recogidas en esta propuesta.

El Poder Judicial también ha sido un actor relevante en este proceso. La Corte Suprema ha contribuido a la reflexión jurídica y al debate doctrinario en torno a la garantía, protección y equilibrio de los diversos derechos fundamentales que entran en juego en este ámbito: vida privada, intimidad, honra, libertad de opinión e información, acceso a la información y transparencia, entre otros.

Por último, también han aportado a este debate el sector privado, las organizaciones empresariales, los académicos, la sociedad civil y la ciudadanía. En particular, es importante destacar las contribuciones técnicas realizadas por el Consejo de la Sociedad Civil de Economía Digital y la Mesa Público Privada de Protección de Datos.

En consecuencia, este proyecto de ley busca balancear y equilibrar las diferentes miradas y opciones técnicas, económicas, jurídicas y políticas que se promueven por los diversos actores, instituciones y grupos de interés que participan de este debate, proponiendo un marco regulatorio que proteja los derechos y libertades de las personas, garantice el tratamiento lícito de los datos personales por parte de terceros, sin entorpecer ni entorpecer la libre circulación de la información y, en definitiva, se alcance una legislación moderna y flexible que permita enfrentar los desafíos del país de cara al Siglo XXI.

III. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY

1. Objetivo general

Este proyecto de ley tiene como objetivo general actualizar y modernizar el marco normativo e institucional con el propósito de establecer que el tratamiento de los datos personales de las personas naturales se realice con el consentimiento del titular de datos o en los casos que autorice la ley, reforzando la idea de que los datos personales deben estar bajo la esfera de control de su titular, favoreciendo su protección frente a toda intromisión de terceros y estableciendo las condiciones regulatorias bajo las cuales los terceros pueden efectuar legítimamente el tratamiento de tales datos, asegurando estándares de calidad, información, transparencia y seguridad.

De esta forma, el principal desafío regulatorio es equilibrar la protección de los derechos de las personas, especialmente el respeto y protección a la vida privada e intimidad, con la libre circulación de la información, asegurando que las reglas de autorización y uso que se establezcan no entorpecen ni entorpezcan el tratamiento lícito de los datos por parte de las personas, organismos y empresas.

2. Objetivos específicos.

En cuanto a los objetivos específicos de este proyecto de ley, se plantean los siguientes:

- a. Establecer las condiciones regulatorias que permitan reforzar los derechos de los titulares de datos personales en relación con las operaciones de tratamiento de datos que legítimamente efectúen los agentes privados y públicos.
- b. Dotar al país de una legislación moderna y flexible en materia de tratamiento de datos personales, que sea consistente con los compromisos internacionales adquiridos luego de su incorporación a la OCDE y ajustada a las normas y estándares internacionales.
- c. Incrementar los estándares legales de Chile en el tratamiento de datos personales para transformarlo en un país con niveles adecuados de protección y seguridad, promoviendo el desarrollo de la economía digital y favoreciendo la expansión del mercado de los servicios globales.
- d. Definir estándares regulatorios, condiciones operacionales y un marco institucional que legitime el tratamiento de los datos personales por parte de los órganos públicos, garantizando el cumplimiento de la función pública y los derechos de los ciudadanos.
- e. Contar con una autoridad de control de carácter técnico y una institucionalidad pública que asuma los desafíos regulatorios y de fiscalización en materia de protección de las personas y tratamiento de los datos personales.

IV. CONTENIDO DEL PROYECTO.

1. Determinación precisa del ámbito regulatorio.

El objeto de la ley es regular el tratamiento de los datos personales, asegurando el respeto y protección de los derechos fundamentales de los titulares de datos (personas naturales), en particular el derecho a la vida privada.

El ámbito de aplicación de la ley es todo tratamiento de datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, incluidos los órganos públicos, que no se encuentre regido por una ley especial. Al mismo tiempo, se establece el carácter supletorio de esta normativa para todos aquellos tratamientos de datos regulados en leyes especiales.

Se excluyen expresamente de este régimen regulatorio al tratamiento de datos personales que se realice en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar regulado por las leyes especiales dictadas de conformidad al numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y el tratamiento que efectúen las personas naturales en relación con sus actividades personales.

Además, cabe señalar que este proyecto de ley no innova respecto de la regulación específica y actualmente vigente, referida al tratamiento de los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, manteniendo íntegramente las normas contenidas en el Título III de la ley, salvo adecuaciones formales y de referencia.

2. Principios rectores y actualización de definiciones legales.

Se incorporan un conjunto de principios rectores en materia de protección y tratamiento de los datos personales que han sido reconocidos en las directrices de la OCDE y en la legislación comparada. Estos principios constituyen el marco teórico

y normativo que inspiran toda la regulación del tratamiento de los datos personales y permiten orientar la aplicación e interpretación doctrinaria y jurisprudencial de esta normativa. Estos principios son la licitud del tratamiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, responsabilidad e información.

En el tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos se incorporan además los principios de coordinación, eficiencia, transparencia y publicidad.

Con el objeto de facilitar a los operadores del sistema la aplicación e interpretación de la ley, se actualizan e incorporan nuevas definiciones legales, adaptándolas a las que se usan en las legislaciones más modernas, las recomendaciones técnicas de los organismos internacionales y el estado actual del arte y la técnica.

3. Reforzamiento y ampliación de los derechos de los titulares de datos

Se reconocen al titular de datos personales los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, los denominados “derechos ARCO”. Estos derechos son irrenunciables, gratuitos y no puede limitarse su ejercicio en forma convencional.

El derecho de acceso permite solicitar y obtener confirmación acerca de si sus datos personales están siendo tratados por el responsable y acceder a ellos, en su caso. El derecho de rectificación busca que se modifique o completen los datos cuando sean inexactos o incompletos. El derecho de cancelación persigue que se supriman o eliminen los datos del titular por las causales previstas en la ley. El derecho de oposición permite requerir que no se lleve a cabo un tratamiento de datos

determinado por la concurrencia de las causales previstas en la ley.

Con el objeto de asegurar un ejercicio eficaz de los derechos ARCO, se establece un procedimiento directo y eficaz para que cualquier titular de datos pueda recurrir directamente ante el responsable de datos ejerciendo el correspondiente derecho ARCO, permitiéndose bloquear transitoriamente los datos en cuestión. Si el responsable no acoge la solicitud o no responde dentro del plazo que le fija la ley, el titular puede presentar un reclamo ante la autoridad de control. La resolución de la autoridad de control es reclamable ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Siguiendo las tendencias regulatorias más modernas se introduce el derecho a la portabilidad de los datos personales, en virtud del cual el titular de datos puede solicitar y obtener del responsable en un formato electrónico estructurado, genérico y de uso habitual, una copia de sus datos personales y comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos.

Por otro lado y haciéndose cargo de un debate actual, complejo y que exige armonizar diversos bienes sociales, esta propuesta legislativa incorpora y refuerza la regulación del denominado “derecho al olvido” en relación con los datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias. Se busca contar con una regla que equilibre adecuadamente el derecho de las personas a reducir el acceso a información desfavorable y que afecta su reputación social, con el derecho a la información y el interés público que hay envuelto en el acceso a ella.

4. Consentimiento del titular como la principal fuente de legitimidad del tratamiento de datos.

Concordante con el principio que los datos personales deben estar bajo la esfera de control de su titular, se establece el consentimiento como la fuente principal de legitimidad del tratamiento de los datos personales.

El consentimiento del titular debe ser libre, informado, inequívoco, otorgado en forma previa al tratamiento y específico en cuanto a su finalidad o finalidades.

Se consideran excepciones a la regla del consentimiento, tales como cuando la información ha sido recolectada de una fuente de acceso público; cuando sean datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular.

5. Régimen de responsabilidades de los responsables de datos.

Con el objeto de reforzar la legitimidad del tratamiento de datos, se crean una serie de obligaciones y deberes para los responsables de datos, tales como acreditar la licitud del tratamiento que realizan; deberes de información; deberes de reserva y confidencialidad, de información y transparencia, y el deber de adoptar medidas de seguridad y reportar las vulneraciones dichas medidas.

Por otro lado, haciéndose cargo del propósito deliberado de no imponer trabas excesivas a la circulación de información, se establecen estándares diferenciados de cumplimiento de los deberes de información y de seguridad para personas naturales y jurídicas, el tamaño de la empresa y el volumen y las finalidades de los datos que trata.

Se regulan también la cesión o transferencia de las bases de datos personales que disponga o administre el responsable de datos, así como el régimen del tratamiento que efectúa un tercero o mandatario en representación o por encargo del responsable.

Una de las principales innovaciones de esta nueva normativa es la regulación del tratamiento automatizado de grandes volúmenes de datos, o “Big Data”,

protegiendo la facultad de control del titular sobre su propia información, pero reconociendo también la licitud del acceso y uso de la información por parte de terceros y particularmente, de las empresas.

6. Nuevos estándares para el tratamiento de datos sensibles y categorías especiales de datos personales.

Se eleva el estándar para el tratamiento de los datos sensibles, estableciendo que sólo puede realizarse cuando el titular consienta libre e informadamente, en forma expresa.

Manteniendo la coherencia con el actual modelo normativo, se reconocen excepciones que legitiman el tratamiento de los datos personales sensibles, como cuando el titular ha hecho manifiestamente públicos su dato sensible o cuando exista una situación de emergencia médica o de salud, por ejemplo.

Adicionalmente, se introducen normas especiales para el tratamiento de los datos personales relativos a la salud, los datos biométricos y los datos relativos al perfil biológico humano; para el tratamiento de datos personales con fines históricos, estadísticos, científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público; y para el tratamiento de los datos personales de geolocalización o de movilidad del titular.

7. Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes.

Se establece como regla basal que el tratamiento de los datos personales que conciernen a los niños, niñas y adolescentes sólo puede realizarse atendiendo al interés superior de éstos y al respeto de su autonomía progresiva.

Siguiendo las mejores prácticas de la legislación comparada y las recomendaciones internacionales, se regula en forma diferencial las autorizaciones de tratamiento para los niños y para los adolescentes. En el caso de los niños, el tratamiento de datos requiere el consentimiento previo, específico y expreso de quien tiene a su cargo el cuidado personal. Respecto de los adolescentes, se establece que sus datos personales sensibles sólo pueden ser tratados con el consentimiento de quien tiene a su cargo el cuidado personal del adolescente. Para los demás datos personales, rigen las normas generales de autorización.

Consistente con la orientación protectora de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes, se establece una obligación especial para los establecimientos educacionales y para las personas o entidades públicas o privadas que traten o administren este tipo de datos, incluyendo a quienes ejercen su cuidado personal, de velar por el uso lícito y la protección de la información personal que concierne a los niños, niñas y adolescentes.

8. Regulación del flujo transfronterizo de datos personales.

El proyecto de ley incorpora una regulación específica para la transferencia internacional de datos personales, ajustándola a los estándares y recomendaciones de la OCDE.

Se distingue entre países que disponen de un marco normativo que proporciona niveles adecuados de protección de datos y aquellos que no, entendiendo que un país posee niveles adecuados de protección de datos cuando cumple con estándares similares o superiores a los fijados en la ley chilena en materia de protección y tratamiento de datos personales. La autoridad de control, siguiendo parámetros técnicos y los estándares de la OCDE, determinará los países que poseen una legislación adecuada.

En el caso de los países adecuados se reconoce amplia autonomía a los intervinientes para transferir datos, sujeto al cumplimiento de las reglas generales. En el caso de países no adecuados, se permite la transferencia de datos sólo en un conjunto de circunstancias que autorizan el envío de la información, bajo la responsabilidad legal de quien efectúa la transferencia de datos y con aviso previo a la autoridad de control.

9. Modernización de estándares para el tratamiento de datos personales por organismos públicos.

Siendo la ley una de las fuentes de legitimidad del tratamiento de datos personales, el tratamiento de los datos personales que efectúan los órganos públicos será lícito cuando se realiza para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad a las normas legales correspondientes. Cumpliéndose esas condiciones, no se requiere el consentimiento del titular.

Con el objeto de evitar flujos innecesarios de los datos personales, pero al mismo tiempo promover la interconectividad y la eficiencia en la gestión pública, se regula la facultad de los órganos públicos para comunicar o ceder datos personales a otros órganos públicos, siempre que la comunicación o cesión de los datos sea necesaria para el cumplimiento de funciones legales y ambos órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias. Se establece también que pueden comunicar o ceder datos personales cuando se requieran para un tratamiento que tenga por finalidad otorgar beneficios al titular, evitar duplicidad de trámites o reiteración de requerimientos de información o documentos para los titulares. También se regula la comunicación y cesión de datos a personas o entidades privadas.

Del mismo modo, se consagran y regulan los principios que rigen el tratamiento de los datos personales por parte de los órganos públicos, los derechos que se reconocen a los titulares, la forma de ejercer estos derechos y se define un

procedimiento de reclamación administrativa y de tutela judicial efectiva para el ejercicio y protección de estos derechos.

Se define un régimen especial de responsabilidades y sanciones para que el tratamiento de datos se realice conforme a los principios y obligaciones establecidos en la ley.

Se regula también un régimen de excepción para el tratamiento de datos protegidos por normas de secreto o confidencialidad; cuando se refiere al tratamiento de datos vinculados a la investigación de infracciones penales, civiles y administrativas; cuando correspondan a actividades relacionadas con la seguridad de la nación, el orden o la seguridad públicos, y cuando en los casos que se hayan declarado estado de catástrofe o estado de emergencia.

Por último, se regulan las actividades de tratamiento de los datos personales que efectúan el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Servicio Electoral y la Justicia Electoral, y los demás tribunales especiales creados por ley. Se contempla un modelo regulatorio, de fiscalización y cumplimiento compatible con la autonomía de estas instituciones.

10. Creación de una autoridad de control.

Para efectos de velar por la protección de los derechos y libertades de las personas titulares de datos y por el adecuado cumplimiento de las normas relativas al tratamiento de los datos, se requiere contar con una autoridad de control dotada de facultades para regular, supervisar, fiscalizar y en última instancia, sancionar los incumplimientos. Sin una autoridad de control con potestades normativas y fiscalizadoras suficientes, la ley tiene escasa eficacia.

Con tal propósito, se crea una institución especializada y de carácter técnico, denominada “Agencia de Protección de Datos Personales, encargada de velar y fiscalizar el cumplimiento de esta normativa, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y se encuentra afecto al Sistema de Alta Dirección Pública.

Con el objeto de evitar o precaver conflictos de normas y asegurar la coordinación, cooperación y colaboración entre la Agencia de Protección de Datos Personales y el Consejo para la Transparencia, se consagra un modelo de coordinación regulatoria entre ambas instituciones.

11. Modelo general de cumplimiento de la ley.

Se contempla un catálogo específico de infracciones a los principios y obligaciones establecidos en la ley, que se califican en leves, graves y gravísimas, estableciendo sanciones correlativas a la gravedad de la infracción que van desde la amonestación escrita a multas que oscilan entre 1 y 5.000 UTM. En casos excepcionales se contempla el cierre o clausura de las operaciones de tratamiento de datos.

La determinación de las infracciones y la aplicación de la sanción respectiva corresponden a la Agencia de Protección de Datos Personales. En el caso de los órganos públicos y de los agentes de la Administración del Estado, las investigaciones las realiza la Agencia y las sanciones las aplica la Contraloría General de la República.

Se incorpora, asimismo, un procedimiento de reclamación judicial de ilegalidad para cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por una resolución de la Agencia de Protección de Datos Personales, ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Para el conocimiento y resolución de estas

controversias se establece un procedimiento judicial concentrado y de rápida resolución.

Finalmente, como una forma de incentivar y promover el cumplimiento de la ley, y siguiendo las recomendaciones de la OCDE, se regula la adopción por parte del sector privado y del sector público de modelos de prevención de infracciones, fijando para ellos los estándares y requisitos mínimos con los que deberán cumplir.

La certificación y supervisión de estos programas estará a cargo de la Agencia de Protección de Datos Personales.

12. Disposiciones transitorias.

Por último, el proyecto contempla disposiciones transitorias que la ley entrará en vigor el día primero del mes décimo tercero posterior a su publicación en el Diario Oficial.

Los reglamentos señalados en la ley deberán dictarse dentro de los seis meses posteriores la publicación.

Se establece el plazo de nueve meses para que, mediante uno o más decretos con fuerza de ley, el Presidente de la República regule al personal de la Agencia de Protección de Datos Personales. Dentro de los 60 días siguientes a la publicación de la ley deberá convocarse al concurso público para nombrar al primer director o directora de la Agencia de Protección de Datos Personales.

En mérito de lo expuesto, se presentó el citado proyecto de ley en los siguientes términos:

7

Proyecto de Ley

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

PROYECTO DE LEY:

“Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada:

1) Reemplázase el artículo 1 por el siguiente: “Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con el propósito de asegurar el respeto y protección de los derechos y libertades de quienes son titulares de estos datos, en particular, el derecho a la vida privada. Todo tratamiento de datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, incluidos los órganos públicos, que no se encuentre regido por una ley especial quedará sujeto a las disposiciones de esta ley. Con todo, en los asuntos no regulados en las leyes especiales se aplicarán supletoriamente las normas de esta ley. El régimen de tratamiento y protección de los datos personales establecidos en esta ley no se aplicará al tratamiento de datos que realicen los medios de comunicación social en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar regulado por las leyes a que se refiere el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, ni al que efectúen las personas naturales en relación con sus actividades personales.”.

2) Modifícase el artículo 2 del siguiente modo:

a) Intercálase el siguiente epígrafe: “Definiciones.”.

b) Reemplázanse las letras c), f), g) e i) por las siguientes:

“c) Comunicación o transmisión de datos personales: dar a conocer por el responsable de datos, de cualquier forma, datos personales a personas distintas del titular a quien conciernen los datos, sin llegar a cederlos o transferirlos. Las comunicaciones que realice el responsable de datos deben contener información exacta, completa y veraz.

d) Dato personal: cualquier información vinculada o referida a una persona natural, identificada o identificable a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.

e) Datos personales sensibles: aquellos datos personales que conciernen o se refieren a las características físicas o morales de una persona, tales como el origen racial, ideología, afiliación política, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, estado de salud físico o psíquico, orientación sexual, identidad de género e identidad genética y biomédica.

f) Fuentes de acceso público: todas aquellas bases de datos personales, públicas o privadas, cuyo acceso o consulta puede ser efectuado en forma lícita por cualquier persona, sin existir restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización.

Las dudas o controversias que se susciten sobre si una determinada base de datos es considerada fuente de acceso público serán resueltas por la Agencia de Protección de Datos Personales, quien podrá identificar categorías genéricas, clases o tipos de registros o bases de datos que posean esta condición.”.

g) Elimínase la letra j), pasando la actual letra k) a ser j) y así sucesivamente.

h) Sustitúyense las actuales letras l), m), n), ñ) y o), que pasaron a ser k), l), m), n) y ñ), respectivamente, por las siguientes:

“i) Proceso de anonimización o disociación: procedimiento en virtud del cual los datos personales no pueden asociarse al titular ni permitir su identificación, por haberse destruido el nexo con toda información que lo identifica o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gasto o trabajos desproporcionados. Un dato anonimizado deja de ser un dato personal.

j) Base de datos personales: conjunto organizado de datos personales, cualquiera sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar el tratamiento de ellos.

k) Responsable de datos o responsable: persona natural o jurídica, pública o privada, a quien compete decidir acerca del tratamiento de datos personales, con independencia de si los datos son tratados directamente por él o a través de un tercero o mandatario, y de su localización.

l) Titular de datos o titular: persona natural, identificada o identificable, a quien conciernen o se refieren los datos personales.

m) Tratamiento de datos: cualquier operación o conjunto de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, procesar, almacenar, comunicar, transmitir o utilizar de cualquier forma los datos personales.”.

e) Agréganse los siguientes literales o), p), q), r), s), t) y u), nuevos:

“o) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica,

inequívoca e informada mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen.

p) Derecho de acceso: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable confirmación acerca de si sus datos personales están siendo tratados por él, acceder a ellos en su caso, y a la información prevista en esta ley.

q) Derecho de rectificación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable que modifique o complete sus datos personales, cuando están siendo tratados por él y sean inexactos o incompletos.

r) Derecho de cancelación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable que suprima o elimine sus datos personales, de acuerdo con las causales previstas en la ley.

s) Derecho de oposición: derecho del titular de datos que se ejerce ante el responsable con el objeto de requerir que no se lleve a cabo un tratamiento de datos determinado, de conformidad a las causales previstas en la ley.

t) Derecho a la portabilidad de los datos personales: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable en un formato electrónico estructurado, genérico y de uso habitual, una copia de sus datos personales y comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos.

u) Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones: registro nacional de carácter público administrado por la Agencia de Protección de Datos Personales, que consigna las sanciones impuestas a los responsables de datos por infracción a la ley, los modelos de prevención de infracciones que implementen los responsables y los programas de cumplimiento debidamente certificados.”.

3) Reemplázase el artículo 3 por el siguiente:

“Artículo 3.- Principios. El tratamiento de los datos personales se rige por los siguientes principios:

a) Principio de licitud del tratamiento. Los datos personales sólo pueden tratarse con el consentimiento de su titular o por disposición de la ley.

b) Principio de finalidad. Los datos personales deben ser recolectados con fines específicos, explícitos y lícitos. El tratamiento de los datos personales debe limitarse al cumplimiento de estos fines.

En aplicación de este principio, no se pueden tratar los datos personales con fines distintos a los informados al momento de la recolección, salvo que el titular otorgue nuevamente su consentimiento, los datos provengan de fuentes de acceso público o así lo disponga la ley.

c) Principio de proporcionalidad. Los datos personales que se traten deben limitarse a aquellos que resulten necesarios en relación con los fines del tratamiento.

Los datos personales deben ser conservados sólo por el período de tiempo que sea necesario para cumplir con los fines del tratamiento, luego de lo cual deben ser cancelados o anonimizados. Un período de tiempo mayor requiere autorización legal o consentimiento del titular.

d) Principio de calidad. Los datos personales deben ser exactos y, si fuera necesario, completos y actuales, en relación con los fines del tratamiento.

e) Principio de responsabilidad. Quienes realicen tratamiento de los datos

personales serán legalmente responsables del cumplimiento de los principios, obligaciones y deberes de conformidad a esta ley.

f) Principio de seguridad. En el tratamiento de los datos personales se deben garantizar niveles adecuados de seguridad, protegiéndolos contra el tratamiento no autorizado, pérdida, filtración, destrucción o daño accidental y aplicando medidas técnicas u organizativas apropiadas.

g) Principio de información. Las prácticas y políticas sobre el tratamiento de los datos personales deben estar permanentemente accesibles y a disposición de cualquier interesado de manera precisa, clara, inequívoca y gratuita.”.

4) Reemplázase el título I por el siguiente:

“Título I

De los derechos del titular de datos personales

Artículo 4.- Derechos del titular de datos. Toda persona, actuando por sí o a través de su representante legal o mandatario, según corresponda, tiene derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad de sus datos personales, de conformidad a la presente ley.

Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son personales, intransferibles e irrenunciables y no pueden limitarse por ningún acto o convención.

En caso de fallecimiento del titular de datos, los derechos que reconoce esta ley pueden ser ejercidos por sus herederos.

Artículo 5.- Derecho de acceso. El titular de datos tiene derecho a solicitar y obtener del responsable confirmación acerca de si los datos personales que le conciernen están siendo tratados por él y, en tal caso, acceder a dichos datos y a la siguiente información:

- a) Los datos tratados y su origen.
- b) La finalidad o finalidades del tratamiento.
- c) Las categorías, clases o tipos de destinatarios a los que se han comunicado o cedido los datos o se prevé comunicar o ceder, según corresponda.
- d) El período de tiempo durante el cual los datos serán tratados.

El responsable no estará obligado a entregar al titular la información establecida en las letras anteriores cuando el titular ya disponga de esta información por haber ejercido este derecho con anterioridad; cuando su comunicación resulte imposible o requiera de un esfuerzo no razonable; cuando su entrega imposibilite u obstaculice gravemente un tratamiento de datos con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público o vayan en beneficio de la salud humana; cuando los datos estén protegidos por una norma de secreto o una obligación de confidencialidad que impida su comunicación, o cuando lo disponga expresamente la ley.

Artículo 6.- Derecho de rectificación. El titular de datos tiene derecho a solicitar y obtener del responsable la rectificación de los datos personales que le conciernen y que están siendo tratados por él, cuando sean inexactos, desactualizados o incompletos.

La rectificación y su contenido serán públicas y deberán difundirse cuando así lo requiera el titular y sea necesario para los fines del tratamiento realizado.

Artículo 7.- Derecho de cancelación. El titular de datos tiene derecho a solicitar y obtener del responsable la cancelación o supresión de los datos personales que le conciernen cuando éstos no resulten necesarios en relación con los fines del tratamiento; cuando haya retirado su consentimiento para el tratamiento y éste no tenga otro fundamento legal; cuando se trate de datos caducos; cuando los datos hayan sido obtenidos o tratados ilícitamente por el responsable o cuando la cancelación deba realizarse para el cumplimiento de una obligación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, no procede la cancelación o supresión de los datos en los siguientes casos:

- a) Cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a las libertades de emitir opinión y de informar regulado por las leyes a que se refiere el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.
- b) Cuando se requiera el tratamiento de los datos para el cumplimiento de una obligación legal o la ejecución de un contrato del que el titular es parte.
- c) Cuando existan razones de interés público en el ámbito de la salud pública.
- d) Cuando el tratamiento se realice con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público, en la medida que la cancelación de los datos imposibilite u obstaculice gravemente el propósito de este tratamiento.

e) Cuando se requieran para la formulación, ejercicio o defensa de una reclamación formulada en el marco de esta ley.

Artículo 8.- Derecho de oposición. El titular de datos tiene derecho a oponerse ante el responsable a que se realice un tratamiento específico o determinado de los datos personales que le conciernan, en los siguientes casos:

a) Cuando el tratamiento de datos afecte sus derechos y libertades fundamentales.

b) Cuando el tratamiento de datos sea utilizado exclusivamente con fines de marketing directo de bienes o servicios, así como cualquier otro propósito comercial o fines publicitarios, salvo que exista un contrato entre las partes que expresamente contemple dicho uso de su información.

c) Cuando se realice tratamiento automatizado de sus datos personales y se adopten decisiones que impliquen una valoración, evaluación o predicción de su comportamiento realizada únicamente en base a este tipo de tratamiento, salvo las excepciones previstas en el artículo 15 ter de esta ley.

d) Cuando el titular de los datos hubiere fallecido. En este caso, la oposición deberá ser formulada por los herederos. Con todo, no procederá la oposición cuando el tratamiento de los datos se realice exclusivamente con fines históricos, estadísticos o científicos o para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público.

Artículo 9.- Derecho a la portabilidad de los datos personales. El titular de datos tiene derecho a solicitar y recibir del responsable una copia de los datos personales que le conciernen de manera estructurada, en un formato genérico y de uso común que permita ser operado por distintos sistemas, y a comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos, cuando concurren las siguientes

circunstancias o requisitos:

- a) El titular haya entregado sus datos personales directamente al responsable.
- b) Se trate de un volumen relevante de datos y sean tratados en forma automatizada.
- c) Exista consentimiento del titular para el tratamiento o se requiera para la ejecución o cumplimiento de un contrato.

El responsable debe utilizar los medios más expeditos, menos onerosos y sin poner trabas u obstáculos para el ejercicio de este derecho.

El responsable también debe comunicar al titular de manera clara y precisa las medidas necesarias para recuperar sus datos personales y especificar las características técnicas para llevar a cabo estas operaciones.

Artículo 10.- Forma y medios de ejercer los derechos del titular de datos. Los derechos reconocidos en esta ley se ejercen por el titular, en forma personal o debidamente representado, ante el responsable de datos. Si los datos personales del titular se encuentran en una base de datos que es administrada o tratada por diversos responsables, el titular puede ejercer sus derechos ante cualquiera de ellos.

Los responsables de datos deben implementar mecanismos y herramientas tecnológicas que permitan que el titular ejerza sus derechos en forma expedita, ágil y eficaz. Los medios dispuestos por el responsable deben ser sencillos en su operación.

El ejercicio de los derechos de rectificación, cancelación y oposición siempre serán gratuitos para el titular. El derecho de acceso también se ejercerá en forma gratuita, al menos, trimestralmente.

El responsable de datos sólo puede exigir el pago de los costos directos en que incurra cuando el titular ejerza su derecho de acceso más de una vez en el trimestre o cuando ejerza el derecho a la portabilidad.

La Agencia de Protección de Datos Personales deberá velar por el efectivo ejercicio y cumplimiento de los derechos que esta ley reconoce al titular.

Artículo 11.- Procedimiento ante el responsable de datos. Para ejercer los derechos que le reconoce esta ley, el titular debe presentar una solicitud o requerimiento escrito ante el responsable dirigido a la dirección de correo electrónico establecida para este fin o a través de un formulario de contacto o de un medio electrónico equivalente. La solicitud o el medio de contacto deben contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- a) Individualización del titular y de su representante legal o mandatario, según corresponda, y autenticación de su identidad de acuerdo con los procedimientos, formas y modalidades que establezca el reglamento.
- b) Indicación de una dirección de correo electrónico o de otro medio electrónico equivalente para comunicar la respuesta.
- c) Identificación de los datos personales o del tratamiento determinado, según corresponda, respecto de los cuales se ejerce el derecho correspondiente.
- d) En las solicitudes de rectificación el titular debe indicar las modificaciones

o actualizaciones precisas a realizar y acompañar, en su caso, los antecedentes que las sustenten. Cuando se trate de solicitudes de cancelación u oposición al tratamiento de datos, el titular debe indicar la causal o fundamento invocado para ello y acompañar también los antecedentes que las sustenten, si correspondiere. En el caso del derecho de acceso, basta con la individualización del titular.

e) Cualquier otro antecedente que facilite la localización de los datos personales.

Recibida la solicitud, el responsable debe pronunciarse sobre ella inmediatamente o a más tardar dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de ingreso.

El responsable debe responder por escrito al titular a la dirección de correo electrónico fijada por éste. Cuando la respuesta se entregue por otro medio electrónico, el responsable debe almacenar los respaldos que le permitan demostrar la transmisión y recepción de la respuesta, su fecha y el contenido íntegro de ella.

En caso de denegación total o parcial de la solicitud, el responsable debe fundar su decisión indicando la causa invocada y los antecedentes que la justifican. En esta misma oportunidad, el responsable debe señalar al titular que dispone de un plazo de 10 días hábiles para formular una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos Personales, con el procedimiento establecido en el artículo 45.

Transcurridos los 10 días hábiles a que hace referencia el inciso segundo sin que haya respuesta del responsable, el titular puede formular directamente una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos Personales, en los mismos términos del inciso anterior.

Cuando se formule una solicitud de rectificación o cancelación, el titular tiene

derecho a solicitar y obtener del responsable el bloqueo temporal de los datos. La solicitud de bloqueo temporal debe ser fundada y el responsable deberá responder a este requerimiento dentro de los 2 días hábiles siguientes a su recepción. En caso de negativa, el responsable deberá invocar una causa justificada y fundar su respuesta.

La rectificación o cancelación de los datos se aplicarán sólo respecto de los responsables a quienes se les haya formulado la solicitud.”.

5) Reemplázase el título II por el siguiente:

“Título II

Del tratamiento de los datos personales y de las categorías especiales de datos

Párrafo Primero

Del consentimiento del titular, de las obligaciones y deberes del responsable y del tratamiento de datos en general

Artículo 12.- Regla general del tratamiento de datos. Es lícito el tratamiento de los datos personales que le conciernen al titular cuando otorgue su consentimiento para ello o lo autorice la ley.

El consentimiento del titular debe ser libre e informado, otorgarse en forma previa al tratamiento y debe ser específico en cuanto a su finalidad o finalidades. Debe manifestarse de manera inequívoca, mediante una declaración verbal, escrita o realizada a través de un medio electrónico equivalente o mediante un acto afirmativo que dé cuenta con claridad de la voluntad del titular.

Cuando el consentimiento lo otorgue un mandatario, éste deberá encontrarse expresamente premunido de esta facultad.

El titular puede revocar el consentimiento otorgado en cualquier momento y sin expresión de causa, utilizando medios similares o equivalentes a los empleados para su otorgamiento. La revocación del consentimiento no tiene efectos retroactivos.

Los medios utilizados para el otorgamiento o la revocación del consentimiento deben ser expeditos, fidedignos, gratuitos y estar permanentemente disponibles para el titular.

Corresponde al responsable probar que el tratamiento de datos realizado contó con el consentimiento del titular o fue efectuado por disposición de la ley.

Artículo 13.- Excepciones al consentimiento. No se requiere el consentimiento del titular en los siguientes casos:

- a) Cuando el tratamiento se refiere a datos personales que han sido recolectados de una fuente de acceso público.
- b) Cuando el tratamiento esté referido a datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial y se realice de conformidad con las normas del título III de esta ley.
- c) Cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular.

Artículo 14.- Obligaciones del responsable de datos. El responsable de datos, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en esta ley, tiene las siguientes

obligaciones:

- a) Informar y poner a disposición del titular, de manera expedita y cuando le sean requeridos, los antecedentes que acrediten la licitud del tratamiento de datos que realiza.
- b) Asegurar que los datos personales se recojan con fines específicos, explícitos y lícitos, y que su tratamiento se limite al cumplimiento de estos fines.
- c) Comunicar o ceder, en conformidad a las disposiciones de esta ley, información exacta, completa y veraz.
- d) Cumplir con los demás principios que rigen el tratamiento de los datos personales previstos en esta ley.

Artículo 14 bis.- Deber de secreto o confidencialidad. El responsable de datos está obligado a mantener secreto o confidencialidad acerca de los datos personales que conciernan a un titular, salvo aquellos que provengan de fuentes de acceso público o el titular los ha hecho manifiestamente públicos. Este deber subsiste aún después de concluida la relación con el titular.

El deber de secreto o confidencialidad no obsta a las comunicaciones o cesiones de datos que deba realizar el responsable en conformidad a la ley, y al cumplimiento de la obligación de dar acceso al titular e informar el origen de los datos, cuando esta información le sea requerida por el titular o por un órgano público dentro del ámbito de sus competencias legales.

El responsable debe adoptar las medidas necesarias con el objeto de que sus dependientes o las personas naturales o jurídicas que ejecuten operaciones de

tratamiento de datos bajo su responsabilidad cumplan el deber de secreto o confidencialidad establecidos en este artículo.

Quedan sujetas a la obligación de secreto o confidencialidad las personas e instituciones y sus dependientes que, en cumplimiento de una obligación legal, han remitido información a un organismo público sujeto al régimen de excepciones establecido en el artículo 24, en cuanto al requerimiento y al hecho de haber remitido dicha información.

Artículo 14 ter.- Deber de información y transparencia. El responsable de datos debe mantener permanentemente a disposición del público, en su sitio web o en cualquier otro medio de información equivalente, al menos, la siguiente información:

- a) La política de tratamiento de datos personales que ha adoptado, la fecha y versión de esta.
- b) La individualización del responsable de datos, su representante legal, y la identificación del encargado de prevención si existiere.
- c) La dirección de correo electrónico, el formulario de contacto o la identificación del medio tecnológico equivalente a través del cual se le notifican las solicitudes que realicen los titulares.
- d) Las categorías, clases o tipos de bases de datos que administra; la descripción genérica del universo de personas que comprenden las bases de datos; los destinatarios a los que se prevé comunicar o ceder los datos; y las finalidades del tratamiento que realiza.

e) La política y las medidas de seguridad adoptadas para proteger las bases de datos personales que administra.

Artículo 14 quáter.- Deber de adoptar medidas de seguridad. El responsable de datos debe adoptar las medidas necesarias para resguardar el cumplimiento del principio de seguridad establecido en esta ley, considerando el estado actual de la técnica y los costos de aplicación, junto con la naturaleza, alcance, contexto y fines del tratamiento, así como la probabilidad de los riesgos y la gravedad de sus efectos en relación con el tipo de datos tratados. Las medidas aplicadas por el responsable deben asegurar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia de los sistemas de tratamiento de datos.

Si las bases de datos que opera el responsable tienen distintos niveles de criticidad deberá adoptar las medidas de seguridad que correspondan al nivel más alto.

Ante la ocurrencia de un incidente de seguridad, y en caso de controversia judicial o administrativa, corresponderá al responsable acreditar la existencia y el funcionamiento de las medidas de seguridad adoptadas en base a los niveles de criticidad y a la tecnología disponible.

Artículo 14 quinquies.- Deber de reportar las vulneraciones a las medidas de seguridad. El responsable de datos debe reportar a la Agencia de Protección de Datos Personales, por los medios más expeditos posibles y sin dilaciones indebidas, las vulneraciones a las medidas de seguridad que ocasionen la destrucción, filtración, pérdida o alteración accidental o ilícita de los datos personales que trate, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos.

El responsable de datos deberá registrar estas comunicaciones, describiendo la naturaleza de las vulneraciones sufridas, sus efectos, las categorías

de datos y el número aproximado de titulares afectados y las medidas adoptadas para gestionarlas y precaver incidentes futuros.

Cuando dichas vulneraciones se refieran a datos personales sensibles o a datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, el responsable deberá también efectuar esta comunicación a los titulares de estos datos. Esta comunicación debe realizarse en un lenguaje claro y sencillo, singularizando los datos afectados, las posibles consecuencias de las vulneraciones de seguridad y las medidas de solución o resguardo adoptadas. La notificación se debe realizar a cada titular afectado y si ello no fuere posible se realizará mediante la difusión o publicación de un aviso en un medio de comunicación social masivo y de alcance nacional.

Artículo 14 sexies.- Diferenciación de estándares de cumplimiento. Los estándares o condiciones mínimas que se impongan al responsable de datos para el cumplimiento de los deberes de información y de seguridad establecidos en los artículos 14 ter y 14 quáter, respectivamente, serán determinados considerando si el responsable es una persona natural o jurídica; el tamaño de la entidad o empresa de acuerdo a las categorías establecidas en el artículo segundo de la ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, y el volumen y las finalidades de los datos personales que trata.

Los estándares de cumplimiento y las medidas diferenciadas serán especificados en un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda y suscrito por el Ministro o Ministra de Economía, Fomento y Turismo.

Artículo 15.- Cesión o transferencia de bases de datos personales. Se podrán ceder todo o parte de las bases de datos personales que disponga o administre el responsable de datos cuando la cesión sea necesaria para cumplir con los fines del tratamiento o las funciones del cedente o del cesionario, de conformidad con las disposiciones de esta ley.

La cesión de datos personales requiere el consentimiento previo del titular a quien conciernen los datos, salvo las excepciones legales.

En caso de que el consentimiento otorgado por el titular al momento de realizarse la recolección de los datos personales no haya considerado la cesión de estos, éste debe recabarse antes que se produzca, considerándose para todos los efectos legales como una nueva operación de tratamiento.

Con el objeto de que el titular preste su consentimiento a la cesión, el responsable debe entregar la información necesaria que le permita conocer la finalidad a la cual se destinarán los datos y el tipo de actividades que realiza el cesionario.

La cesión de datos debe constar por escrito o a través de cualquier medio electrónico idóneo. En ella se deberá individualizar a las partes, las bases de datos que son objeto de la cesión, las finalidades previstas para el tratamiento y los demás antecedentes o estipulaciones que acuerden el cedente y el cesionario.

El tratamiento de los datos personales cedidos debe realizarse por el cesionario de conformidad a las finalidades establecidas en el contrato de cesión.

Una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la condición de responsable de datos para todos los efectos legales, respecto de las bases de datos que fueron objeto de la cesión. El cedente, por su parte, también mantiene la calidad de responsable de datos, respecto de las operaciones de tratamiento que continúe realizando.

Si se verifica una cesión de datos sin contar con el consentimiento del titular, siendo éste necesario, o sin informarle acerca de la finalidad a la cual serán

destinados los datos cedidos o el tipo de actividades que desarrolla el cesionario, la cesión será considerada nula para todos los efectos legales, debiendo el cesionario cancelar todos los datos recibidos, sin perjuicio de las responsabilidades legales que correspondan.

A las cesiones de datos anonimizados no le son aplicables las reglas señaladas en este artículo.

Artículo 15 bis.- Tratamiento de datos por parte de un tercero o mandatario. El responsable puede efectuar el tratamiento de datos en forma directa o a través de un tercero mandatado para este efecto. En este último caso, el tercero o mandatario realiza el tratamiento de datos personales conforme al encargo y a las instrucciones que le imparta el responsable, quedándole prohibido su tratamiento, cesión o entrega para un objeto distinto del convenido con el responsable.

Si la tercera trata, cede o entrega los datos o la base de datos con un objeto distinto del encargo convenido o a una persona distinta del responsable, se le considerará como responsable de datos para todos los efectos legales, debiendo responder solidariamente por las infracciones y los perjuicios en que hubiere incurrido, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales que le correspondan frente al responsable de datos.

Cumplida la prestación del servicio de tratamiento por parte del tercero, los datos que obran en su poder deben ser cancelados o devueltos al responsable de datos, según corresponda.

Artículo 15 ter.- Tratamiento automatizado de grandes volúmenes de datos.- El responsable de datos puede establecer procedimientos automatizados de tratamiento y de transferencia de grandes volúmenes de datos, siempre que éstos cautelen los derechos del titular y el tratamiento guarde relación con las finalidades

de las personas o entidades participantes.

El titular de datos tiene derecho a solicitar al responsable que ninguna decisión que le afecte de manera significativa se adopte exclusivamente basada en el tratamiento automatizado de sus datos, salvo que sea necesario para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable, exista consentimiento previo y explícito del titular o lo disponga la ley.

Párrafo Segundo

Del tratamiento de los datos personales sensibles

Artículo 16.- Regla general para el tratamiento de datos personales sensibles. El tratamiento de los datos personales sensibles sólo puede realizarse cuando el titular a quien conciernen estos datos preste su consentimiento libre e informado, otorgado previamente, para un tratamiento específico y lo manifieste en forma expresa a través de una declaración escrita, verbal o por un medio tecnológico equivalente.

No obstante lo anterior, no se requiere el consentimiento del titular en los siguientes casos:

- a) Cuando el tratamiento se refiere a datos personales sensibles que el titular ha hecho manifiestamente públicos.

- b) Cuando el tratamiento es realizado una fundación, una asociación o cualquier otra entidad que no persiga fines de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa, cultural, deportiva, sindical o gremial, siempre que el tratamiento que realicen se refiera exclusivamente a sus miembros o afiliados, tenga por objeto cumplir sus finalidades específicas, la entidad otorgue las garantías necesarias para evitar un uso o tratamiento no autorizado, y los datos no se comuniquen o cedan a

terceros. Cumpliéndose todas estas condiciones, las entidades señaladas no requerirán el consentimiento de los titulares para tratar sus datos personales, incluidos sus datos sensibles. En caso de duda o controversia administrativa o judicial, el responsable de datos deberá acreditar que el tratamiento realizado cumple con los requisitos anteriores.

c) Cuando el tratamiento de los datos personales, incluidos los datos relativos a la salud del titular, resulte indispensable para salvaguardar la vida, salud o integridad física o psíquica del titular o de otra persona, o cuando el titular se encuentre física o jurídicamente impedido de otorgar su consentimiento. Una vez que cese el impedimento, el responsable debe informar detalladamente al titular los datos que fueron tratados y las operaciones específicas de tratamiento que fueron realizadas.

d) Cuando el tratamiento de datos personales sensibles lo autoriza o mandata expresamente la ley.

Artículo 16 bis.- Datos personales relativos a la salud. Los datos personales relativos a la salud del titular sólo pueden ser objeto de tratamiento cuando sean necesarios para el diagnóstico de una enfermedad o para la determinación de un tratamiento médico, siempre que el diagnóstico o el tratamiento, según corresponda, se realicen por establecimientos de salud públicos o privados o por un profesional de la salud titular del secreto profesional o por otra persona sujeta a una obligación equivalente de secreto, establecido en la ley o en un contrato.

También es lícito el tratamiento de los datos personales relativos a la salud del titular, en los siguientes casos:

a) Cuando exista una urgencia médica o sanitaria declarada por la autoridad.

- b) Cuando se deba calificar el grado de dependencia o discapacidad de una persona.
- c) Cuando resulte indispensable para la ejecución o cumplimiento de un contrato cuyo objeto o finalidad exija tratar datos relativos a la salud del titular.
- d) Cuando sean utilizados con fines históricos, estadísticos o científicos, para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público o vayan en beneficio de la salud humana o para el desarrollo de productos o insumos médicos que no podrían desarrollarse de otra manera.

Artículo 16 ter.- Datos personales biométricos. El responsable que trate datos personales biométricos, tales como la huella digital, el iris, los rasgos de la mano o faciales y la voz, deberá proporcionar al titular la siguiente información específica:

- a) La identificación del sistema biométrico usado.
- b) La finalidad específica para la cual los datos recolectados por el sistema biométrico serán utilizados.
- c) El período durante el cual los datos biométricos serán utilizados.
- d) La forma en que el titular puede ejercer sus derechos.

Un reglamento regulará la forma y los procedimientos que se deben utilizar para la implementación de los sistemas biométricos.

Con todo, no se podrán crear o mantener bancos de huellas digitales o de otros datos biométricos, salvo expresa autorización legal.

Artículo 16 quáter.- Datos personales relativos al perfil biológico humano. El responsable de datos sólo puede realizar tratamiento de datos personales relativos al perfil biológico del titular, tales como los datos genéticos, proteómicos o metabólicos, para los siguientes fines:

- a) Realizar diagnósticos médicos.
- b) Prestar asistencia médica o sanitaria en caso de urgencia.
- c) Realizar estudios o investigaciones científicas, médicas, epidemiológicas, antropológicas, arqueológicas o de medicina forense, que vayan en beneficio de la salud humana.
- d) Cumplir resoluciones judiciales recaídas en procesos civiles, de familia o penales.

Queda prohibido el tratamiento y la cesión de los datos relativos al perfil biológico de un titular y las muestras biológicas asociadas a una persona identificada o identificable, incluido el almacenamiento del material biológico, cuando los datos o muestras han sido recolectados en el ámbito laboral, educativo, deportivo, social o de seguros, salvo que la ley expresamente autorice su tratamiento en casos calificados.

Los prestadores institucionales de salud sean públicos o privados, que requieren tratar datos personales relativos al perfil biológico humano dentro del marco de las funciones que les señala el Código Sanitario o la ley N° 20.120 y su

normativa complementaria, deben adoptar y mantener los más altos estándares de control, seguridad y resguardo de esta información y de las muestras biológicas recolectadas.

El resultado de los estudios e investigaciones científicas que utilicen datos personales relativos al perfil biológico humano pueden ser publicados o difundidos libremente, debiendo previamente anonimizarse los datos que se publiquen.

Párrafo Tercero

Del tratamiento de categorías especiales de datos personales

Artículo 16 quinquies.- Datos personales relativos a los niños, niñas y adolescentes. El tratamiento de los datos personales que conciernen a los niños, niñas y adolescentes sólo puede realizarse atendiendo al interés superior de éstos y al respeto de su autonomía progresiva.

Cumplíéndose la exigencia establecida en el inciso anterior, para tratar los datos personales de los niños se requiere el consentimiento otorgado en forma específica, expresa y previa por quien tiene a su cargo el cuidado personal, salvo que expresamente lo autorice o mandate la ley.

Los datos personales de los adolescentes, salvo los datos personales sensibles, se pueden tratar de acuerdo con las normas de autorización previstas en esta ley para los adultos. Los datos personales sensibles de los adolescentes sólo se podrán tratar con el consentimiento otorgado en forma específica, expresa y previa por quien tiene a su cargo el cuidado personal, salvo que expresamente lo autorice o mandate la ley.

Para los efectos de esta ley se consideran niños a los menores de catorce años, y adolescentes a los mayores de catorce y menores de dieciocho años.

Es una obligación especial de los establecimientos educacionales y de todas las personas o entidades públicas o privadas que traten o administren datos personales de niños, niñas y adolescentes, incluido quienes ejercen su cuidado personal, velar por el uso lícito y la protección de la información personal que concierne a los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 16 sexies.- Datos personales con fines históricos, estadísticos, científicos y de estudios o investigaciones. Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, podrán tratar datos personales con fines históricos, estadísticos, científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público, cuando el titular haya prestado su consentimiento en forma inequívoca, específica, previa e informada.

El responsable de datos debe acreditar, cuando le sea requerido, que ha adoptado todas las medidas de calidad y seguridad necesarias con el objeto de resguardar que los datos se utilicen exclusivamente para tales fines. Cumplidas estas condiciones, el responsable puede almacenar y utilizar los datos por un período indeterminado de tiempo.

Los registros o bases de datos que se traten con estos fines se pueden ceder a otras personas naturales o jurídicas, previo consentimiento del titular y siempre que los cesionarios los utilicen para los mismos fines. El cedente debe asegurarse que el cesionario adopte medidas de calidad y seguridad iguales o superiores a las adoptadas por él.

Los responsables que hayan tratado datos personales exclusivamente con estas finalidades pueden efectuar publicaciones con los resultados y análisis obtenidos, debiendo previamente adoptar las medidas necesarias para anonimizar los datos que se publiquen.

Artículo 16 septies.- Datos de geolocalización. El tratamiento de los datos personales de geolocalización o de movilidad del titular se puede efectuar cuando el titular haya prestado su consentimiento en forma inequívoca.

El titular de datos deberá ser informado de manera clara, suficiente y oportuna, antes de obtener su consentimiento, del tipo de datos de geolocalización o movilidad que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y si los datos se comunicarán o cederán a un tercero para la prestación de un servicio con valor añadido.

En cualquier momento el titular podrá revocar el consentimiento otorgado.

Los datos de geolocalización se podrán tratar sin limitaciones cuando previamente hayan sido anonimizados.”.

6) Reemplázase en el artículo 17 la frase “banco de datos” por la expresión “base de datos”, todas las veces que aparece en el texto.

7) Modifícase el artículo 19 de la siguiente forma:

a) Reemplázase en el inciso primero el guarismo “12” por el guarismo “4”.

b) Reemplázase la frase “bancos de datos” por la expresión “bases de datos” todas las veces que aparece en el texto.

c) Sustituyese en el inciso final la frase “de acuerdo con lo previsto en el artículo 16” por la frase “de conformidad a lo dispuesto en el título VII de esta ley”.

8) Reemplázase el título IV por el siguiente:

“Título IV

Del tratamiento de datos personales por los órganos públicos

Artículo 20.- Regla general del tratamiento de datos por órganos públicos. Es lícito el tratamiento de los datos personales que efectúan los órganos públicos cuando se realiza para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias, de conformidad a las normas establecidas en sus leyes especiales y a las disposiciones previstas en este título. En esas condiciones, los órganos públicos actúan como responsables de datos y no requieren el consentimiento del titular para tratar sus datos personales.

Los órganos públicos tampoco requieren el consentimiento del titular cuando, cumpliendo las exigencias establecidas en el inciso anterior, realizan tratamiento de datos personales exclusivamente con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público.

Artículo 21.- Principios y normas aplicables al tratamiento de datos de los órganos públicos. El tratamiento de los datos personales que realicen los órganos públicos se rige por los principios establecidos en el artículo 3 de esta ley y los principios de coordinación, eficiencia, transparencia y publicidad.

En virtud del principio de coordinación, los organismos públicos deben propender a un alto grado de interoperabilidad y coherencia, de modo de evitar contradicciones en la información almacenada y reiteración de requerimientos de información o documentos a los titulares de datos. Conforme al principio de eficiencia, se debe evitar la duplicación de procedimientos y trámites entre los organismos del Estado, entre los organismos públicos y los particulares, y en los trámites y gestiones que realicen los titulares de la información. De acuerdo con los principios de transparencia y publicidad, los organismos públicos deben dar acceso a la información que tengan a su disposición, resguardando los derechos de las personas que pudieran verse afectadas por ello, de conformidad con lo establecido en el

artículo 20 de la Ley de Transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285.

Sin perjuicio de las demás normas establecidas en el presente título, son aplicables al tratamiento de datos que efectúen los órganos públicos las disposiciones establecidas en los artículos 14, 14 bis, 14 ter, 14 quáter y 14 quinquies, los artículos de los párrafos segundo y tercero del título II, los artículos del título V y los artículos del párrafo cuarto del título VII de esta ley.

Artículo 22.- Comunicación o cesión de datos por un órgano público. Los órganos públicos están facultados para comunicar o ceder datos personales específicos o todo o parte de sus bases de datos a otros órganos públicos, siempre que la comunicación o cesión de los datos resulte necesaria para el cumplimiento de funciones legales y ambos órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias. La comunicación o cesión de los datos se debe realizar para un tratamiento específico y el órgano público receptor no los podrá utilizar para otros fines.

Asimismo, se podrán comunicar o ceder datos o bases de datos personales entre organismos públicos, cuando ellos se requieran para un tratamiento que tenga por finalidad otorgar beneficios al titular, evitar duplicidad de trámites para los ciudadanos o reiteración de requerimientos de información o documentos para los mismos titulares.

El órgano público receptor de los datos sólo puede conservarlos por el tiempo necesario para efectuar el tratamiento específico para el cual fueron requeridos, luego de lo cual deberán ser cancelados o anonimizados. Estos datos se podrán almacenar por un tiempo mayor cuando el órgano público requiera atender reclamaciones o impugnaciones, realizar actividades de control o seguimiento, o sirvan para dar garantía de las decisiones adoptadas.

Para los efectos de poder comunicar o ceder datos personales a personas o entidades privadas, los organismos públicos deberán contar con el consentimiento inequívoco del titular, obtenido al momento de la recolección de los datos o con posterioridad a ella. Cuando se trate de comunicar o ceder datos personales en virtud de una solicitud de acceso a la información formulada con arreglo a lo establecido en el artículo 10 de Ley de Transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, los organismos públicos deberán contar con el consentimiento del titular obtenido en la oportunidad prevista en el artículo 20 de dicha ley.

Respecto de la comunicación de los datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias, se aplicará lo dispuesto en el artículo 25 de esta ley.

Las cesiones de todo o parte de sus bases de datos personales realizadas por un órgano público deberán constar por escrito a través de un convenio suscrito por el cedente y el órgano o persona cesionaria de la información. En el convenio se establecerán las finalidades específicas de los tratamientos para los cuales se utilizarán los datos.

Artículo 23.- Ejercicio de los derechos del titular y reclamo de ilegalidad. El titular de datos puede ejercer ante el órgano público los derechos de acceso y rectificación que les reconoce esta ley. El titular no podrá cancelar ni oponerse al tratamiento de datos efectuado por un órgano público salvo que el tratamiento realizado sea contrario a las disposiciones de este título.

El ejercicio de los derechos del titular se deberá realizar de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 11 de esta ley, dirigiéndose al jefe superior del servicio. En todo lo no regulado se aplicarán supletoriamente las normas de la ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

Las personas que se vean afectadas por la resolución de un órgano público, sea que les deniegue el ejercicio de un derecho reconocido en esta ley o adopte una decisión o dicte un acto que infrinja los principios y obligaciones establecidos en ella, causándole perjuicio, podrá deducir un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago o del domicilio de reclamante, a su elección, de conformidad con las normas dispuestas en el artículo 47 de esta ley. El informe a que alude la letra d) del artículo 47 será evacuado por el órgano público reclamado.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Apelaciones respectiva podrá requerir informe a la Agencia de Protección de Datos Personales con el objeto de establecer si en las operaciones de tratamiento de datos realizadas por el órgano público hubo o no infracción a los principios y obligaciones establecidos en esta ley.

Artículo 24.- Régimen de excepciones. Las disposiciones de la presente ley no se aplican a los órganos públicos que, actuando en cumplimiento de sus funciones legales y dentro del ámbito de sus competencias, realizan tratamiento de datos personales en los siguientes casos:

- a) Cuando efectúen tratamiento de datos que se encuentran protegidos por normas de secreto o confidencialidad establecidas en sus respectivas leyes. Cuando en cumplimiento de una obligación legal un órgano público comunica o cede a otro órgano público datos protegidos por normas de secreto o confidencialidad, el organismo público receptor deberá tratarlos manteniendo la misma obligación de secreto o confidencialidad.
- b) Cuando realicen tratamiento de datos personales para la investigación, persecución, enjuiciamiento o sanción de infracciones penales, civiles y administrativas.

c) Cuando efectúen operaciones de tratamiento de datos personales en actividades relacionadas con la seguridad de la nación, la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

d) Cuando se haya declarado estado de catástrofe o estado de emergencia, de conformidad a la ley y mientras permanezca vigente la respectiva declaración.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, los tratamientos de datos personales que realicen los organismos públicos deberán cumplir siempre con los principios de licitud del tratamiento, calidad, seguridad y responsabilidad establecidos en esta ley.

Artículo 25.- Datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias. Los datos personales relativos a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias sólo pueden ser tratados por los organismos públicos para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y en los casos expresamente previstos en la ley.

En las comunicaciones o difusión de información que realicen los organismos públicos con ocasión del tratamiento de estos datos personales, deberán velar en todo momento porque la información comunicada o hecha pública sea exacta, suficiente, actual y completa.

No podrán comunicarse o hacerse públicos los datos personales relativos a la comisión y condena de infracciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias una vez prescrita la acción penal, civil, administrativa o disciplinaria respectiva o una vez que se haya cumplido o prescrito la pena o la sanción impuesta, lo que deberá ser declarado o constatado por la autoridad competente. Lo anterior es sin perjuicio de la incorporación, mantenimiento y consulta de esta información en los registros que llevan los órganos públicos por expresa disposición de la ley, en la

forma y por el tiempo previsto en la ley que establece la obligación específica correspondiente. Las personas que se desempeñen en los órganos públicos están obligadas a guardar secreto respecto de esta información, la que deberá ser mantenida como información reservada.

Cuando la ley disponga que la información relativa a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias deba hacerse pública a través de su incorporación en un registro de sanciones o su publicación en el sitio web de un órgano público o en cualquier otro medio de comunicación o difusión, sin fijar un período de tiempo durante el cual deba permanecer disponible esta información, se seguirán las siguientes reglas:

- a) Respecto de las infracciones penales se aplicarán los mismos plazos establecidos para la eliminación de las anotaciones prontuariales señaladas en el decreto ley N° 409, de 1932 y el decreto N° 64, de 1960, ambos del Ministerio de Justicia.
- b) Respecto de las infracciones civiles, administrativas y disciplinarias permanecerán accesibles al público por el período de cinco años.

Exceptúanse de la prohibición de comunicación los casos en que la información sea solicitada por los Tribunales de Justicia u otro organismo público para el cumplimiento de sus funciones legales y dentro del ámbito de su competencia, quienes deben guardar secreto respecto de ella y mantener la debida reserva.

Artículo 26.- Reglamento. Las condiciones para la comunicación o cesión de datos personales entre organismos públicos y con personas u organismos privados, se regularán a través de un reglamento dictado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, suscrito por el Ministro o Ministra de Hacienda. En este mismo reglamento se regularán los procedimientos de anonimización de los datos

personales, especialmente los datos personales sensibles.”.

9) Reemplázase el título V por el siguiente:

“Título V

De la transferencia internacional de datos personales

Artículo 27.- Reglas aplicables a países con niveles adecuados de protección de datos. Se podrán realizar operaciones y actividades de transferencia internacional de datos personales a personas, entidades u organizaciones sujetas al ordenamiento jurídico de un país que proporcione niveles adecuados de protección de datos.

Se entiende que el ordenamiento jurídico de un país posee niveles adecuados de protección de datos, cuando cumple con estándares similares o superiores a los fijados en esta ley. La Agencia de Protección de Datos Personales determinará los países que poseen niveles adecuados de protección de datos, considerando, a los menos, lo siguiente:

- a) El establecimiento de principios para el tratamiento de los datos personales.
- b) La existencia de normas que reconozcan y garanticen los derechos de los titulares de datos.
- c) La imposición de obligaciones de información y seguridad a los responsables del tratamiento de los datos.
- d) La determinación de responsabilidades en caso de infracciones.

La transferencia internacional de datos considera las operaciones de comunicación, transmisión o cesión de datos personales, según la necesidad y finalidades del tratamiento.

Artículos 28.- Reglas aplicables a países que no poseen niveles adecuados de protección de datos. Excepcionalmente, se podrán realizar operaciones específicas de transferencia internacional de datos a personas, entidades u organizaciones sujetas al ordenamiento jurídico de países cuyas legislaciones no cumplan con niveles adecuados de protección de datos, en los siguientes casos:

- a) Cuando exista consentimiento expreso del titular de datos para realizar una transferencia o transmisión específica y determinada de datos.
- b) Cuando se refiera a transferencias internacionales bancarias, financieras o bursátiles específicas y se realicen conforme a la legislación especial que corresponda.
- c) Cuando la transferencia se efectúe entre sociedades o entidades que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, empresas relacionadas o sujetas a un mismo controlador de acuerdo con las normas de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, siempre que todas ellas operen bajo los mismos estándares y políticas internas en materia de tratamiento de datos personales.
- d) Cuando se deban transferir los datos para dar cumplimiento a obligaciones adquiridas en tratados o convenios internacionales que hayan sido ratificados por el Estado chileno y se encuentren vigentes.
- e) Cuando la transferencia resulte necesaria por la aplicación de convenios de cooperación, intercambio de información o supervisión que hayan sido suscritos

por los órganos del Estado para el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias.

f) Cuando la transferencia o el intercambio de datos haya sido autorizado expresamente por la ley a un organismo público para el cumplimiento de sus funciones legales.

g) Cuando se haga con el objeto de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.

h) Cuando sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.

i) Cuando sea necesario adoptar medidas urgentes en materia médica o sanitaria, para la prevención o diagnóstico de enfermedades, para tratamientos médicos o la gestión de servicios de salud.

Los responsables deberán informar previamente y en forma electrónica a la Agencia de Protección de Datos Personales la transferencia o transmisión internacional de datos.

En todos aquellos casos en que sea posible, las operaciones de transferencia o transmisión internacional de datos deberán quedar amparadas por cláusulas contractuales que establezcan los derechos y garantías de los titulares y las obligaciones de los responsables.

Cuando no se verifique ninguna de las circunstancias señaladas en las letras anteriores, la Agencia de Protección de Datos Personales podrá autorizar la transferencia o transmisión internacional de datos, siempre que el transmisor y el receptor de los datos otorguen las garantías adecuadas en relación con la protección de los derechos de las personas que son titulares de estos datos. La Agencia de

Protección de Datos Personales podrá imponer condiciones previas para que se verifique la transferencia.

Artículos 29.- Exclusiones, comunicaciones y fiscalización.- No se considera transferencia internacional de datos personales cuando un responsable efectúa operaciones de tratamiento a través de un tercero sujeto a la legislación de otro país, siempre que ese tercero efectúe las operaciones de tratamiento por encargo y bajo las instrucciones del responsable de datos de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 bis de esta ley.

El mandato o encargo señalado en el inciso anterior deberá constar a través de un contrato escrito. La realización de estas operaciones deberá ser comunicada previamente y en forma electrónica a la Agencia de Protección de Datos Personales.

La Agencia de Protección de Datos Personales fiscalizará las operaciones de transferencia o transmisión internacional de datos, pudiendo formular recomendaciones, adoptar medidas conservativas y en casos calificados, suspender temporalmente el envío de los datos.”.

10) Intercálanse los siguientes títulos VI, VII y VIII, nuevos:

Título VI

De la Agencia de Protección de Datos Personales

Artículo 30.- Agencia de Protección de Datos Personales. Créase la Agencia de Protección de Datos Personales, organismo público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de velar por el cumplimiento de la normativa relativa al tratamiento de los datos personales y su protección, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y afecto al Sistema de Alta Dirección Pública establecido

en la ley N° 19.882.

El domicilio de la Agencia de Protección de Datos Personales será la ciudad de Santiago.

Artículo 31.- Funciones y atribuciones. La Agencia de Protección de Datos Personales tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Dictar instrucciones y normas generales y obligatorias con el objeto de regular las operaciones de tratamiento de datos personales conforme a los principios establecidos en esta ley, salvo aquellos tratamientos de datos regidos por leyes especiales y sujetos a la potestad normativa de otro órgano público. Las instrucciones y normas generales que dicte la Agencia de Protección de Datos Personales deberán ser emitidas previa consulta pública efectuada a través de la página web institucional.
- b) Prestar asistencia técnica, cuando le sea requerida, al Congreso Nacional, al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, al Banco Central, al Servicio Electoral, a la Justicia Electoral y los demás tribunales especiales creados por ley, en la dictación y ejecución de las políticas y normas internas de estos organismos, con el objeto que sus operaciones y actividades de tratamiento de datos personales se realicen conforme a los principios y obligaciones establecidos en esta ley.
- c) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley respecto de las operaciones y actividades de tratamiento de datos personales.
- d) Requerir a quienes realicen tratamiento de datos personales la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus funciones normativas y fiscalizadoras.

- e) Resolver los reclamos que formulen los titulares de datos en contra de los responsables de datos por infracción a esta ley, sus reglamentos o las instrucciones y normas generales dictadas por la Agencia de Protección de Datos Personales.
- f) Ejercer la potestad sancionadora sobre las personas naturales o jurídicas, salvo los órganos públicos, que traten datos personales con infracción a esta ley e imponer las sanciones establecidas en ella.
- g) Determinar las infracciones e incumplimientos en que incurran los órganos públicos en sus operaciones de tratamiento de datos, respecto de los principios y obligaciones establecidos en esta ley.
- h) Requerir a la Contraloría General de la República que instruya los procedimientos administrativos competentes con el objeto de establecer las responsabilidades administrativas y aplicar las sanciones respectivas, al jefe superior del órgano público y a sus funcionarios, según corresponda, por infracción a los principios y obligaciones establecidos en esta ley.
- i) Desarrollar programas, proyectos y acciones de difusión, promoción e información a la ciudadanía, en relación con el respeto y protección del derecho a la vida privada y a la protección de sus datos personales.
- j) Colaborar con los órganos públicos en el diseño e implementación de políticas y acciones destinadas a velar por la protección de los datos personales y su correcto tratamiento.
- k) Celebrar convenios de cooperación y prestación de servicios con órganos públicos y desarrollar programas de asistencia técnica.

- l) Participar, recibir cooperación y colaborar con organismos públicos internacionales en materias propias de su competencia.

- m) Solicitar la representación judicial de sus intereses al Consejo de Defensa del Estado de conformidad a la ley.

- n) Certificar, registrar y supervisar los modelos de prevención de infracciones y los programas de cumplimiento y administrar el Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones.

- o) Ejercer las demás funciones y atribuciones que la ley le encomiende.

Artículo 32.- Coordinación regulatoria. Cuando la Agencia de Protección de Datos Personales deba dictar una instrucción o norma de carácter general y obligatoria que pueda tener efectos en los ámbitos de competencia del Consejo para la Transparencia, de acuerdo con las funciones y atribuciones señaladas en la ley N° 20.285, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas y asegurar la coordinación, cooperación y colaboración entre ambos órganos.

El Consejo para la Transparencia deberá evacuar el informe solicitado dentro del plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha en que hubiere recibido el requerimiento a que se refiere el inciso precedente.

La Agencia de Protección de Datos Personales considerará el contenido de la opinión del Consejo para la Transparencia expresándolo en la motivación de la instrucción o norma que dicte, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley N° 19.880. Transcurrido el plazo sin que se hubiere recibido el informe, se procederá conforme al inciso segundo del artículo 38 de dicha ley.

A su vez, cuando el Consejo para la Transparencia deba dictar una instrucción general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de la Agencia de Protección de Datos Personales, de acuerdo con las funciones y atribuciones señaladas en esta ley, el Consejo remitirá los antecedentes y requerirá informe a la Agencia de Protección de Datos Personales, quien deberá evacuarlo en el plazo de treinta días corridos, contado desde la fecha en que hubiere recibido el requerimiento. El Consejo considerará el contenido de la opinión de la Agencia de Protección de Datos Personales expresándolo en la motivación de la instrucción general que dicte al efecto.

Artículo 33.- Del Director o Directora de la Agencia de Protección de Datos Personales. La dirección y administración superior de la Agencia de Protección de Datos Personales estará a cargo de un Director o Directora, quien será el jefe superior del Servicio, nombrado por el Presidente de la República conforme al Sistema de Alta Dirección Pública regulado en el título VI de la ley N° 19.882, afecto al primer nivel jerárquico.

Son funciones y atribuciones del Director o Directora las siguientes:

- a) Velar por el respeto, defensa y protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de datos, en particular el derecho a la vida privada, promoviendo una cultura de información, educación y participación ciudadana de acuerdo con los principios y derechos establecidos en esta ley.
- b) Fiscalizar y supervigilar el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales y jurídicas con el objeto de que cumplan los principios y obligaciones establecidos en esta ley.
- c) Asesorar al Ministro o Ministra de Hacienda en el estudio y proposición de las reformas legales aplicables al tratamiento de los datos personales y su

protección.

d) Interpretar administrativamente las disposiciones legales en materia de protección y tratamiento de datos personales, dictar normas generales e impartir instrucciones para su aplicación y fiscalización.

e) Absolver las consultas sobre la aplicación e interpretación de las normas relativas a la protección de datos y su tratamiento que formulen las personas naturales y jurídicas.

f) Planificar las labores de fiscalización de la Agencia de Protección de Datos Personales y desarrollar políticas y programas que promuevan la prevención y la autorregulación.

g) Dirigir, organizar, planificar y coordinar el funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos Personales; dictar las órdenes necesarias para una marcha expedita de ésta y supervigilar el cumplimiento de las instrucciones que imparta.

h) Representar a la Agencia de Protección de Datos Personales en todos los asuntos que le competan, incluidos recursos judiciales y los recursos extraordinarios que se interpongan en contra de la Dirección con motivo de actuaciones administrativas o jurisdiccionales.

i) Presentar al Ministerio de Hacienda, antes del 31 de marzo de cada año, una memoria anual sobre la marcha de la Agencia de Protección de Datos Personales.

j) Proponer al Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Hacienda, las medidas que, a su juicio, convenga adoptar para la mejor marcha de

la Agencia de Protección de Datos Personales y desarrollar todas las iniciativas tendientes a tal fin.

Artículo 34.- Incompatibilidades e Inhabilidades. El desempeño del cargo de Director o Directora exige dedicación exclusiva y es incompatible con el desempeño de todo otro cargo o servicio, sea o no remunerado, que se preste en el sector privado. Asimismo, este cargo es incompatible con todo otro empleo o servicio retribuido con fondos fiscales o municipales, y con las funciones, remuneradas o no, de consejero, director o trabajador de instituciones públicas, organismos autónomos nacionales o extranjeros, empresas del Estado y, en general, de todo servicio público creado por ley, como, asimismo, de empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado, sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción o en las mismas condiciones, representación o participación. También es incompatible con cualquier otro servicio o empleo remunerado o gratuito en otros poderes del Estado.

El cargo de Director o Directora es compatible con el desempeño de cargos docentes en instituciones públicas o privadas reconocidas por el Estado, hasta un máximo de doce horas semanales. Del mismo modo, el Director o Directora puede desempeñarse en corporaciones o fundaciones, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, siempre que en ellas no perciba remuneración y su desempeño no sea incompatible con sus funciones.

El o la cónyuge o conviviente civil del Director o Directora y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive, no podrán ser director o directora ni tener participación en la propiedad de una empresa cuyo objeto o giro comercial verse sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales.

En todo lo no expresamente regulado en este artículo, regirán las normas del párrafo 2 del título III de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases

Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1-19653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Artículo 35.- Del personal. El personal de la Agencia de Protección de Datos Personales estará afecto a las disposiciones de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, y en materia de remuneraciones, a las normas del decreto ley N° 249, de 1974, que fija Escala Única de Sueldos, y su legislación complementaria.

En caso de ejercerse acciones judiciales por actos formales, acciones u omisiones producidos en el ejercicio de su cargo, en contra del personal de la Agencia de Protección de Datos Personales, incluido su Director o Directora, la Agencia de Protección de Datos Personales deberá proporcionarles defensa jurídica. Esta defensa se extenderá a todas aquellas acciones que se inicien en su contra por los motivos señalados, incluso después de haber cesado en el cargo.

Artículo 36.- Del patrimonio. El patrimonio de la Agencia de Protección de Datos Personales estará formado por:

- a) El aporte que se contemple anualmente en la Ley de Presupuestos de la Nación.
- b) Los bienes muebles e inmuebles que se le transfieran o que adquieran a cualquier título y por los frutos que de ellos se perciban.
- c) Las donaciones que la Agencia de Protección de Datos Personales acepte. Las donaciones no requerirán del trámite de insinuación judicial a que se refiere el artículo 1401 del Código Civil.

d) Las herencias y legados que la Agencia de Protección de Datos Personales acepte, lo que deberá hacer siempre con beneficio de inventario. Dichas asignaciones estarán exentas de toda clase de impuestos y de todo gravamen o pago que les afecten.

e) Los aportes de la cooperación internacional.

Título VII

De las infracciones y sus sanciones, de los procedimientos y de las responsabilidades de los responsables de datos

Artículo 37.- Régimen general de responsabilidad. El responsable de datos sea una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que en sus operaciones de tratamiento de datos personales infrinja los principios y obligaciones establecidos en esta ley, será sancionado de conformidad con las normas del presente título.

Párrafo Primero

De la responsabilidad por infracciones a la presente ley

Artículo 38.- Infracciones leves, graves y gravísimas. Las infracciones a los principios y obligaciones establecidos en esta ley cometidas por los responsables de datos se califican, atendida su gravedad, en leves, graves y gravísimas.

Se consideran infracciones leves las siguientes:

a) El incumplimiento total o parcial del deber de información y

transparencia.

b) No disponer de una dirección de correo electrónico o de un medio electrónico equivalente, actualizado y operativo, a través del cual los titulares de datos puedan dirigir sus comunicaciones o ejercer sus derechos.

c) No responder o responder fuera de plazo las solicitudes formuladas por el titular de datos en conformidad a esta ley.

d) No informar o no remitir a la Agencia de Protección de Datos Personales las comunicaciones previstas en esta ley o en sus reglamentos.

e) No dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Agencia de Protección de Datos Personales que no estén sancionadas específicamente como infracción grave o gravísima.

f) No efectuar el bloqueo temporal de los datos personales del titular cuando éste lo haya solicitado fundadamente o denegar la solicitud sin causa justificada.

g) Impedir el ejercicio legítimo del derecho a la portabilidad de los datos personales del titular.

h) Cometer cualquier otra infracción a los principios, deberes y obligaciones establecidas en esta ley que no sea calificada como una infracción grave o gravísima.

Se consideran infracciones graves las siguientes:

-
- a) Tratar los datos personales sin contar con el consentimiento previo del titular de datos o sin la habilitación legal correspondiente o tratarlos con una finalidad distinta de aquélla para la cual fueron recolectados.
- b) Comunicar o ceder datos personales sin el consentimiento del titular o cederlos para un fin distinto del autorizado por el titular.
- c) Vulnerar en las operaciones de tratamiento de datos que realice, en forma manifiesta, los principios de proporcionalidad, calidad, seguridad y responsabilidad.
- d) Realizar tratamiento de datos personales sensibles y de datos personales de niños, niñas y adolescentes con infracción a las normas previstas en esta ley.
- e) Realizar tratamiento de datos personales sin cumplir los requisitos establecidos para las fundaciones, asociaciones o cualquier otra entidad que no persiga fines de lucro y cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa, cultural, deportiva, sindical o gremial, respecto de los datos de sus asociados.
- f) Vulnerar el deber de secreto o confidencialidad establecido en el artículo 14 bis.
- g) Impedir u obstaculizar el ejercicio legítimo de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición del titular.
- h) No adoptar las medidas de seguridad que resulten adecuadas, necesarias y oportunas para el tratamiento de datos y que se encuentren previstas en esta ley, en el reglamento respectivo o en las instrucciones de la Agencia de

Protección de Datos Personales.

- i) No efectuar las comunicaciones o no realizar los registros correspondientes en los casos de vulneración de las medidas de seguridad, según lo establecido en el artículo 14 quinquies.

- j) Realizar operaciones de transferencia internacional de datos en contravención a las normas previstas en esta ley.

- k) Adoptar medidas de calidad y seguridad insuficientes o no idóneas para el tratamiento de datos personales con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público.

- l) Entregar información falsa, incompleta o manifiestamente errónea en el proceso de registro o certificación del modelo de prevención de infracciones.

- m) Recolectar maliciosamente a través de niños, niñas o adolescentes datos personales de integrantes de su grupo familiar.

- n) No dar cumplimiento a las instrucciones específicas y directas que le haya impartido la Agencia de Protección de Datos Personales.

Se consideran infracciones gravísimas las siguientes:

- a) Efectuar tratamiento de datos personales de manera manifiestamente fraudulenta.

- b) Destinar maliciosamente los datos personales a una finalidad distinta de

la consentida por el titular o prevista en la ley que autoriza su tratamiento.

- c) Comunicar, transmitir o ceder a terceros, a sabiendas, información no veraz, incompleta, inexacta o desactualizada del titular de datos.
- d) Vulnerar, a sabiendas, el deber de secreto o confidencialidad sobre los datos personales sensibles y datos personales relativos a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias.
- e) Comunicar o ceder a terceros, a sabiendas, datos personales sensibles sin el consentimiento del titular y en contravención a las normas dispuestas en el párrafo segundo del título II de esta ley.
- f) Tratar datos personales sensibles con manifiesta falta de diligencia o cuidado.
- g) No comunicar oportunamente, habiendo estado en conocimiento de ello y disponiendo de los medios para hacerlo, la vulneración de las medidas de seguridad que puedan afectar la confidencialidad, disponibilidad o integridad de los datos personales.
- h) Actuar con falta de diligencia o cuidado en la protección de los datos personales que conciernen a los niños, niñas y adolescentes, especialmente respecto de quienes pesa la obligación especial de cuidado de esta información y que con ocasión de ello, se han efectuado tratamientos de datos de niños, niñas y adolescentes con infracción a las normas de esta ley.

Artículo 39.- Sanciones. Las sanciones a las infracciones en que incurran los responsables de datos serán las siguientes:

- a) Las infracciones leves serán sancionadas con amonestación escrita o multa de 1 a 50 unidades tributarias mensuales.

- b) Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 51 a 500 unidades tributarias mensuales.

- c) Las infracciones gravísimas serán sancionadas con multa de 501 a 5.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 40.- Determinación del monto de las multas. La cuantía de la multa, dentro del rango asignado para cada tipo de infracción, será determinada por la Agencia de Protección de Datos Personales teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) La conducta realizada por el responsable y la naturaleza de la infracción.

- b) Si la conducta fue realizada por el responsable de datos con falta de diligencia o cuidado, a sabiendas o maliciosamente.

- c) Si el infractor es una persona natural o jurídica.

- d) Si se trata de una fundación, asociación o cualquier otra entidad que no persiga fines de lucro y cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa, sindical o gremial.

- e) En el caso de las empresas se debe tener en cuenta el monto de las ventas de la empresa infractora conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N°

20.416.

f) El perjuicio producido con motivo de la infracción, especialmente el número de titulares de datos que se vieron afectados.

g) Los beneficios obtenidos por el responsable a consecuencia de la infracción.

h) La conducta anterior del responsable, la reiteración de los hechos y el carácter continuado de la infracción.

i) La existencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad o de atenuantes calificadas.

Quando concurrán circunstancias atenuantes, la Agencia de Protección de Datos Personales estará autorizada para rebajar la sanción que corresponda a la infracción cometida dentro del rango respectivo o aplicar la sanción prevista para una infracción de menor gravedad. Quando concurrán atenuantes calificadas de responsabilidad, la Agencia de Protección de Datos Personales podrá, además, exonerar la conducta del infractor.

En caso de que exista reiteración o reincidencia, la Agencia de Protección de Datos Personales puede aplicar una multa de hasta tres veces el monto señalado en el artículo anterior, según corresponda al tipo de infracción cometida.

Se entenderá que hay reiteración o reincidencia, cuando existan dos o más sanciones ejecutoriadas impuestas en virtud de la presente ley, en un período de 24 meses.

En caso de que se verifique la concurrencia de dos o más infracciones de la misma naturaleza, se aplicará la sanción correspondiente a la infracción más grave, estimándose los hechos constitutivos de una sola infracción. Si atendida la naturaleza y gravedad de las infracciones, éstas no pueden estimarse como una sola, se acumularán las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes.

Artículo 41.- Atenuantes de responsabilidad. Se consideran circunstancias atenuantes de responsabilidad las acciones unilaterales de reparación que realice el responsable de datos y los acuerdos reparatorios convenidos con los titulares de datos afectados.

Constituyen también atenuantes de responsabilidad la conducta anterior del responsable de datos y la colaboración que preste en la investigación administrativa que practique la Agencia de Protección de Datos Personales.

Si el infractor detecta que ha cometido o está cometiendo una infracción a los principios y obligaciones que establece esta ley, podrá autodenunciarse ante la Agencia de Protección de Datos Personales. En esa misma oportunidad, el infractor deberá comunicar las medidas adoptadas para el cese de los hechos que originaron la infracción o las medidas de mitigación adoptadas, según corresponda. La autodenuncia será considerada como una atenuante calificada de responsabilidad.

También constituye una atenuante calificada de responsabilidad que el responsable acredite haber cumplido diligentemente sus deberes de dirección y supervisión para la protección de los datos personales sujetos a tratamiento, lo que se verificará con el certificado expedido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de esta ley.

Artículo 42.- Sanciones accesorias. En caso de que se impongan multas por

infracciones graves o gravísimas reiteradas y existan circunstancias debidamente justificadas, la Agencia de Protección de Datos Personales podrá disponer la suspensión de las operaciones de tratamiento de datos por parte del responsable de datos hasta por un término de 30 días.

Durante el período de suspensión, el responsable de datos deberá adoptar las medidas necesarias al objeto de adecuar sus operaciones de tratamiento a las exigencias establecidas en la presente ley, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución de la Agencia de Protección de Datos Personales que ordenó la suspensión.

Si el responsable no da cumplimiento a lo dispuesto en la resolución de suspensión, esta medida se podrá prorrogar por otros 30 días, hasta completar un período máximo de 6 meses de suspensión. De persistir el incumplimiento, el responsable no podrá volver a desarrollar actividades de tratamiento de datos personales.

Cuando la suspensión afecte a una entidad sujeta a supervisión por parte de un organismo público de carácter fiscalizador, la Agencia de Protección de Datos Personales deberá previamente poner los antecedentes en conocimiento de la autoridad regulatoria correspondiente y coordinar con ella la aplicación de la sanción con el objeto de no afectar a los usuarios del servicio que será suspendido.

Artículo 43.- Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones. Créase el Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones administrado por la Agencia de Protección de Datos Personales. El registro será público y su acceso gratuito. Se consultará y llevará en forma electrónica.

En este registro se deberán consignar a los responsables de datos que hayan

sido sancionados por infringir los principios y obligaciones establecidos de esta ley, señalar la conducta infraccionada, las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad y la sanción impuesta.

Las anotaciones en el registro serán de acceso público por el período de 5 años a contar de la fecha en que se practicó la anotación.

Artículo 44.- Prescripción. Las infracciones previstas en esta ley prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ocurrencia del hecho que originó la infracción.

En caso de infracciones continuadas, el plazo de prescripción se contará desde el día en que la infracción haya cesado.

Se interrumpe la prescripción con la notificación del inicio del procedimiento administrativo correspondiente.

Las sanciones que se impongan por una infracción a la presente ley prescriben en el plazo de dos años, contados desde la fecha en que la resolución que impone la sanción quede ejecutoriada.

Las acciones establecidas en esta ley prescribirán en el plazo de tres años.

Las acciones civiles que deriven de una infracción a la presente ley prescribirán en el plazo de tres años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la resolución administrativa o la sentencia judicial, según sea el caso, que imponga la multa respectiva.

Párrafo Segundo

De los procedimientos administrativos

Artículo 45.- Procedimiento administrativo de tutela de derechos. El titular de datos podrá reclamar ante la Agencia de Protección de Datos Personales cuando el responsable le haya denegado, en forma expresa o tácita, una solicitud en que ejerce cualquiera de los derechos que le reconoce esta ley.

La reclamación presentada se tramitará conforme a las siguientes reglas:

a) Deberá ser presentada por escrito, dentro del plazo de 10 días contado desde que reciba la respuesta negativa del responsable de datos o haya vencido el plazo que disponía el responsable para responder el requerimiento formulado por el titular. La reclamación deberá señalar la decisión impugnada, acompañar todos los antecedentes en que se funda e indicar una dirección de correo electrónico donde se practicarán las notificaciones.

b) Recibido el reclamo, la Agencia de Protección de Datos Personales, dentro de los 3 días siguientes, deberá determinar si éste cumple con los requisitos establecidos en la letra anterior para ser acogido a tramitación. La resolución de la Agencia de Protección de Datos Personales que no acoja a trámite la reclamación deberá ser fundada y se notificará al titular.

c) Acogido el reclamo a tramitación, la Agencia de Protección de Datos Personales notificará al responsable de datos, quien dispondrá de un plazo de 10 días para responder la reclamación, acompañando todos los antecedentes que estime pertinentes. Las notificaciones que se practiquen al responsable se realizarán a la dirección de correo electrónico a que alude la letra c) del artículo 14 ter.

d) Vencido este plazo, haya o no contestado el responsable de los datos, y

sólo si existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se abrirá un término probatorio de 7 días en el cual las partes pueden hacer valer todos los medios de prueba que estimen convenientes.

e) El responsable de datos en su respuesta podrá allanarse a la reclamación, en cuyo caso deberá acompañar los antecedentes o testimonios que acrediten esta circunstancia. Verificado lo anterior y notificado el titular de datos, la Agencia de Protección de Datos Personales procederá al archivo de los antecedentes, previa aplicación de la sanción, cuando correspondiere.

f) La Agencia de Protección de Datos Personales tendrá amplias facultades para solicitar antecedentes o informes que contribuyan a su resolución. Puede, asimismo, instar a las partes a alcanzar un acuerdo. Logrado un acuerdo, se archivarán los antecedentes.

g) La resolución del reclamo debe dictarse por la Agencia de Protección de Datos Personales dentro del plazo de 10 días desde recibida la respuesta del responsable de datos o desde el vencimiento de este plazo en caso de que no haya respondido, o desde el término del período probatorio, según corresponda. La resolución que resuelva el reclamo deberá ser fundada.

h) En contra de esta resolución sólo procede el recurso de reposición, el que deberá ser interpuesto dentro del plazo de 5 días contado desde su notificación. La resolución que resuelva el recurso de reposición debe dictarse en el plazo de 5 días y será reclamable judicialmente dentro del plazo de 15 días, a través del procedimiento establecido en el artículo 47.

i) La interposición del reclamo administrativo suspende las operaciones de tratamiento o cesión de los datos personales que son objeto de la reclamación.

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán supletoriamente y en lo que corresponda las normas de la ley N° 19.880.

Artículo 46.- Procedimiento administrativo por infracción de ley. El procedimiento sancionatorio por las infracciones que cometan los responsables de datos por incumplimiento o vulneración de los principios y obligaciones establecidas en esta ley será instruido por la Agencia de Protección de Datos Personales conforme a las siguientes reglas:

- a) La Agencia de Protección de Datos Personales podrá iniciar un procedimiento sancionatorio de oficio, a petición de parte, como resultado de un proceso de fiscalización o a consecuencia de una reclamación presentada por un titular de datos en virtud del procedimiento establecido en el artículo 45 de esta ley.
- b) La Agencia de Protección de Datos Personales deberá presentar una formulación de cargos en contra del responsable de datos en que describa los hechos que configuran la infracción, los principios y obligaciones incumplidos o vulnerados por el responsable, las normas legales infringidas y cualquier otro antecedente que sirva para sustentar la formulación.
- c) La formulación de cargos debe notificarse al responsable de datos a la dirección de correo electrónico señalada en la letra c) del artículo 14 ter.
- d) El responsable de datos tiene un plazo de 10 días para presentar sus descargos. En esa oportunidad el responsable de datos puede acompañar todos los antecedentes que estime pertinente para desacreditar los hechos imputados. Junto con los descargos, el responsable podrá fijar una dirección de correo electrónico distinta a la señalada en la letra c) del artículo 14 para la realización de las demás comunicaciones y notificaciones.

e) Recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Agencia de Protección de Datos Personales podrá abrir un término probatorio de 7 días, en el caso que existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

f) La Agencia de Protección de Datos Personales dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el responsable en sus descargos, siempre que sean pertinentes y necesarias. En caso de rechazo, deberá fundar su resolución.

g) Los hechos investigados y las responsabilidades de los presuntos infractores pueden acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

h) La Agencia de Protección de Datos Personales tendrá amplias facultades para solicitar antecedentes o informes que contribuyan a su resolución.

i) La resolución que ponga fin al procedimiento sancionatorio debe ser fundada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente, pronunciándose sobre cada una de las alegaciones y defensas formuladas por el responsable de datos, y contendrá la declaración de haberse configurado el incumplimiento o vulneración de los principios y obligaciones establecidos en la ley por el responsable o su absolución, según corresponda. En caso de que la Agencia de Protección de Datos Personales considere que se ha verificado la infracción, en la misma resolución ponderará las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad del infractor e impondrá la sanción, de acuerdo con la gravedad de la infracción cometida. Esta resolución debe dictarse dentro de los 20 días siguientes de recibidos los descargos, o desde el vencimiento de este plazo, en caso de que el responsable no haya respondido, o desde el término del probatorio, según corresponda.

j) La resolución que establezca el incumplimiento o vulneración a los

principios y obligaciones de esta ley y aplique la sanción correspondiente debe ser fundada. Esta resolución debe indicar también los recursos administrativos y judiciales que procedan contra ella en conformidad a esta ley, los órganos ante los que deben presentarse y el plazo para su interposición.

k) En contra de esta resolución sólo procede el recurso de reposición que debe ser interpuesto dentro del plazo de 5 días, contado desde la notificación respectiva. La resolución que resuelva el recurso de reposición debe dictarse en el plazo de 10 días y será reclamable judicialmente conforme al artículo siguiente.

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán supletoriamente y en lo que corresponda, las normas de la ley N° 19.880.

Párrafo Tercero

Del procedimiento de reclamación judicial

Artículo 47.- Reclamación judicial. Las personas naturales o jurídicas que se vean afectadas por una resolución final o de término de la Agencia de Protección de Datos Personales podrán deducir un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último. El reclamo deberá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, según las siguientes reglas:

a) El reclamante señalará en su escrito, con precisión, la resolución objeto del reclamo, la o las normas legales que se suponen infringidas, la forma en que se ha producido la infracción y, cuando procediere, las razones por las cuales el acto le perjudica. Si la reclamación no cumple con estos requisitos, la Corte podrá declararla inadmisibile.

b) El titular de datos o el responsable de estos, según corresponda, podrá

hacerse parte en el respectivo reclamo de conformidad a las normas generales.

c) La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado produzca un daño irreparable al recurrente.

d) Recibida la reclamación, la Corte requerirá de informe a la Agencia de Protección de Datos Personales, concediéndole un plazo de diez días al efecto.

e) Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se regirá por las reglas de los incidentes que contempla el Código de Procedimiento Civil.

f) Vencido el término de prueba, se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia para su inclusión en la tabla.

g) Si la Corte da lugar al reclamo en su sentencia decidirá u ordenará, según sea procedente, la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución, según corresponda.

h) Tratándose de reclamaciones en contra de una resolución que resuelve un procedimiento sancionatorio, la Corte podrá confirmar o revocar la resolución impugnada, establecer o desechar la comisión de la infracción, según corresponda y, mantener, dejar sin efecto o modificar la sanción impuesta al responsable.

i) En todo aquello no regulado por el presente artículo, regirán las normas establecidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, según corresponda.

Párrafo Cuarto

De la responsabilidad de los órganos públicos, de la autoridad o jefe superior del órgano y de sus funcionarios

Artículo 48.- Responsabilidad administrativa de la autoridad o jefe superior del órgano público. La autoridad o jefe superior de un órgano público debe velar por que el órgano respectivo realice el tratamiento de los datos personales con arreglo a los principios y obligaciones establecidos en el título IV de esta ley.

Las infracciones a los principios y obligaciones establecidos en esta ley por parte del órgano público serán sancionadas con multa de 20% a 50% de la remuneración mensual de la autoridad o jefe superior del órgano público infractor. La cuantía de la multa se determinará considerando la gravedad de la infracción, la naturaleza de los datos tratados y el número de titulares afectados.

Si el órgano público persiste en la infracción, se le aplicará a la autoridad o jefe superior del órgano público el duplo de la sanción originalmente impuesta y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

Tratándose de datos personales sensibles, la multa será del 50% de la remuneración mensual de la autoridad o jefe superior del órgano público y procederá la suspensión en el cargo de hasta treinta días.

Las infracciones en que incurra un órgano público en el tratamiento de los datos personales serán determinadas por la Agencia de Protección de Datos Personales, en virtud de una fiscalización de oficio o como resultado de un reclamo o denuncia presentada por un particular.

Las sanciones administrativas señaladas en este artículo serán aplicadas por la Contraloría General de la República, previa instrucción de una investigación

sumaria, de acuerdo con las normas de su ley orgánica. El procedimiento administrativo correspondiente podrá ser iniciado directamente por la Contraloría General de la República o a requerimiento de la Agencia de Protección de Datos Personales. En la investigación administrativa la Contraloría General de la República deberá tomar en consideración el informe emanado de la Agencia de Protección de Datos Personales.

En la determinación de la responsabilidad administrativa de la autoridad o jefe superior del órgano público se deben considerar las circunstancias que atenúan su responsabilidad, especialmente la establecida en el inciso final del artículo 41.

Las sanciones previstas en este artículo deberán ser publicadas en el sitio web de la Agencia de Protección de Datos Personales y del respectivo órgano o servicio, conforme al artículo 7 de la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde que la respectiva resolución quede firme.

Artículo 49.- Responsabilidad del funcionario infractor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, si en el informe elaborado por la Agencia de Protección de Datos Personales o en el procedimiento de investigación sumaria o en el sumario administrativo que instruye la Contraloría General de la República, se determina que existen responsabilidades individuales de uno o más funcionarios del órgano público, la Contraloría General de la República iniciará una investigación sumaria para determinar las responsabilidades de dichos funcionarios o lo hará en el procedimiento administrativo ya iniciado. Las sanciones a los funcionarios infractores serán determinadas de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.834.

En caso de que el procedimiento administrativo correspondiente determine que cualquiera de los funcionarios involucrados es responsable de alguna de las infracciones graves o gravísimas señaladas en el artículo 38 de esta ley, esta

conducta se considerará una falta grave a la probidad administrativa. En tales circunstancias, se podrá multar a estos funcionarios por hasta el doble del beneficio pecuniario obtenido mediante la infracción. En el evento de que no sea posible determinar el beneficio económico obtenido por los infractores, se podrá aplicar una multa de hasta el 50% de la remuneración mensual del funcionario.

Artículo 50.- Deberes de reserva y confidencialidad. Los funcionarios de los órganos públicos que traten datos personales, y especialmente cuando se refieran a datos personales sensibles o datos relativos a la comisión y sanción de infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias, deben guardar secreto o confidencialidad respecto de la información que tomen conocimiento en el ejercicio de sus cargos y abstenerse de usar dicha información con una finalidad distinta de la que corresponda a las funciones legales del órgano público respectivo, o utilizarla en beneficio propio o de terceros. Para efectos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 125 de la ley N° 18.834, se estimará que los hechos que configuran infracciones a esta disposición vulneran gravemente el principio de probidad administrativa, sin perjuicio de las demás sanciones y responsabilidades que procedan.

Párrafo Quinto

De la responsabilidad civil

Artículo 51.- Norma general. El responsable de datos deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que cause al o los titulares, cuando en sus operaciones de tratamiento de datos infrinja los principios y obligaciones establecidos en esta ley y les cause daño, sin perjuicio de los demás derechos que concede esta ley al o los titulares de datos.

La acción indemnizatoria señalada en el inciso anterior podrá interponerse una vez ejecutoriada la resolución que resolvió favorablemente el reclamo interpuesto ante la Agencia de Protección de Datos Personales o la sentencia se

encuentre firme y ejecutoriada, en caso de haber presentado un reclamo judicial, y se tramitará de conformidad a las normas generales del Código de Procedimiento Civil.

Párrafo Sexto

Del modelo de prevención de infracciones

Artículo 52.- Modelo de prevención de infracciones. Los responsables de datos sean personas naturales o entidades o personas jurídicas, públicas o privadas, podrán adoptar modelos de prevención de infracciones que deben contener, a lo menos, los siguientes elementos:

a) Designación de un encargado de prevención o delegado de protección de datos personales.

b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

El responsable de datos debe disponer que el encargado de prevención cuente con los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, debiendo otorgarle los recursos materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la entidad.

c) Establecimiento de un programa de cumplimiento que deberá contemplar, a lo menos, lo siguiente:

i) La identificación del tipo de información que trata, el ámbito jurisdiccional en que opera, la categoría, clase o tipos de datos o bases de datos que administra, la caracterización de los titulares de datos y el o los lugares donde residen estos últimos.

- ii) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de las infracciones señaladas en el artículo 38.
- iii) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en la letra anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de las referidas infracciones.
- iv) Mecanismos de reporte hacia las autoridades para el caso de contravenir lo dispuesto en la presente ley.
- v) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades de las personas que incumplan el sistema de prevención de infracciones.

d) Supervisión y certificación del modelo de prevención de infracciones.

La regulación interna a que dé lugar la implementación del modelo y el programa, en su caso, deberán ser incorporados expresamente como una obligación en los contratos de trabajo o de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de las entidades que actúen como responsables de datos o los terceros que efectúen el tratamiento, incluidos los máximos ejecutivos de la misma, o bien, como una obligación del reglamento interno del que trata el artículo 153 y siguientes del Código del Trabajo. En este último caso, se deben realizar las medidas de publicidad establecidas en el artículo 156 del mismo Código.

Artículo 53.-Certificación, registro, supervisión del modelo de prevención de infracciones y reglamento. La Agencia de Protección de Datos Personales será la entidad encargada de certificar que el modelo de prevención de infracciones y el

programa de cumplimiento reúna los requisitos y elementos establecidos en la ley y su reglamento, y supervisarlos.

La Agencia de Protección de Datos Personales creará un registro público en que consten las entidades que posean una certificación y aquellas cuya certificación sea revocada.

Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda y suscrito por el Ministro o Ministra Secretario General de la Presidencia y por el Ministro o Ministra de Economía, Fomento y Turismo, establecerá los requisitos, modalidades y procedimientos para la implementación, certificación, registro y supervisión de los modelos de prevención de infracciones y los programas de cumplimiento.

Artículo 54.- Atenuante especial por prevención de infracciones. Los responsables de datos que incurran en alguna de las infracciones previstas en el artículo 38 podrán atenuar su responsabilidad si acreditan haber cumplido diligentemente sus deberes de dirección y supervisión para la protección de los datos personales bajo su responsabilidad o tratamiento.

Se considera que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión de la infracción, los responsables de datos hubieren adoptado e implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir infracciones, lo que deberá constar en un certificado emitido por la Agencia de Protección de Datos Personales.

Artículo 55.- Vigencia de los certificados. Los certificados expedidos por la Agencia de Protección de Datos Personales tendrán una vigencia de tres años.

Sin perjuicio de lo anterior, quedarán sin efecto en los siguientes casos:

- a) Por revocación efectuada por la Agencia de Protección de Datos Personales.
- b) Por fallecimiento del responsable de datos en caso de tratarse de una persona natural o por disolución de la persona jurídica.
- c) Por resolución judicial ejecutoriada.
- d) Por cese voluntario de la actividad del responsable de datos.

El término de vigencia de un certificado por alguna de las causales señaladas precedentemente será inoponible a terceros mientras no sea eliminado del registro.

Artículo 56.- Revocación de la certificación. La Agencia de Protección de Datos Personales puede revocar la certificación indicada en los artículos precedentes si el responsable no da cumplimiento a lo establecido en este párrafo. Con este objeto la Agencia de Protección de Datos Personales podrá requerir toda aquella información que fuere necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Los responsables pueden exceptuarse de entregar la información solicitada cuando ésta esté amparada por una obligación de secreto o confidencialidad, debiendo acreditar dicha circunstancia.

El incumplimiento en la entrega de la información requerida, así como la entrega de información falsa, incompleta o manifiestamente errónea será sancionado en conformidad con esta ley.

Cuando un certificado haya sido revocado por la Agencia de Protección de Datos Personales para volver a solicitarlo el responsable de datos debe acreditar

fehacientemente que la causal que dio origen a su revocación ha sido subsanada.

Título VIII

Del tratamiento de datos personales por el Congreso Nacional, el Poder Judicial y organismos públicos dotados de autonomía constitucional

Artículo 57.- Regla general del tratamiento de datos personales. Es lícito el tratamiento de los datos personales que efectúan el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Servicio Electoral y la Justicia Electoral, y los demás tribunales especiales creados por ley, cuando se realiza para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad a las normas especiales que se establecen en sus respectivas leyes orgánicas y a las disposiciones del título IV de esta ley aplicables a los órganos públicos, con excepción de lo dispuesto en el artículo 14 quinquies. En esas condiciones, estas instituciones y organismos detentan la calidad de responsables de datos y no requieren el consentimiento del titular para efectuar el tratamiento de sus datos personales.

Corresponde a los órganos internos de las instituciones y organismos señalados en el inciso anterior ejercer las funciones y adoptar las decisiones que esta ley encomienda a la Agencia de Protección de Datos Personales.

Las autoridades superiores de los órganos internos de estas instituciones deberán dictar las políticas, normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a los principios y obligaciones establecidos en esta ley, especialmente aquellas que permitan el ejercicio de los derechos que se reconocen a los titulares de datos y las que fijan los estándares o condiciones mínimas de control, seguridad y resguardo que se deben observar en el tratamiento de los datos personales, pudiendo requerir para ello la asistencia técnica de la Agencia de Protección de Datos Personales. Asimismo, las autoridades de estos órganos ejercerán la potestad

disciplinaria respecto de sus funcionarios, en relación con las infracciones que se produzcan en el tratamiento de los datos personales.

Las instituciones y órganos señalados en este artículo no estarán sujetos a la regulación, fiscalización o supervigilancia de la Agencia de Protección de Datos Personales.

Artículo 58.- Ejercicio de los derechos y reclamaciones. Los titulares de datos ejercerán los derechos que le reconoce esta ley ante el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Servicio Electoral y la Justicia Electoral, y los demás tribunales especiales creados por ley, de acuerdo con los procedimientos que dispongan estas instituciones y organismos para estos efectos, de conformidad a lo señalado en el artículo anterior.

En caso que el Congreso Nacional, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Banco Central o el Servicio Electoral denieguen injustificada o arbitrariamente el ejercicio de un derecho reconocido por esta ley a un titular de datos, o bien infrinjan algún principio, deber u obligación establecida en ella, causándole perjuicio, el titular que se vea agraviado o afectado por la decisión del organismo, podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones, de acuerdo al procedimiento dispuesto en el artículo 47 de esta ley.

Las autoridades superiores del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, de la Justicia Electoral y de los demás tribunales especiales creados por ley, deberán asegurarse de que en el tratamiento de los datos personales que realizan estas instituciones se cumplen estrictamente con los principios y deberes, y se respeten los derechos de los titulares establecidos en esta ley, adoptando las medidas de fiscalización y control interno que resulten necesarias y adecuadas para esta finalidad.”.

11) Intercálase en el título final, antes del actual artículo 24, que pasó a ser 59, el siguiente artículo 59, nuevo, pasando el actual artículo 24 a ser artículo 60:

“Artículo 59.- Reglamentos. Sin perjuicio de los reglamentos específicos que se señalan en el texto de esta ley, a través de uno o más reglamentos del Ministerio de Hacienda y suscritos por el Ministro o Ministra Secretario General de la Presidencia, se establecerán las demás normas necesarias para la ejecución de la presente ley.”.

Artículo segundo.- Reemplázase 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, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, por el siguiente:

“m) Velar por la protección de los datos de carácter personal con sujeción a lo dispuesto en la ley N° 19.628, en los ámbitos de la transparencia de la función pública y el acceso a la información.”.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

Artículo primero transitorio.- Las modificaciones a las leyes N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y N° 20.285, sobre acceso a la información pública, contenidas en el artículo primero y segundo, respectivamente, de la presente ley, entrarán en vigor el día primero del mes décimo tercero posterior a la publicación de la presente ley en el Diario Oficial.

Artículo segundo transitorio.- Las bases de datos constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley deberán adecuarse a los términos previstos en ella dentro del plazo de cuarenta y ocho meses, contado desde su entrada en vigor. Con todo, los titulares de datos podrán ejercer los derechos que les

confiere esta ley ante el responsable de datos, a partir de la entrada en vigor de la ley.

Artículo tercero transitorio.- Los reglamentos referidos en la presente ley deberán dictarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Artículo cuarto transitorio.- Dentro de los sesenta días anteriores a la entrada en vigor de las modificaciones a la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, contenida en el artículo primero de la presente ley, el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá eliminar el registro de bases de datos personales contemplado en el actual artículo 22 de la ley N° 19.628.

Artículo quinto transitorio.- Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de nueve meses contado de la fecha de publicación de esta ley, establezca mediante uno o más decretos con fuerza de ley, expedidos a través del Ministerio de Hacienda, las normas necesarias para regular las siguientes materias:

1) Fijar la planta de personal de la Agencia de Protección de Datos Personales y dictar todas las normas necesarias para la adecuada estructuración y operación de ésta. En especial, podrá determinar los grados y niveles de la Escala Única de Sueldos que se asignen a dichas plantas; el número de cargos para cada grado y planta; los requisitos específicos para el ingreso y promoción de dichos cargos; sus denominaciones y los niveles jerárquicos, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el título VI de la ley N° 19.882 y en el artículo 8 de la ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Asimismo, determinará las normas necesarias para la aplicación de la asignación de modernización de la ley N° 19.553 en su aplicación transitoria.

2) Determinar la dotación máxima del personal de la Agencia de Protección de Datos Personales, a cuyo respecto no regirá la limitación establecida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

3) Determinar la fecha para la entrada en vigor de las plantas que fije y la iniciación de actividades de la Agencia de Protección de Datos Personales.

Artículo sexto transitorio.- El Presidente de la República, por decreto expedido por intermedio del Ministerio de Hacienda, conformará el primer presupuesto de la Agencia de Protección de Datos Personales, y transferirá a ella los fondos necesarios para que se cumplan sus funciones, pudiendo al efecto crear, suprimir o modificar los capítulos, asignaciones, ítem y glosas presupuestarias que sean pertinentes.

Artículo séptimo transitorio.- Dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la presente ley, se deberá convocar al concurso público para el nombramiento del primer director o directora de la Agencia de Protección de Datos Personales, conforme al Sistema de Alta Dirección Pública regulado en la ley N° 19.882. El Presidente de la República podrá nombrar al Director o Directora de la Agencia de Protección de Datos Personales antes de la fecha en que ésta inicie sus actividades, para efectos de la instalación de esta. En tanto no inicie sus actividades dicha Agencia, la remuneración del Director, grado 1C, de la Escala Única de Sueldos, se financiará con cargo a la Partida del Presupuesto del Ministerio de Hacienda, Capítulo 01, Programa 01.

Artículo octavo transitorio.- Los órganos públicos que establezcan un encargado de prevención o delegado de protección de datos personales deberán designar a un funcionario de la dotación vigente del respectivo organismo.

Artículo noveno transitorio.- El mayor gasto que irroque la aplicación de esta ley en el transcurso del primer año presupuestario de vigencia será financiado con reasignaciones del presupuesto del Ministerio de Hacienda, y en lo que faltare con cargo a recursos del Tesoro Público. Para los años siguientes se estará a lo que indique la Ley de Presupuestos respectiva.”.

COMENTARIOS

En nuestra opinión y, analizado el proyecto en conjunto con el estado de avance refundido con las modificaciones pendientes a la ley N° 19.628 que busca destrabar, y, además teniendo en vista la regulación en curso de los neuro derechos en nuestra constitución y legislación es que estimamos favorable la concreción de esta iniciativa que se viene trabajando y es mejor eso que nada ya que eso es algo que a futuro se puede perfeccionar e ir moldeando proactivamente ante una necesidad ya instalada y urgente.

3. PROYECCIONES

Atendido que, en materia de protección de datos personales, en Chile, pese a la dictación de la ley N° 19.628, y al actual proyecto de reforma a la ley N° 19.628, aún está pendiente el tema de la protección de datos personales, ello amerita de importantes modificaciones legales y desarrollos reglamentarios sistémicos, en coordinación con los dos proyectos de reforma al artículo 19 N° 4 de la Constitución Política recientemente analizados.

Establecida la pertinente modificación a la ley N° 19.628, incorporada la referida garantía constitucional y establecida una Agencia de Protección de Datos Personales, -que concentre las funciones de registro y control de las bases de datos, y que se aboque al resguardo de los derechos de las personas-, se podrá afianzar en Chile una verdadera protección de las personas, vía tutela de su

autodeterminación informativa.

Hacia allá apuntan los esfuerzos del legislador nacional, y que se estima que en la medida avancen y se coordinen los respectivos proyectos, permitirán establecer un sistema de protección de datos personales en base al reconocimiento de un nuevo derecho fundamental autónomo de tercera generación, (*autodeterminación informativa*), donde el titular cuente con la facultad para acceder a cierta información relevante que le concierne, para ejercitar otras facultades, y hacer efectivo este derecho -e instrumentalmente garantizar otros-, existiendo al efecto un órgano de control independiente, que mantenga registros y cumpla un rol fiscalizador de esta normativa.

Estimamos que el reconocimiento del derecho de acceso a los datos debe pasar necesariamente por la obligación correlativa de registro previo al tratamiento de éstos ante un órgano autónomo de fiscalización, para poder hacer operativa, a través de la acción constitucional una efectiva *libertad informática y/o autodeterminación informativa*, pero no el Consejo de Transparencia.

Lo señalado, debería apuntar, a poner en sintonía -vía reforma legal- el estatuto de la vida privada y bases de datos en Chile en la ley N° 19.628.

Por lo anterior, estimamos que todos estos proyectos de reforma deben tramitarse conjuntamente para evitar la dispersión de esfuerzos y posible descoordinación.

Creemos que apelando -en su aplicación al plano jurídico- a la teoría lingüística estructural sostenida por FERDINAND DE SAUSSURE¹⁰⁵, estos proyectos podrán

¹⁰⁵ La teoría lingüística estructural, se refiere al estudio de las relaciones entre los elementos que forman parte del sistema, proyectado, según la tesis de Saussure, al estudio de "la vida de los signos en el seno de la vida social", lo que apuntado al tema en análisis va determinando cómo ciertas estructuras primarias se van consolidando en el tiempo, y al mismo tiempo otras van cayendo en la inoperancia y son reemplazadas por otras más idóneas, generando un avance sobre la marcha, que no implica necesariamente la destrucción o reemplazo de todas las estructuras anteriores. Adaptación de fuente [http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_\(lingüística\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_(lingüística)), visitada el 06.05.2009.

evolucionar hasta lograr consolidarse y establecer finalmente en Chile, una verdadera protección de las personas vía tutela de su autodeterminación informativa.

Todo ello exige -como señala el profesor HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ-, que el Estado intervenga positivamente en la materia, resguardando este derecho de autodeterminación informativa y estableciendo garantías jurisdiccionales que lo protejan, como ocurre, por ejemplo, con la acción de habeas data en el derecho comparado¹⁰⁶.

2) Enseguida, mediante Oficio N° 183-369, de 7 de octubre de 2021, S.E. el Presidente de la República, Mensaje de 2021 planteó una serie de observaciones y, asimismo, propuso la creación de una Agencia de Protección de Datos propuestas y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública el que se adjuntó y modificó la propuesta contenida en el Boletín N° 11. 144 -07 refundido con: 11092-07.

El citado proyecto como podremos ver ha suscitado una serie de críticas ya que se aleja de la propia propuesta inicial del ejecutivo en los términos que se señalarán más adelante.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Al respecto el profesor Emilio Oñate, decano Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central ha señalado en una entrevista concedida al diario La tercera el día 10 de octubre de 2021, en síntesis, que considerando los 27 países que integran la Unión Europea más el Reino Unido y que cuentan con agencias encargadas para la protección de datos, 22 países de la Unión estructuran

¹⁰⁶ NOGUERA ALCALÁ Humberto, "Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del habeas data", en *Ius et Praxis*, año 3, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, pág. 265.

sus agencias para la regulación de la protección de datos bajo el sistema único.

En contrapartida, sólo seis países del bloque estructuran sus entidades de control bajo el sistema mixto, son el caso de Alemania, Reino Unido, Hungría, Eslovenia, Estonia y Malta.

Agrega que es importante consignar que con la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016/679 RGPD (a mediados del año 2018), los países debieron adaptar sus legislaciones internas para armonizarlas con esa normativa general, no obstante, no alteraron la forma en que se estructuraron sus agencias de control, por cuanto ambos sistemas, el único y el mixto, aseguran el estándar de cumplimiento exigido por el RGPD.

Entre los 36 países que integran la OCDE, se observa una prevalencia del sistema único, considerando incluso los países europeos que integran o no dicho bloque.

De los 27 países europeos 22 adoptan un sistema único, lo que porcentualmente representa un 81.4% versus un 19.6% que opta por el sistema mixto.

Por su parte, en el caso de los países de América integrantes de la OCDE y que cuentan con autoridades de control en la materia, Canadá adopta un sistema único, mientras México uno mixto, a los que se suma Colombia con su reciente incorporación al bloque OCDE, donde la Superintendencia de Industria y Comercio, que, si bien regula otras materias tales como protección del consumidor o propiedad industrial, para estos efectos es un sistema único.

Complementando su información precisa que en el caso de Oceanía, Australia opta por un sistema mixto y Nueva Zelanda por un sistema único.

En el caso de Asia, Corea y Japón adoptaron un sistema mixto por lo que todos los países de ese continente que integran la OCDE tienen entidades de control que abordan conjuntamente acceso a la información pública y protección de datos.

En la Red Iberoamericana de Protección de Datos se observa que entre los países que la integran, cuatro adhieren a un sistema único, como es el caso de Andorra, España, Colombia y Costa Rica, y también cuatro países estructuran sus autoridades de control bajo el sistema mixto, como es el caso de Argentina, México, Perú y Uruguay.

Por consiguiente, se muestra un equilibrio en el diseño institucional a diferencia de lo que ocurre en la UE y en la OCDE. Sin embargo, pareciera que la adhesión a un modelo mixto a nivel iberoamericano ha sido una tendencia en los últimos años.

En efecto, México desde el año 2010 mediante la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares, agregó a las funciones que hasta ese entonces desarrollaba el Instituto Federal de Acceso a la Información las de protección de datos personales.

De igual forma, Argentina en el año 2016, creó la Agencia de Acceso a la Información Pública a quien atribuyó conjuntamente las funciones de garantizar el acceso a la información pública y la protección de datos personales.

También Costa Rica en el año 2011 crea la autoridad de control. España en el año 2013 mediante la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública creó el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, manteniendo las funciones en protección de datos que desde el año 1994 desempeña la Agencia Española de Protección de Datos de forma exclusiva.

Como puede apreciarse, en definitiva, de la revisión realizada a la configuración de las autoridades de control en Europa, en la OCDE e Iberoamérica, si bien es difícil establecer un patrón común en su forma de estructuración, es posible colegir algunas consideraciones iniciales las que deben ser complementadas por diversos factores, tales como idiosincrasia, sistema jurídico (romanista o Common law), régimen de gobierno, aspectos demográficos e incluso económicos.

Las consideraciones preliminares que pueden efectuarse al tenor de lo expuesto son:

- a) Evidentemente son mayoritarios los sistemas únicos en que la autoridad de control se estructura exclusivamente para regular la protección de datos de carácter personal.
- b) Si bien los sistemas únicos son mayoritarios, países que ejercen una importante influencia, tanto económica como política en sus respectivos bloques, han optado por sistemas mixtos. Tal es el caso de Alemania y Reino Unido en Europa y, México y Argentina en Latinoamérica.
- c) En la mayoría de los países en que existe un sistema mixto, las entidades o agencias de control primero han regulado exclusivamente la protección de datos personales y luego a través de reformas institucionales han asumido la función de tutelar también el derecho de acceso a la información pública.

Ese es el caso por ejemplo de Australia con la Office of the Australian Information Commissioner OAIC, cuya ley de 1998 le asignó competencias en materia de protección de datos personales y luego en el año 2010 se le asignaron funciones en materia de derecho de acceso a la información pública.

Lo mismo ocurre con el Reino Unido, ya que la Information Commissioner's Office ICO, asume la protección de datos personales en el año 1998 con la Data Protection Act, la que es modificada en el año 2004 por la Freedom of Information Act and data protection Act asumiendo el sistema mixto.

A nivel latinoamericano ocurre algo similar, Argentina primero crea en el año 2001 la Dirección Nacional de Protección de Datos y luego en el año 2016, crea la Agencia de Acceso a la Información Pública que se configura en un sistema mixto.

Así también ocurre en Perú que primero crea la Dirección de Protección de Datos y luego la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información, adscribiendo ambas al Ministerio de Justicia-Dirección General de Transparencia, Acceso a la información y Protección de Datos.

Afirma, el citado decano en su entrevista que al respecto que “es de esperar que este reciente anuncio de instalar una Autoridad de Control en Protección de Datos considere la experiencia mundial acumulada y sobre todo avance en generar un mecanismo que tutele adecuadamente uno de los derechos fundamentales más trascendentales del siglo XXI como es el de la autodeterminación informativa, a fin de cuentas, los ciudadanos, titulares de los datos, no podemos seguir en la indefensión”.

Por nuestra parte, estimamos que **habrá** que estar vigilantes al resultado final de este proyecto ya que una mala regulación permitiría continuar con el abuso del tráfico de datos, afectando la vida cotidiana de las personas, pues a partir de la recolección de datos en el entorno digital, las empresas arman perfiles que se comercializan indiscriminadamente. Se suma a ello el hecho de que, en general, si es que alguien hace una mala utilización de los datos en Chile, no recibe sanción.

Creemos que en medio del debate de la Convención Constituyente, y luego

de que en septiembre el Presidente Sebastián Piñera enviara sus indicaciones creando una Agencia de Protección de Datos Personales, se debe tratar el asunto en la nueva Constitución, pues ella incide en serios riesgos para la democracia si no se logra limitar una recolección masiva y desregulada de datos.

Las multas primariamente planteadas son de hasta 10 UTM. y 10 UTM lo que hoy significan cerca de \$500.000 pesos chilenos, lo que las hace muy bajas, considerando que en general se han informado de casos donde la compra y venta de bases de datos ha costado un par de cientos de millones de pesos.

Ahora bien, si bien es cierto algunos avances se han llevado a cabo a partir del año 2018 cuando se introdujo el tantas veces aludido cambio en nuestra Constitución, al artículo 19, en su numeral 4°, incorporando a los derechos fundamentales de los chilenos a la protección de sus datos personales, esto no ha logrado permear en términos prácticos su protección en los tribunales pues las cortes han seguido fallando lo mismo de siempre, con los mismos errores, en especial en cuanto al no reconocimiento del derecho al olvido en nuestro país

Así, este proyecto de ley para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, en actual tramitación en el Senado, cuenta con un consenso general en que necesitamos una autoridad de control, la discusión que se ha planteado históricamente es quién se hace cargo del tema destacando para ello dos corrientes, por una parte, están los que abogan porque sea el Consejo para la Transparencia (CPLT), creado en virtud de la Ley N° 20.285, como un órgano encargado de velar por la Transparencia Pública en 2008, siendo dicho el organismo el que se encargue de velar por la protección de datos personales y de la otra vereda, los que consideran más positivo la creación de una agencia nueva.

En el evento que terminen siendo dos órganos, uno con competencia en datos, y otro con competencia en el acceso a la información pública, eventualmente se podrían llegar a decisiones contradictorias, no conciliables. y cuando ello suceda quien tendría que resolver serían son las Cortes de Apelaciones.

Este es un tema, como ya se adelantó, en la Convención Constituyente en actual trabajo, ya ha mostrado algunos indicios de duda según se vieron en la discusión reglamentaria, en orden a que estamos en un momento de transición, y el nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnologizada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Así las cosas, cabe considerar que el texto convencional implicaría deberá garantizar, primero, el derecho a la conectividad, garantizar accesibilidad y que los sistemas y plataformas que permiten la implementación de las relaciones entre el Estado y los particulares sean seguros, confiables e íntegros”, pues se debe entender el derecho a la privacidad como un derecho colectivo, clave para la democracia”.

Otro tema en que será de suma importancia como se delinee al final esta agencia de protección de datos es respecto del caso de beneficiarios de subvenciones estatales y la trazabilidad a partir de la recolección de datos personales que se realiza y plantea una cuestión de derechos fundamentales que en derecho comparado y en específico de la autodeterminación informativa plantea el correcto ejercicio del denominado derecho al olvido, que aunque no es el tema de este libro se analizará al referirnos a como se han establecido en la Constitución Alemana y de España que han logrado un buen estándar de protección.

2. ALCANCES ESPERADOS DE CARA AL PROYECTO REFUNDIDO EN ACTUAL TRAMITACIÓN CON LA INDICACIÓN PRESIDENCIAL.

Respecto de la reforma a la ley N° 19.628, estimamos que su necesaria reformulación pasa, en todo caso, por el necesario reconocimiento del derecho de acceso a los datos y la obligación correlativa de registro previo al tratamiento de éstos

ante un Órgano autónomo de fiscalización, para poder hacer operativo a través del habeas data el ejercicio de un efectivo derecho autónomo de tercera generación, (protección de datos personales, *libertad informática y/o autodeterminación informativa*) que actúe como garante de otros derechos fundamentales de primera y segunda generación como son la intimidad y el honor.

En concordancia con lo que hemos planteado, se deberán complementar los últimos dos esfuerzos por regular el derecho a la privacidad en una perspectiva integradora con la norma incorporada al artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar la existencia de una institucionalidad conformada por la Agencia de Protección de datos, como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal para lograr la eficacia de las normas que buscan su modificación a fin de actualizarla y hacerla operativa (Boletín N° 11.144 - 07 Refundido con el 11092-07), en actual tramitación.

5. CONCLUSIONES

Hay que estar vigilantes al resultado final de este proyecto ya que una mala regulación permitiría continuar con el abuso del tráfico de datos, afectando la vida cotidiana de las personas, pues a partir de la recolección de datos en el entorno digital, las empresas arman perfiles que se comercializan indiscriminadamente. Se suma a ello el hecho de que, en general, si es que alguien hace una mala utilización de los datos en Chile, no recibe sanción.

Creemos que en medio del debate de la Convención Constituyente, y luego de que [en septiembre el Presidente Sebastián Piñera enviara](#) sus indicaciones creando una Agencia de Protección de Datos Personales, se debe tratar el asunto en la nueva Constitución, pues ella incide en serios riesgos para la democracia si no se logra limitar una recolección masiva y desregulada de datos.

Las multas primariamente planteadas son de hasta 10 UTM. y 10 UTM lo que hoy significan cerca de \$500.000 pesos chilenos, lo que las hace muy bajas, considerando que en general se han informado de casos donde la compra y venta de bases de datos ha costado un par de cientos de millones de pesos.

Ahora bien, si bien es cierto algunos avances se han llevado a cabo a partir del año 2018 cuando se introdujo el tantas veces aludido cambio en nuestra Constitución, al artículo 19, en su numeral 4°, incorporando a los derechos fundamentales de los chilenos a la protección de sus datos personales, esto no ha logrado permear en términos prácticos su protección en los tribunales pues las cortes han seguido fallando lo mismo de siempre, con los mismos errores, en especial en cuanto al no reconocimiento del derecho al olvido en nuestro país

Así, este proyecto de ley para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, en actual tramitación en el Senado cuenta con un consenso general en que necesitamos una autoridad de control, la discusión que se ha planteado históricamente es quién se hace cargo del tema destacando para ello dos corrientes, por una parte, están los que abogan porque sea el Consejo para la Transparencia (CPLT), creado en virtud de la Ley N° 20.285, como un órgano encargado de velar por la Transparencia Pública en 2008, siendo dicho el organismo el que se encargue de velar por la protección de datos personales y de la otra vereda, los que consideran más positivo la creación de una agencia nueva.

En el evento que terminen siendo dos órganos, uno con competencia en datos, y otro con competencia en el acceso a la información pública, eventualmente se podrían llegar a decisiones contradictorias, no conciliables. y cuando ello suceda quien tendría que resolver serían son las Cortes de Apelaciones.

Este es un tema, como ya se adelantó, en la Convención Constituyente en actual trabajo, ya ha mostrado algunos indicios de duda según se vieron en la discusión reglamentaria, en orden a que estamos en un momento de transición, y el

nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnolozada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Por su parte, y en lo relativo a la aplicación del denominado “derecho al olvido” en nuestro país, tan controvertido en general, no hay que dejar de lado que, en base a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por Chile, la Constitución Política y lleve de nuestro país, tos medios periodísticos en internet (llamados también prensa digital”) están jurídicamente obligados a supnmr la información personal de las personas a naturales de sus ediciones online cuando ya no exista fundamento legal que justifique su permanencia.

La supresión de contenidos referentes a personas naturales de Internet tenía precedentes y sabíamos de autores que hablaban del derecho al olvido en Internet, e incluso que en nuestro país se han dictado sentencias que se ocupaban de ello, todas basadas directa o indirectamente en el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del año 2014, que es clave en la materia, dictado en el caso "Google Spain S.L., Google inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González".

Como recordarán en el somero análisis que hicimos en capítulos anteriores, al examinar la señalada sentencia se hicieron evidentes dos cosas: ella se refería a la desindexación de contenidos por los motores de búsqueda en Internet, en específico Google Search, y no al borrado de contenidos por los medios de prensa digitales y, además, que el tribunal nunca habla de la existencia de un derecho al olvido ni lo construye, contrariamente a lo que informaban los medios periodísticos, sino que lo que dice es que las normas nacionales sobre protección de datos personales también son aplicables a Internet, en particular en aquellos países en que las empresas realicen operaciones de tratamiento de datos, y que el hecho de publicar datos personales en la red se considera también una operación de

tratamiento de datos personales.

El tema de fondo es que, en Chile, al igual que en Europa y numerosos países, también existe legislación en materia de protección de datos personales, la que está radicada principal pero no únicamente en la Ley N° 19.628 (que regula dicho mercado), y dichas leyes reconocen el derecho a la autodeterminación informativa que tienen todas las personas naturales.

Y en ese desarrollo de la autodeterminación informativa, o facultad y poder de control del flujo de datos personales por su propio titular, precisamente el señalado cuerpo legal contempla la existencia de un derecho de cancelación de datos personales, esto es, a exigir la destrucción de los datos almacenados en cualquier registro o banco de datos cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal, debiendo el propio responsable del banco o registro de datos personales proceder a la eliminación de los mismos, incluso sin necesidad de requerimiento del titular.

En cuanto a la duda en cuanto a que si los datos personales están contenidos en un medio periodístico, ¿cuándo la publicación de una noticia pierde su fundamento legal, debemos hacer presente que el consenso en la doctrina y las decisiones jurisprudenciales están bastante alineadas en cuanto a que lo que justifica la investigación, construcción, publicación y difusión de una noticia (y en definitiva, el régimen jurídico privilegiado de la prensa), es que el objeto de la libertad de información son los hechos veraces y noticiables (incluso susceptibles de comprobación) relevantes públicamente, esto es, que interesan a la sociedad en interés público detrás de la difusión de cada noticia.

Así, el interés público decaerá se extinguirá con el paso del tiempo, especialmente considerando que en las noticias en formato digital, por regla general y las actuales prácticas, perderán el fundamento que justificó su publicación mientras todavía permanecen publicadas: con el paso el tiempo no solo dejan de ser "noticias", sino que también perderán el interés público que justifica su permanencia en Internet.

En armonía con lo expuesto, cabe recordar que las libertades de informar, que se regulan por la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, que su vez se desarrolla el artículo 19 N° 12 de la Constitución, sobre protección de la libertad de emitir opinión y la de informar, que encontramos que ese artículo 1° de la ley N° 19.628, no estaban consideradas como excepción en la moción original presentador el senador Cantuarias.

En efecto, fue incorporada en forma bastante posterior, pero no por razones de dogmática jurídica o por la relevancia del derecho a la libertad de opinión e información, sino para eludir la disposición constitucional que les obliga a contar con mayoría absoluta de los votos de todos los diputados y senadores en ejercicio para aprobar materias propias de ley de quorum calificado, como son referidas a la libertad de prensa: optaron por decir que a dicho derecho no se le aplicaba esta ley, y así aprobarla con la simple mayoría de los votos.

Es por ello por lo que, como dijimos anteriormente: en la medida que las noticias no sean de interés público, la protección constitucional del derecho a informar desaparece o se atenúa respecto de los demás derechos en juego, según han establecido la doctrina y la jurisprudencia de diversos tribunales, incluida la Corte Suprema de Justicia, cuestión que ocurre incluso por el mero transcurso del tiempo.

Por cierto, hay excepciones, como son todos aquellos casos en que el interés público se mantiene a pesar de los años, como son los crímenes de lesa humanidad, la información personal de quienes detentan poder sobre los demás en una sociedad o la información vinculada a hechos de relevancia histórica, pero dichos casos constituyen la excepción y no la regla general.

Tal vez la dificultad más concreta que se ha presentado al respecto por parte de nuestros tribunales superiores al respecto ha sido que muchas acciones de protección que invocan este derecho lo hacen apelando a el como “derecho al olvido”

bajo su nombre de fantasía o mediático con que los periodistas y los usuarios de Internet le han dado, pero que no es otro derecho ni una categoría. Jurídica distinta del derecho de cancelación (o ahora de supresión en los derechos PROSA) de datos personales, contemplado expresamente en los artículos 2° y 6° de la Ley N° 19.628, lo que generalmente hizo que fueran rechazados bajo la argumentación de que el derecho al olvido no existe en nuestra legislación positiva, sin operar al respecto una interpretación armónica de la referida norma en nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, desde 2018, la incorporación del tantas veces citado numeral 4 al artículo 19, de nuestra carta fundamental, reconociendo el derecho a la autodeterminación informativa el camino para su aplicación se allanó bastante el camino, aunque, las sentencias que se han dictado en nuestro país han llegado a establecer la relación entre el derecho constitucional a la protección de datos y la ley de protección de datos personales, son escasas.

Sin perjuicio de lo anterior, es esperable que, -cualquiera sea la forma y figura-, con que materialice la creación de una Agencia de Protección de datos en nuestro país, será otro gran paso para el fortalecimiento de la normativa general de protección de datos del llamado derecho al olvido

Lo anterior, fluye es indispensable, por cuanto nuestro derecho a controlar nuestros propios datos es imposible si no tenemos la facultad de exigir jurídicamente la supresión de estos cuando las operaciones de tratamiento de datos que se hacen con ellos se apartan de las leyes.

Con todo, ello no es óbice para que no se cumpla con el centro fundacional de la resolución de estas dos garantías constitucionales en conflicto entre el derecho al respeto y protección de los datos personales y la libertad de emitir opinión e informar, no cabe hacer dudas a que se trata de situaciones ante las cuales hay que hacer un ejercicio de ponderación de derechos y qué criterios utilizar al momento de aplicar al caso concreto ambos bienes jurídicamente tasados en conflicto.

Para ello, como ya se señaló en el cuerpo de este libro, se debe tener presente que si bien el derecho de cancelación de datos no es absoluto se deben considerar criterios que den cuenta de la relevancia pública de los intervinientes, como el cumplimiento de las condenas judiciales, al tiempo transcurrido desde la publicación de las noticias la veracidad y exactitud de estas, y la vida social y laboral de los afectados con un enfoque de reinserción en social dejar de tener presente el permitirá dilucidar el triunfo criterio transversal de la memoria o del olvido, en el interés público.

Finalmente, otro elemento de ponderación está en la correcta armonía de ambas garantías con lo señalado en el artículo 1° de nuestra Constitución Política en cuanto se señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, poniendo con ello a la dignidad de la persona y luego, de su familia, en el centro del constitucionalismo actual, de manera que todo resultado a que arriben los criterios y la ponderación de estos intereses relevantes debidamente tasados debe apuntar al predominio del concepto de dignidad humana.

Protección de los Neuroderechos

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. 1. INTRODUCCIÓN
 2. 2. CONTEXTO DEL DESARROLLO DE LAS NEUROCIENCIAS
 3. 3. LOS NEURODERECHOS Y SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD,
 4. INTEGRIDAD PSÍQUICA Y FÍSICA Y CONFIDENCIALIDAD DEL DATO MÉDICO
 5. 4. PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA
 6. 5. CONCLUSIONES.
-

INTRODUCCIÓN.

Los avances de la ciencia y la tecnología encierran necesariamente ese riesgo e impactan a las sociedades de una manera muchas veces poco previsible. Este impacto puede influir en distintos y variados aspectos tanto político, social, económico en incluso ético.

Este fenómeno está ocurriendo con la tecnología computacional y los límites de la privacidad, en un mundo donde se transfieren voluntariamente datos a sistemas cuyo dominio escapa del control de quien lo aporta, o bien con los alcances de la decodificación del genoma humano y los nuevos desafíos éticos y sociales que plantea la posibilidad de editar dicha información y modelar la evolución genética a los fines que persiga.

Las neurotecnologías, a su vez están revolucionando el mundo en todos los aspectos que el ser humano sea capaz de imaginar. La exploración y decodificación del cerebro humano trae aparejado necesariamente un cambio de paradigma que trae consigo externalidades positivas y negativas.

La ciencia médica se ha encargado de realizar distintas investigaciones y el desarrollo de las tecnologías necesarias para el estudio del cerebro, a llevado a descifrar su funcionamiento, llegando el estado actual del arte a tener la capacidad de extraer información del cerebro, modificar las capacidades motoras y cognitivas de las personas así como también tener la capacidad de influir en la toma de decisiones de los individuos.

Al avanzar la neurotecnología tan rápido, corresponde al mundo del Derecho la propuesta de una regulación, que tenga la virtud de asegurar que la integridad humana no se verá afectada por el desarrollo y aplicación de las neurociencias en la vida actual.

En Chile, se ha avanzado en este contexto, proponiendo sendas reformas legislativas, que tienen por objeto una reforma constitucional para incorporar al catálogo de Derechos Fundamentales de la Carta Magna los neuroderechos.

Atendido lo expuesto, en esta investigación proponemos analizar las reformas constitucionales producidas en Chile y su impacto en la legislación actual.

En un primer apartado analizaremos, a grandes rasgos, el contexto general del desarrollo de las neurociencias evidenciando la capacidad que tiene esta tecnología para involucrarse y modificar distintas capacidades humanas.

Luego, continuaremos analizando detalladamente las reformas propuestas en Chile.

Concluiremos señalando que la técnica utilizada por el legislador, de incluir en el catálogo de derechos fundamentales la regulación de los neuroderechos no es la más conveniente desde un punto de vista de coherencia legislativa, sosteniendo que los neuroderechos deberían contener una regulación diferenciada y autónoma

de los mismos.

II. CONTEXTO DEL DESARROLLO DE LAS NEUROCIENCIAS

1. ¿Dónde estamos?

La neurociencia hace más de una década ha probado que estos avances son reales. Ya el 2004¹⁰⁷, una persona se sometió a una cirugía para la instalación de un receptor que tiene la capacidad de descifrar colores infrarrojos y ultravioletas, lo que permite percibir imágenes, videos, música y llamadas de aparatos externos sin conexión alámbrica. Luego, en 2011, por medio del uso de Inteligencia Artificial, se logró realizar un mapeo de la información que los ojos humanos enviaban al cerebro, para así poder descifrar imágenes en las que el humano está pensando. Este hecho supuso el comienzo de una era en que la barrera de la integración cerebro-máquina es cada vez menos difusa, o derechamente inexistente.

Actualmente la tecnología de lectura de cerebros, tanto invasiva como no invasiva, es una realidad, así se ha experimentando con un paciente que presentaba parálisis del cuello hacia abajo, al cual se le implantaron electrodos en los músculos de los brazos del paciente, conectados a una computadora que cumplía la función de médula espinal artificial, con lo que se logró fortalecer la musculatura de los brazos con cargas eléctricas, permitiendo a la persona alimentarse y beber agua por sí mismo hasta su lamentable fallecimiento en 2017.

Del mismo modo, se encuentra actualmente en desarrollo tecnologías que permiten que las personas puedan recuperar las sensaciones de estímulos físicos logrando transmitir información sensorial captada por un brazo robótico hacia el cerebro de un voluntario, quien se encontraba con parálisis del pecho hacia abajo. La máquina debe recalibrarse constantemente para ajustarse a las señales del

¹⁰⁷ <http://web.mit.edu/digitalapollo/Documents/Chapter1/cyborgs.pdf>

cerebro, ya que estas cambian a diario, tal fenómeno genera la sensación de un cosquilleo eléctrico, lo que demuestra la capacidad de reconocer la sensación del robot como propia, desdibujando los límites máquina y humano.

Enfermedades como el Párkinson han tenido una renovación en sus tratamientos, puesto que el tratamiento farmacológico tradicional deja de surtir efecto con el tiempo. La neurotecnología permite aliviar el padecimiento a través de la estimulación cerebral con electrodos, mejorando la calidad de vida del paciente, permitiéndoles ganar movilidad y control del habla.

En otro caso, a través de implantes sensoriales para monitorear las partes del cerebro involucradas en el habla, se consiguió identificar hasta con un 97% de precisión, las palabras que pronunciaron los voluntarios de la investigación. Un interesante y riesgoso avance hacia la lectura cerebral, que puede usarse para el bien de la sociedad, por ejemplo, en pacientes con disfunciones motoras. Un uso menos noble sería la obtención de datos de manera involuntaria de los pacientes.

Un experimento científico que impacta el mundo de la neurociencia es el control de deseos y manejo de ansiedad, en donde se desarrolló un algoritmo capaz de reconocer señales producidas por el cerebro de personas obesas, ante la pérdida de control cuando se les quita un alimento. Este estudio tenía por finalidad generar conocimiento para suprimir ese deseo, y esperando a futuro utilizarlo para controlar adicciones al alcohol, cocaína y otras sustancias adictivas. Sin embargo, no es difícil imaginarse que se use en el sentido opuesto, para generar adicciones, lo que ciertamente traería aparejadas consecuencias no deseables para la sociedad.

En otros estudios de los resultados registrados en pacientes con Párkinson señalaron sentirse más agresivos ante la intervención de la máquina; pacientes con depresión señalaron cuestionarse su propia existencia. En 2014, se transmitió un pensamiento de “hola” a más de siete mil kilómetros de distancia. Si bien los individuos que recibían el mensaje no recibían la palabra como un audio, sí recibieron

un código morse interpretado por una inteligencia artificial, que los receptores debían descifrar.

Otro caso está constituido por la empresa Visión Integral, que, junto con ofrecer un diagnóstico preciso sobre patologías, ofrece intervenciones que permiten mejoras fisiológicas en sus clientes, como superar la ansiedad, eliminar malos hábitos tales como morderse las uñas, mejorar la concentración, acelerar las capacidades de aprendizaje y procesamiento cognitivo.

Actualmente, cuando estas empresas de *big data* utilizan el aprendizaje automático de su software, recopilan información del usuario en sus servidores para analizar cómo se utiliza un bien o servicio específico y así poder entrenar algoritmos en datos agregados y por tanto, tener la potencialidad de predecir comportamientos. Esta recopilación de información se utiliza para perfeccionar mecanismos de captura del tiempo de los usuarios cada vez más eficiente.

Hoy en día millones de personas se someten inconscientemente a la entrega de contenido a los algoritmos que decodifican la mente humana, en un intercambio de datos en dos direcciones, la persona recibe el contenido de su preferencia y la máquina las preferencias del usuario. A gran escala y en conjunto con las tecnologías que se han tratado, este intercambio acelerará la próxima revolución industrial, en la que se pondrá en riesgo la noción de persona y las bases mismas del libre albedrío.

Son innumerables los casos en que la neurotecnología se ha utilizado para el aumento de las capacidades humanas, tanto cognitivas como motoras, lo que ciertamente produce un beneficio a la sociedad, permitiendo el avance en la ciencia médica con el objeto de recuperar la salud de pacientes.

Sin embargo lo anterior, debemos llamar la atención que estamos frente a una ciencia altamente invasiva, que tiene capacidades nunca vistas en la sociedad,

por lo que su regulación más allá de los aspectos éticos resulta fundamental para la mantención de la integridad humana.

No podemos sino concordar con la idea general de que la ciencia médica debe estar al servicio de la persona humana, y en ese contexto, todo avance que ayude a las personas a recuperar su salud o mejorar su calidad de vida son sino deseables, necesarias.

Ahora bien, estos avances médicos no pueden desarrollarse de forma libre, sin limitaciones claras en cuanto a sus objetivos y resultados.

Cuando decimos que nos encontramos frente a una tecnología altamente invasiva, queremos graficar el hecho de que las neurotecnologías pueden alterar capacidades motoras o cognitivas del ser humano, puede predecir y manipular comportamiento, puede estimular determinadas áreas del cerebro para obtener respuestas específicas, todo sin que sea necesario, al menos desde la práctica, el consentimiento del usuario -y/o paciente-.

De esta forma, las neurotecnologías deben propender al desarrollo de toda ciencia o tecnología que permita a las personas gozar de una salud plena, más no se puede, so pretexto de sostener el avance médico, interferir en la toma de decisiones, obtención de datos -sea consentido o no-, o el aumento de capacidades motoras que no tengan como único y exclusivo objeto la recuperación de la salud.

En el centro del debate de las neurotecnologías se encuentra el analizar de forma casuística su posible operación y valorar el contenido ético de su uso.

Sin embargo lo anterior, creemos del todo necesario centrar el punto del análisis no sólo en los aspectos éticos de esta nueva ciencia, sino que, en su aspecto eminentemente práctico.

Más allá de si determinado acto se encuentra reñido con las reglas de la ética o moral de cada sociedad, lo que ciertamente será un debate necesario, lo realmente importante es ver hasta donde se deben utilizar estas neurotecnologías.

Los riesgos de la neurociencia y la necesidad de su regulación.

Uno de los problemas que podríamos identificar fácil e inicialmente sería el acceso a estas nuevas tecnologías. Es sabido que las tecnologías que se producen inicialmente en un campo, al no ser masivas, generan altos costos en investigación y desarrollo, lo que se traduce en el traspaso de estos costos a los consumidores finales. Lo anterior permitiría concluir en un razonamiento lineal que quienes podrán acceder a estas nuevas tecnologías serán las personas que tengan una capacidad económica que permita este acceso.

En el contexto de las neurotecnologías, estamos hablando de *productos* que tienen por objeto la recuperación y conservación de la salud, en términos generales, por lo que los avances en tecnología de escritura cerebral suponen un gran logro en medicina y que sin embargo generan una gran preocupación cuando esta tecnología llegue al mercado, puesto que se trataría de tecnología al alcance de unos pocos, que podría aumentar las brechas sociales entre quienes pueden costear tratamientos de escritura cerebral, permitiendo mejorarse a sí mismos con mayor rapidez, o facilitando su aprendizaje, contra quienes deban seguir atendiendo a los métodos convencionales, estableciendo la división entre humanos y metahumanos.

En este contexto los avances en neurociencia significan un gran paso para la medicina y las capacidades humanas, sin embargo, supone un inimaginable riesgo para la conservación de la integridad humana.

Un posible hardware que sea capaz de leer todo el cerebro humano sería

una máquina con la capacidad de realizar búsquedas según nuestros pensamientos, mostrándonos imágenes según la lectura cerebral, y en base a esos pensamientos ofrecer la publicidad que mejor se ajuste a nuestros deseos, violando por completo la privacidad de nuestra mente, lo que traerá como consecuencia la completa anulación de la autodeterminación informativa.

Para adelantarse a avances como este o una posible división entre humanos y metahumanos, fue que, en 2017, un grupo de veinticuatro personas ligadas a la neurociencia, inteligencia artificial, bioética y representantes de los proyectos BRAIN¹⁰⁸ de Estados Unidos, Europa, China, Japón, Australia, Canadá e Israel, realizaron un llamado a través de la revista Nature, para formular una declaración **de derechos humanos que visibilice los derechos neuronales**, antes que la tecnología de escritura de cerebros se masifique. En su llamado, plantean que la información de los cerebros debe ser protegida como datos médicos, encontrándose libre de explotación con fines de lucro.

A pesar de reconocer el esfuerzo de la ciencia médica en orden a que se regulen los derechos neuronales previo a que la tecnología se masifique, no podemos sino estar en contra de la pretensión formulada en la declaración.

No es posible, como analizaremos más adelante, asimilar los derechos neuronales a la información protegida como datos médicos. Profundizaremos en esta afirmación más adelante, por mientras, dos comentarios.

Primero, se debe realizar un acabado estudio, por las universidades e intelectuales de la filosofía, la ciencia y el derecho, para descubrir cual es la naturaleza jurídica de los derechos neuronales.

¹⁰⁸ The White House Brain Initiative. Brain research through advancing innovatives neurotechnologies. [Internet] [citado el 3 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.whitehouse.gov/share/brain-initiative>.

Pareciera ser que la tendencia de los estudiosos es asimilar los derechos neuronales con los clásicos derechos humanos y/o derechos fundamentales, lo que consideramos un error.

Segundo, que la “parte médica” del uso de los derechos neuronales no tendría porque tener una regulación especial -en cuanto a datos sensibles- a la que tiene la regulación basal de la confidencialidad de los datos médicos. Es decir, el diagnóstico y tratamiento, por ejemplo, de una persona con VIH, es igual de confidencial que un tratamiento con neurotecnologías, puesto que no cambia la naturaleza jurídica y el bien jurídico protegido de la información que se pretende cautelar. Sólo cambia la tecnología con la cual se trata la enfermedad, más no la información.

Pese a este llamado, sostienen los autores, hoy en día la neurotecnología ya se está abriendo un espacio en el mercado tecnológico. En España la empresa Bitbrain, en cooperación con el sector público, privado y académico, se encuentra desarrollando sistemas de hardware que faciliten la recolección de datos del cuerpo humano, con el fin de impulsar la investigación del comportamiento humano, mejorar la salud de los individuos, y desarrollar softwares para interfaces cerebro-computadora.

La necesidad de regulación de las neurociencias y la declaración de la OEA.

La necesidad de regular las neurociencias, debido a los evidentes riesgos que produce su desarrollo fue evidenciada a través de la “Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las américas”¹⁰⁹, el cual se celebró en el 99º período

¹⁰⁹ Declaración del comité jurídico interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: Nuevos desafíos jurídicos para las américas. 11 de agosto de 2021, CJI/DEC: 01 (XCIX-0/21). http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf

ordinario de sesiones que se realizó durante los días 2 al 11 de agosto de 2021.

El texto reconoce las preocupaciones que las neurociencias y neurotecnologías tienen en principios derechos y libertades de las personas, las que según la declaración, son *“la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la privacidad e intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el acceso a remedios, la igualdad ante la ley, así como a la protección judicial en caso de daños, entre otros”*¹¹⁰.

El organismo internacional entiende que el desarrollo de la neurociencia en general tiene la virtud de generar preocupaciones en los derechos y libertades antes señalados.

En este contexto, podemos reconocer que la OEA adopta una declaración que busca:

1. Condicionamiento de la personalidad y pérdida de autonomía;
2. Intervenciones legítimas en materias de salud, integridad física y mental;
3. Privacidad mental y protección de datos neuronales obtenidos a partir del uso de neurotecnologías;
4. Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías;

¹¹⁰ Declaración del comité jurídico interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: Nuevos desafíos jurídicos para las Américas. 11 de agosto de 2021, CJI/DEC: 01 (XCIX-0/21). pp 1.

5. Libertad de expresión y acceso a la información pública;
6. Recomendaciones para los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico;

Condiciones de la personalidad y pérdida de autonomía.

La Declaración aclara que la libertad personal está protegida en los instrumentos interamericanos e incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones en absoluta libertad. Así el marco jurídico interamericano ampara la autonomía de las personas, entendida como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad, el control de las funciones corporales y de las decisiones, y el establecimiento de las relaciones interpersonales que libremente desee. La libertad personal protegida en los instrumentos interamericanos incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

Sin embargo, el Comité Jurídico de la OEA entendió que *“el vertiginoso avance de las neurotecnologías, especialmente aquellas para uso no médico, nos enfrenta a la posibilidad de que esta autonomía se vea en riesgo por el uso indiscriminado y no regulado de aplicaciones o dispositivos tecnológicos”*.

Continúa la declaración señalando:

“La ausencia de regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como sus alcances e impactos, genera un riesgo de manipulación ilegítima de emociones, sentimientos y decisiones desde quienes produzcan estas tecnologías y/o controlen los grandes sistemas de inteligencia artificial, que decodifican la información neuronal. Asimismo, el uso de estas neurotecnologías puede llegar a romper la última

frontera natural de la persona, su intimidad mental, y con ello afectar la dignidad e identidad de cada ser humano”.

Del texto que propone la OEA, podemos desprender a lo menos una cuestión implícita en su forma de abordar el problema: existe una delgada línea entre las libertades clásicas y las derivadas de las neurotecnologías.

Ya se reconoce que el marco jurídico interamericano protege las libertades clásicas del libre desarrollo de la personalidad humana y todas sus derivadas¹¹¹, sin embargo lo anterior se manifiesta una preocupación por la desaparición de estas libertades – y por tanto, la ineficacia de las protecciones hasta ahora existentes en la materia- por el avance y desarrollo de las neurotecnologías.

Así, la OEA insta por la necesidad de buscar regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como de sus consecuencias¹¹².

Entendemos que la OEA sostiene la insuficiencia del marco regulatorio que protege las libertades individuales por lo cual insta al desarrollo de regulaciones específicas respecto a las neurotecnologías, dejando en evidencia, al menos de forma intrínseca, que neuroderechos y libertades clásicas son cuestiones de naturaleza distinta

Esta diferencia entre todas las libertades, garantías y derechos protegidos por los distintos instrumentos tanto internacionales como nacionales, y lo que se busca proteger respecto al avance de la neurociencia interesa para determinar la naturaleza jurídica de los neuroderechos.

¹¹¹ Ibid, pp. 2.

¹¹² Ibid, pp. 3.

Intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental.

Los cuestionamientos sobre intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental de la OEA generan dispersión de ideas entre las garantías en actual protección en materias de salud y este nuevo grupo de derechos que surgen a propósito del desarrollo de las neurociencias.

Ya en legislaciones tanto nacionales como extranjeras existe una rigurosa regulación respecto al secreto médico y el consentimiento informado, derechos de los pacientes en actual protección.

Sin embargo lo anterior, pareciera ser que la OEA entiende que esta protección actual y vigente de los derechos antes señalados no cubrirían los riesgos por el uso de la neurociencia en las personas.

A modo de contexto, señala la OEA:

“La salud ha sido entendida como un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedades, destaca la Declaración, que dentro de los contenidos de exigibilidad inmediata del derecho a la salud se encuentran el derecho al consentimiento informado frente a cualquier intervención médica en el cuerpo (en relación con el derecho de acceso a la información); y el derecho al secreto médico respecto de todo aspecto vinculado a la atención en salud (referente al derecho a la vida privada).”¹¹³

La preocupación del Comité Jurídico de la OEA que recae en el ámbito de las neurotecnologías(especialmente aquellas de uso no médico), dice relación con la falta de estándares y normativas claras que garanticen información adecuada, la

¹¹³ Ibid, pp. 4.

voluntariedad, la preservación de la libertad y autoconciencia, la determinación del grado de riesgos asumibles, y el secreto del contenido de los datos de la actividad cerebral. En ese sentido, se afirma que:

“En el ámbito de las neurotecnologías (especialmente aquellas de uso no médico), no se cuenta con estándares y normativas claras que garanticen información adecuada, la voluntariedad, la preservación de la libertad y autoconciencia, la determinación del grado de riesgos asumibles, y el secreto del contenido de los datos de la actividad cerebral. Los usos de las neurotecnologías para la curación de enfermedades serán siempre legítimos. Sin embargo, es problemático determinar qué es enfermedad en algunos casos, qué es mejora de defectos o insuficiencias, y qué es potenciación o aumento cognitivo, lo que puede generar vacíos legislativos y regulatorios que impacten en los derechos de las personas”¹¹⁴

La dispersión de ideas que antes anunciamos dice relación con que pareciera ser que la declaración entiende que a pesar de existir regulaciones en relación con el secreto médico y al consentimiento informados, estas serían insuficientes o ineficientes respecto a las neurotecnologías, neurociencias y su uso médico.

Algunas ideas respecto de lo anterior:

Primero, que si miramos el fin último del secreto médico lo que se busca proteger es la confidencialidad de la información, que llevado al plano de los derechos fundamentales, encontraría su fundamento en el derecho a la privacidad y dignidad y privacidad humana.

Desde este punto de vista, el bien jurídico protegido es la privacidad, o dicho de otra forma, la expectativa de privacidad respecto a determinadas informaciones,

¹¹⁴ Ibid, pp. 2.

como el secreto médico.

En atención a lo anterior, lo importante es la información y la expectativa de privacidad que tenga el paciente respecto a su información médica, lo que le da forma a la protección como confidencial del secreto médico y el consentimiento informado.

Ahora bien, si pensamos en las preocupaciones que plantea la OEA, dicen relación con lo mismo, es decir, con la forma en que se van a tratar los datos que se obtengan a través del uso de médico de las neurotecnologías.

Por lo anterior es que no se entiende como el hecho de cambiar la forma de obtener información puede alterar la naturaleza del bien jurídico protegido al punto de necesitar todo un cuerpo normativo distinto que regule la materia en específico, como lo propone la OEA respecto a la protección de datos en el contexto del uso de las neurotecnologías.

Creemos que lo anterior se debe a una suerte de confusión de conceptos, por un lado, entre lo que son los neuroderechos, y por tanto, porqué se tendrían que regular, y por el otro, como estas neurotecnologías pueden tener la potencialidad de afectar los clásicos derechos fundamentales y/o humanos, los que ciertamente ya tienen protección.

La protección de la privacidad se caracteriza por que las personas queden exentas e inmunes a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o del propio Estado a su cerebro, y por consiguiente, a la información radicada en el.

Así, la Declaración anticipa que el sistema interamericano de derechos humanos reconoce que este derecho implica una protección frente a interferencias en la esfera más íntima de las personas, abarca una serie de factores relacionados

con la dignidad del individuo y ha alertado que ciertos progresos o el desarrollo de determinadas herramientas tecnológicas pueden poner en riesgo el derecho a la vida privada.

En este sentido:

“Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano ha aprobado los “Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales” (CJI/doc. 638/21), estableciendo que los datos personales sólo pueden ser recopilados y usados para finalidades legítimas, debiéndose “adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas” para los datos más sensibles, como pueden ser en este caso los datos neuronales, que, “si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal ... o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona”. [115](#).

Sin embargo lo anterior, continuando el texto con sus contradicciones, parte la declaración con manifestar la necesidad de una regulación específica para la privacidad en el contexto del uso y desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías.

Aún más, la declaración ha reconocido la necesidad de adecuar a los tiempos actuales, las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada. Al parecer se está sugiriendo que son cosas distintas.

El desarrollo y aplicaciones de las neurotecnologías puede conducir al condicionamiento de la personalidad ya la pérdida de autonomía de las personas, y en ese marco, una de las preocupaciones más urgentes tiene que ver con las conductas maliciosas de quienes acceden a los datos de la actividad cerebral de las personas con fines de penetrar en su mente, condicionarla o aprovecharse de tal

¹¹⁵ Ibid, pp. 3.

conocimiento. En este sentido, es necesario buscar respuestas frente a la falta de desarrollo e implementación de un marco normativo específico de la protección de la privacidad de los datos neuronales, tanto conscientes como inconscientes.

Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías:

El principio de igualdad y no discriminación es la base fundamental del marco jurídico interamericano y su contenido incorpora dos grandes dimensiones: una protección contra diferencias en el trato arbitrario y una obligación de adoptar medidas positivas para asegurar condiciones de igualdad sustantiva de grupos históricamente excluidos y discriminados. Esto incluye tomar en cuenta que ciertas normas o prácticas pueden tener impactos adversos y desproporcionados en ciertos grupos tradicionalmente desaventajados o profundizar las desigualdades ya existentes.

Las enormes desigualdades económicas y sociales son una barrera para compartir los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

No obstante, la Declaración consideró que los desarrollos y las aplicaciones neurotecnológicas pueden generar brechas en el acceso a las mismas, con los consecuentes impactos en materia de discriminación, particularmente en lo que respecta a las tecnologías que buscan el aumento de la capacidad motora y cognitiva en el ser humano. En este sentido, varios factores crean barreras significativas para acceder a los tratamientos, especialmente en el mundo en desarrollo. Asimismo declara que no existen medidas legales, éticas y técnicas que anticipen, prevengan e impidan el uso discriminatorio y la imposición de sesgos de estas neurotecnologías.

Finalmente se establece que tanto el acceso a las neurotecnologías como sus aplicaciones e interconexiones con la IA, pueden tener impacto en materia de

igualdad y no discriminación.

En este contexto, estos problemas que denuncia la OEA respecto a lo que podemos denominar como “acceso a las neurotecnologías” ¿en que se diferencia del acceso, por ejemplo, a la salud o a la educación?

El problema técnico jurídico que la OEA no contempla dice relación con que el derecho a la igualdad, no discriminación arbitraria, salud, etc., ya se encuentran con fuertes regulaciones. En el caso de Chile, se encuentran amparados por las normas constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que no se entiende la razón de que, so pretexto de respetar la igualdad y la no discriminación, se pretenda o se sugiera establecer un derecho que permita el acceso al uso de las neurotecnologías.

Ahora bien, en estados de corte liberal, en la cual los estados tienen un rol subsidiario a las actividades de los privados, convendría entrar en la vieja discusión sobre la exigibilidad del acceso a la nueva tecnología producida por el desarrollo de las neurociencias.

Libertad de expresión y acceso a la información pública:

El Comité Jurídico de la OEA entendió que la irrupción de las neurotecnologías plantea algunas preocupaciones en relación con el control y monitoreo que los ciudadanos y medios de comunicación pueden tener respecto de ellas:

“Las neurotecnologías, así como las herramientas de IA utilizadas, deben ser inteligibles para los desarrolladores, profesionales médicos, pacientes, usuarios y reguladores. Al respecto, genera inquietud que no existan estándares que aseguren la transparencia de dichas tecnologías y que habiliten un debate público sobre su

diseño y riesgos. Además, la proliferación de noticias falsas o especulativas acerca de las neurotecnologías y sus implicancias, que exageren tanto de efectos positivos como negativos, podrían constituir una barrera para un debate público informado”¹¹⁶.

Sin embargo lo anterior, los derechos de libertad de expresión y acceso a la información pública encuentran amplia regulación en el escenario nacional e internacional, por lo que siguiendo con las observaciones antes formuladas al documento señalado.

Otra recomendación que la comisión entrega a los distintos estamentos de la Sociedad dentro de los cuales se encuentran los derivados a los Estados que servirán de base para el desarrollo de una política con miras al futuro de poder regular todo lo relativo a las neurotecnologías es que se involucren, el texto es el siguiente:

“Recomendaciones para los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico:

Los avances de la neurociencia y el desarrollo de las neurotecnologías requieren de una reflexión profunda por parte de todos los actores, y la adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar común. Por ello, el involucramiento de los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, resulta esencial:

Llamado a los Estados

a. Anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas

¹¹⁶ Ídem pp4.

suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico interamericano.

b. Adoptar medidas que eviten impactos negativos de estas tecnologías en grupos vulnerables o desaventajados, así como promover iguales condiciones de acceso a neurotecnologías que generen un beneficio para la salud y para la calidad de vida de las personas.

c. Impulsar acciones de política pública que generen conciencia y educación sobre los beneficios y riesgos de las neurotecnologías, enfatizando el rol en esta materia de los ministerios o entidades responsables de fomentar y fortalecer la ciencia, la tecnología, la innovación y la educación, sin perjuicio del involucramiento de otras entidades estatales.

d. Establecer que el uso de las tecnologías basadas en interfaces cerebro-computadora solo deberán perseguir finalidades legítimas, prohibiéndose su uso para fines de control social, vigilancia masiva de los ciudadanos o de puntaje social (scoring social)”.

Con las críticas aquí señaladas no queremos sostener de ninguna forma que los neuroderechos deben no ser regulados, por el contrario.

Si realizamos estas críticas es con el firme deseo de contribuir con un debate centrado en los puntos que realmente tienen relevancia, por lo que lo que pretendemos aquí es llamar la atención al error, en nuestra opinión, conceptual en el que ha incurrido la OEA al confundir los neuroderechos con especies o subespecies de derechos fundamentales.

Ya lo vimos en cuanto a los ejemplos de privacidad o libertad de expresión, derechos que tienen larga data y que lo único que podría alterar el desarrollo de las

neurotecnologías sería el vehículo con el cual se vulneran, más no el derecho vulnerado.

Ya podemos sostener, de forma inicial, que la regulación de los neuroderechos en este contexto parece mas coherente si no se intenta encajar, a la fuerza, en la categoría de derechos fundamentales.

Y siempre va a haber un cabo suelto al tratar de asimilar los neuroderechos con los derechos fundamentales, pues los segundos derivan de la naturaleza humana y son reconocidos por el estado. Los primeros, en cambio, derivan de la creación humana y el uso de la tecnología, por lo que deben ser, por consecuencia, creados por el estado más no reconocidos.

Un ejemplo claro del error que venimos anunciando se dio en Chile, a propósito de los esfuerzos legislativos en el contexto de regular los neuroderechos que a continuación exponemos.

Los esfuerzos legislativos en Chile

Siguiendo la línea de argumentación, que anunciamos a propósito del análisis que realizamos al texto presentado por la OEA, la moción N° 13827-19 ingresada por los senadores Girardi, Goic, Chahuán, Coloma y de Urresti que propone la modificación del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental para proteger la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías, sigue este mismo camino.

El objeto de este proyecto es regular el contenido y estructura de la reforma constitucional que consagrara la protección de la integridad y la indemnidad mental en relación con el desarrollo de las neurotecnologías, proponiendo el concepto de neuroderechos en dos dimensiones. La primera, la protección de la privacidad

mental, y la segunda, el derecho a la identidad y mantención de la individualidad de las personas.

El origen de la propuesta de consagrar y regular estos derechos encuentran sus fundamentos en las investigaciones que ha desarrollado el Doctor Rafael Yuste quien, junto a Sara Goering, han liderado, a través del Morningside Group¹¹⁷, las propuestas más consensuadas y avanzadas sobre cómo se deben enfrentar a los riesgos aparejados al magnífico descubrimiento del cerebro humano, con acento en la necesidad de desarrollar la ciencia en un marco regulatorio que reconozca cinco nuevos derechos humanos: derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas), a la identidad y autonomía personal, al libre albedrío y a la autodeterminación, al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades) y a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones.

Esto además ser avalado por importantes publicaciones científicas recomiendan firmemente incorporar cláusulas que protejan los denominados “neuroderechos” en instrumentos internacionales del más alto nivel, planteando abiertamente la necesidad de abogar por una convención internacional que defina las acciones que se considerarán prohibidas en relación a las neurotecnologías e inteligencia artificial, similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

De esta forma esta propuesta debe ser asumida desde el derecho en una forma íntegra y neutra, considerando las normas, principios y valores que buscan, de manera transversal, dar respuesta efectiva a la protección de los nuevos derechos fundamentales que nacen a la luz del avance de las ciencias y tecnologías, y cuyos resultados y consecuencias ya pueden ser vistos en el campo de la medicina como, por ejemplo, los implantes cocleares (para la audición), o el “diccionario cerebral”

¹¹⁷ Yuste, R, Goering, S. más 23 investigadoras e investigadores “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI” Nature, Vol 551, Issue 7679, nov 2017.

creado para traducir pensamientos a imágenes y palabras, que busca conectar a los humanos a la red por interfaces cerebro-computador.

Así es requisito fundamental la participación del mundo científico y académico, por medio de la creación de una Comisión Nacional de Neurotecnología e Inteligencia Artificial, formada por neurocientíficos, desarrolladores de tecnología, investigadores de universidades y centros de extensión, quienes están directamente conectados con la contingencia y avances de la neurociencia y neurotecnología.

Por otro lado el proyecto de ley avanza en definiciones de la neurotecnología, calificándola como el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso. Estos dispositivos van desde los implantes cocleares para la sordera, estimuladores de la médula espinal para tratar el Parkinson, hasta lectores de ondas cerebrales para el uso educativo.

Las posibilidades de mejorar las condiciones de vida gracias a la tecnología son cada vez más reales, especialmente considerando las más de mil millones de personas con discapacidad en el mundo, y cerca de tres millones solo en Chile. Además, en muchos países, entre el 5% y el 15% de las personas que requieren dispositivos y tecnologías de asistencia tienen acceso a ellos.

Sin embargo, también existe un amplio campo de aplicación de las neurotecnologías en personas sanas, en áreas que van desde la defensa, el entrenamiento y la potenciación de sus capacidades cognitivas e intelectuales, a los que apuntan empresas y gobiernos. En este sentido, los avances han mostrado desafíos éticos y regulatorios, donde se cuestiona la frontera que representa el cerebro en cuanto a la intimidad e integridad humana, cómo se debería regular el uso de la información cerebral para fines comerciales y la manera en que se debería regular el acceso a tecnologías que permitan el aumento de las capacidades cognitivas de las personas.

El conocimiento del cerebro y sus implicaciones tiene alcances éticos sobre las posibilidades de inequidad de acceso, vulneración de la libertad y la autonomía de pacientes y consumidores. Junto con esto, es necesario considerar su uso comercial, su uso con fines militares o policiales, como también es necesario tener en cuenta las posibilidades de manipulación para fines políticos o comerciales.

Por estas razones, la neurotecnología se erige como la ciencia desde donde se crearán nuevos derechos humanos, ante el debate ético y de seguridad que ha abierto. Algunos se preguntan si por medio de la neurotecnología sería ético controlar el racismo o la xenofobia, dar soluciones a conflictos territoriales, o si debería ser garantizada para disponibilidad universal, a la vez que regulada con el fin de proteger la libertad de los individuos.

Respecto a la regulación, gran parte del equipamiento neurotecnológico está comercializado bajo parámetros médicos, abarcando tecnologías de asistencia o tratamientos para curar enfermedades. Los resguardos éticos se encuentran amparados en la Declaración de los Derechos Humanos, el Código de Núremberg (1947), el Informe Belmont (1978), la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos (2002) del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la OMS, entre otros.

Entre los países que cuentan con normas regulatorias, Francia fue uno de los que incorporó en su Código Civil una modificación en su legislación en bioética para regular el uso de información cerebral como pruebas periciales. En Latinoamérica, el neuroderecho está aún en el ámbito académico, aunque existen ejemplos del uso de neurotecnologías como pruebas judiciales en países, como México. Además, el Parlamento Europeo, en 2017, aprobó las "Normas de Derecho Civil sobre robótica" una de las primeras acciones concretas en regulación, en este caso, con recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de Derecho Civil sobre robótica.

No obstante, aluden los autores, en el caso de productos pensados para otros fines, no se ha desarrollado todavía una regulación específica en el área, ni tampoco parámetros éticos para sus aplicaciones en otros contextos. Entre las propuestas más avanzadas y consensuadas en la materia, en 2017 se propuso que las interfaces cerebro-computador y la inteligencia artificial deben respetar y preservar cuatro principios, que tienen como fin el desarrollo responsable de estas tecnologías, a saber:

1. Resguardar la privacidad y autonomía personal.

2. Proteger la identidad y agencia (entendida esta última desde su acepción sociológica: habilidad de elegir nuestras acciones con libre albedrío).

2. Regular el “aumento artificial” de capacidades cerebrales (que podría producir inequidades).

3. Controlar los posibles sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones.

Así las cosas, el derecho a la neuroprotección, como manifestación de la dignidad humana, concede a su titular un haz de prerrogativas que se traducen en el derecho a la privacidad mental, identidad personal y autodeterminación, derecho a la igualdad frente al aumento de capacidad cerebral y el derecho al control de sesgos frente a algoritmos, elementos que deben ser consagrados en modificaciones sectoriales que permitan concretar el contenido de este derecho fundamental, con el objeto de otorgar protección efectiva y de forma sistémica en nuestro ordenamiento

jurídico.

Las referidas prerrogativas constituyen el contenido del derecho a la neuroprotección, de manera que ninguna ellas pueden faltar, aun cuando es posible que se sumen otras facultades conforme al desarrollo de la tecnología. Por esta razón, se establece que solo toca al legislador regular los neuroderechos o derecho a la “neuroprotección”, y ni aún este, podrá limitarlos o restringirlos afectando el contenido ius fundamental protegido o contenido esencial.

Ahora bien, el objetivo de la inédita e innovadora propuesta legal, es regular el contenido del derecho a la neuroprotección o neuroderechos que se establecería mediante la reforma constitucional propuesta. Para ello, el proyecto de ley posee un marcado anclaje en la dignidad humana como meta y principio subyacente al que debe siempre mirar la neurotecnología, incorporando, además, un elemento de igualdad de acceso frente al desarrollo de la técnica, que se materializa a través del igual acceso al aumento de la capacidad mental, para evitar cualquier atisbo de diferenciaciones arbitrarias e ilícitas.

Asimismo, se establece un catálogo de definiciones, avanzando hacia un marco conceptual sobre la materia, con nociones como neurotecnología, interfaz cerebro-computadora y datos neuronales. Además, se establecen disposiciones para proteger los neuroderechos y la integridad mental, estableciendo como norma eje, la prohibición de cualquier forma de intervención de conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de la neurotecnología, interfaz cerebro-computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas, aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

Finalmente, el proyecto establece reglas mínimas a las que deben sujetarse las investigaciones en el campo de la neurotecnología, estableciendo siempre como

norte el respeto por la dignidad humana, estableciéndose, además, el deber del Estado de fomentar las investigaciones y garantizar el acceso igualitario a los avances de la ciencia.

El proyecto que propone la reforma al artículo 19, número 1°, de la Carta Fundamental, busca proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías Reforma Constitucional.

Este proyecto de reforma constituye un avance de la protección de la integridad y dignidad de las personas frente a los avances que representan las neurotecnologías, vinculados con las distintas formas de intervención del cerebro y las posibilidades de afectación física y psíquica de él. Además se hace hincapié que tiene por objetivo el desarrollo de las tecnologías propugnando que las personas se beneficien de los avances de esta a través del bienestar social y equitativo.

Así se propuso la iniciativa de incorporar un nuevo derecho fundamental en lo relativo a establecer un precepto de dignidad e integridad de la persona desde un punto de vista neurológico estableciendo como base de desarrollo de un derecho no solo a proteger sino que también a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral.

Es decir proteger la vida, la integridad física y psíquica frente al desarrollo de la tecnología y la neurociencia, estableciendo cual es el contenido de la garantía de manera de poder regular en qué forma y en condiciones se protege de acuerdo con la legislación vigente.

Este derecho a la integridad personal se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones”.

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Esto reconocido en el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5), los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados.

Respecto a la esfera de protección, fue necesario conceptualizar esta garantía tendiente a proteger la vida, la integridad para poder distinguir y no llevar a colisión con otros derechos garantizados como la privacidad y protección de datos personales o bien la igualdad y no discriminación.

De esta forma con fecha 25 del Octubre del 2021, se publicó la reforma constitucional, en orden a regular el desarrollo científico y tecnológico, y en forma indirecta los neuroderechos, al establecer, el Artículo 19.- *La Constitución asegura a todas las personas, 1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.*

Inciso 4 “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”¹¹⁸

Esto como consecuencia que el desarrollo científico y tecnológico abren nuevas posibilidades de afectación de la integridad física y psíquica que requieren,

¹¹⁸ Constitución Política de la República de Chile, Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales” art. 19 N° 1 inciso 4.

inversamente, otras tantas medidas de protección de la persona humana, confirmando la esfera de resguardo del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, desde sus actuales facetas física y psicológica frente a afectaciones de carácter tecnológico en el cerebro. Debiendo establecer el ámbito de aplicación y base fundamental del derecho que se busca proteger.

Asimismo el proyecto de ley propende a que las personas se benefician de los avances tecnológicos de una manera equitativa lo cual implica bienestar social e igualdad tanto en oportunidades como en desarrollo económico sostenible, pero por otro lado también implica que hay que tener en cuenta las posibles amenazas y los riesgos nocivos asociados al mal uso de esta tecnología es decir enfocarnos en aquellos aspectos beneficiosos y protegiendo también entonces a las personas de sus riesgos debiendo establecer un tratamiento neutral respecto al punto de vista tecnológico y no privilegiar o restringir algunas tecnologías frente a otras.

El cambio de visión plantea, como lo era en un principio, establecer la garantía constitucional pero dejando a una ley la regulación y sus extensiones.

Esta reserva de ley que se contempla, en la parte final del inciso 4, es demasiado extensiva pues establece que *“La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”* y por ello su efecto práctico es cuestionable pues paradójicamente, un proyecto de ley podría establecer requisitos para definir y restringir la integridad de un ser humano, dejando la posibilidad de intervención del Estado.

Respecto a la identidad individual establece un concepto acotado al mencionar que la *“ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas”*, estableciendo un marco regulatorio para dicha identidad individual, exceptuándose cuando haya consentimiento, lo cual lo hace asimilable a la garantía consagrada en el artículo 19 número 4 de la Constitución Política sobre la

protección de la vida y a los datos personales, tampoco determinando el alcance y contenido de la identidad individual.

De esta forma se trataría de aspectos, que, en algunos casos, podrán ser entendidos como una manifestación de los derechos ya consagrados, pero que en otros requieren ser desarrollados e incorporados al catálogo de derechos ya previstos constitucionalmente.

Así la ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella, Consagrado el derecho a la privacidad de la información producida por la actividad cerebral, a la cual es posible acceder a través de la neurotecnología, el mismo proyecto lo asimila a la obtención y tratamiento de datos personales (Ley N° 21.096 que eleva la materia a constitucional) y que sería una especie de garantía reforzada del artículo 19 N° 4. Esto es, las reglas y leyes vigentes en materia de privacidad conforme a la legislación y los tratados de derechos humanos sobre la materia.

Así la proyección de la reforma constitucional apunta entonces a proteger a las personas respecto de los avances científico-tecnológicos, de sus riesgos y avanzando hacia un desarrollo y uso con foco en el bienestar de las personas de manera equitativa y en ese sentido el artículo 19 número 1 debe contener una modificación que sus principios rectores que sean aplicable a la neurotecnología, respetando la estructura y jerarquía de nuestro sistema de garantías con el fin de evitar toda consecuencia indeseadas, entregando un marco claro para establecer de forma adecuada la parte regulatoria por la vía legal a través del proyecto de ley sobre neuroderechos.

De esta forma debería existir una norma que regulará, relación y vinculación de la nueva visión constitucional de la ciencia y la tecnología mediante la redacción de la lógica y válida premisa que el desarrollo científico y tecnológico estará al

servicio de las personas entonces es.

Asimismo el derecho a la privacidad, plantea una revisión de la norma relativa a su regulación, mediante el mandato en el cual el legislador a que tiene que discernir las materias no son propiamente de rango constitucional, pero que sí requieren de una regulación de marco un normativo de orden legal y la posibilidad poder hacer revisiones directamente al reglamento u otros cuerpos de normativos de distinta jerarquías, como también la consideración de un contenido específico y relativo a la regulación de la neuroprotección a través del resguardo de la función cerebral, dándole una connotación y protección especial a la actividad cerebral y la información que proviene de ella.

Así regulación legal de restricciones, condiciones y restricciones debe entenderse de la forma en que se ha entendido en otros ámbitos del derecho, en que los tipos y las finalidades que están dentro de la ley pueden verse completados por incluso reglamentos, siempre que tengan la densidad normativa suficiente, en el sentido de proveer de seguridad jurídica tanto a quien provee o desarrolla tecnologías, como a quienes las utilizan y a quienes se vean afectados por ellas.

Finalmente, las modificaciones tienen por objetivo resguardar la neutralidad de las tecnologías, en el supuesto de que los instrumentos que desarrolla el ser humano no son buenos o malos per se, sino que son los usos que se le da a ellos los que pueden tener consecuencias favorables o desfavorables. En ese sentido, la ley establece la prohibición o restricción de ciertos usos que deben tener resguardos especiales, y no de las neurotecnologías propiamente tal.

El proyecto de ley en Chile:

Analizaremos norma a norma del boletín 13.828-19, el cual contiene 10 artículos en los cuales se pretende regular la protección sobre los neuroderechos,

integridad mental y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

Esta iniciativa se crea con la finalidad de regular satisfactoriamente el contenido de la reforma constitucional que consagra la protección de la integridad física y psíquica en relación con el avance de las neurotecnologías o “neuroderechos”, concepto que se puede entender en dos aspectos: la privacidad mental, es decir, que por ejemplo los datos del cerebro de las personas se traten con una confidencialidad equiparable a la de los de los trasplantes de órganos. Y el segundo, el derecho a la identidad, manteniendo la individualidad de las personas.

Para ello se toma como referencia para la consagración de estos derechos en las investigaciones realizadas por el Doctor y científico Rafael Yuste, desarrollados dentro del seno del MorningsideGroup, en donde se establece un marco regulatorio para el reconocimiento de cinco nuevos derechos humanos.

- *Derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas)*
- *Derecho a la identidad y autonomía personal*
- *Derecho al libre albedrío y a la autodeterminación*
- *Derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades)*
- *Derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones*¹¹⁹

De esta forma la propuesta y modificaciones presentadas a continuación deben ser asumidas desde el derecho en su punto de vista integro, considerando las normas, principios y valores que buscan, de manera transversal, dar respuesta efectiva a la protección de estos nuevos derechos fundamentales que derivan del

¹¹⁹ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías

desarrollo científico y tecnológico.

De esta forma, el derecho a la neuroprotección, como manifestación de la dignidad humana concede a su titular una gama de prerrogativas que se traducen en el derecho a la privacidad mental, identidad personal y autodeterminación informativa, derecho a la igualdad frente al aumento de capacidad cerebral y el derecho al control de sesgos frente a algoritmos, elementos que deben ser consagrados en diversos ámbitos que permitan consagrar el contenido de este derecho fundamental, con el objeto de otorgar protección efectiva, y de forma sistémica en nuestro ordenamiento jurídico.

Las referidas prerrogativas, constituyen el contenido del derecho a la neuroprotección de manera que ninguno ellos puede faltar, pero si es posible que se vayan sumando otras facultades conforme se vaya desarrollando la tecnología. Ahora bien, el objetivo de la inédita propuesta legal es regular el contenido del derecho a la neuroprotección o neuroderechos establecido en la reforma constitucional correspondiente.

Para ello, el presente proyecto de ley posee un marcado anclaje en la dignidad humana como meta principio subyacente al que debe siempre mirar la neurotecnología, incorporando además, un elemento de igualdad de acceso frente al desarrollo de la técnica, que se materializa a través del igual acceso al aumento de la capacidad mental, para evitar cualquier atisbo de diferenciaciones arbitrarias, e ilícitas.

Asimismo, se establecen catálogo de definiciones, avanzando hacia un marco conceptual sobre la materia, es por ello por lo que se definen conceptos como “neurotecnología”, “interfaz cerebro computadora” y “datos neuronales”. Además, se establecen disposiciones para proteger los neuroderechos y la integridad mental, estableciendo como norma eje, la prohibición de cualquier forma de intervención de conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el

uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas y finalmente, el proyecto establece reglas mínimas a la que deben sujetarse las investigaciones en el campo de la neurotecnología, estableciendo siempre como norte el respeto por la dignidad humana, estableciéndose, además, el deber en el Estado de fomentar las investigaciones y garantizar el acceso igualitario a los avances de la ciencia.

El artículo 1º de la Ley señala el objetivo de la ley. El texto es el siguiente:

“Artículo 1: Esta ley tiene como objetivo;

- a) proteger la integridad física y psíquica de las personas, a través de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual, y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas.*

- b) fomentar la concordancia entre el desarrollo de neurotecnologías e investigación médico-clínica con los principios éticos de la investigación científica y médica y así sean favorables al bien y beneficio común.*

- c) garantizar la información a los usuarios de neurotecnologías sobre sus potenciales consecuencias negativas y efectos secundarios, y el derecho al control voluntario sobre el funcionamiento de cualquier dispositivo conectado a su cerebro.¹²⁰*

Al analizar sus letras, podemos colegir que sus objetivos son la protección de datos cerebrales y procesos automatizados de toma de decisiones, con la debida

¹²⁰ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 8.

entrega de información de los usuarios que voluntariamente se sometan al uso de dispositivos tecnológicos neurocerebrales, el desarrollo de la ciencia y tecnología neurocerebral solo con fines médico – clínico que sean en beneficio común y, finalmente el evitar todo daño y medida de autoimposición a nivel cerebral.

Esto lo realiza a través de una triple protección como lo sería, la privacidad de los datos neuronales, el derecho a la autonomía o decisión de libertad individual y finalmente el acceso sin discriminaciones a neurotecnologías que conlleven un aumento de las capacidades psíquicas.

Esta propuesta, de acceso equitativo de la mejora de capacidades cognitivas, debemos preguntarnos ¿es considerada como un derecho fundamental? En sentido estricto no, toda vez que estos derechos están consagrados para proteger la libertad, igualdad y dignidad de las personas, planteando estas mejoras una posibilidad de crear una segmentación arbitraria en las personas, esta garantía a mejoras cognitivas presenta un proceder cuestionable toda vez que todo estudio científico o clínico debe tener como límite el respeto de la integridad humana.

El proyecto intenta determinar las amenazas que representan la neurotecnologías para la individualidad y libertades personales, pero deja de lado otras tecnologías como por ejemplo la inteligencia artificial, para realizar análisis de datos de una persona, de esta forma debemos mejorar la técnica legislativa atendido que el análisis que se debe realizar es relativo al dato neuronal que en definitiva es un dato personal que está protegido en forma débil en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 19.628 sobre la protección datos personal.”

Llama poderosamente la atención que la ley ya en su artículo primero abogue por la protección a derechos que la constitución chilena ya protege –como lo son el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. Además de declarar una protección a la privacidad, pero con matices –de datos neuronales-.

El artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República consagra el denominado “derecho a la privacidad”, entendido como un derecho personalísimo que emana de la dignidad humana.

Por lo anterior, debiéramos preguntarnos cual sería el bien jurídico protegido por este nuevo derecho a la privacidad que emana de los neuroderechos, y que sería distinto de lo que podemos denominar el clásico derecho a la privacidad?

En definitiva se considera la protección a los datos neuronales y el derecho a la libertad de acceder a las tecnologías que beneficien al ser humano, el desarrollo científico y tecnológico solo con fines científicos – clínicos y garantizar el consentimiento informado al momento de acceder a las neurotecnologías.

Finalmente es preciso hacer hincapié a que la amplitud de la letra a) en su segunda parte “*del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas*”, representa una redacción ambigua pues plantea un hipótesis de discriminación positiva, suponiendo condiciones e intereses económicos comprometidos con el desarrollo de estas tecnologías, en el sentido de quienes tengan poder adquisitivo o económico podrán optar a esos aumentos con mas facilidad poniendo en juego el principio de igualdad de acceso.

Artículo 2: Se considerará para efectos de esta ley:

1. Neurotecnologías: Se define como el conjunto de dispositivos, métodos o instrumentos no farmacológicos que permiten una conexión directa o indirecta con el sistema nervioso.

B) Interfaz cerebro computadora (ICC): Sistema electrónico, óptico o magnético que bien (1) mide la actividad del sistema nervioso central y la convierte

en una salida conectada a una maquina o computadora o que (2) genera una respuesta artificial que reemplaza, restaura, complementa o mejora la respuesta del sistema nervioso natural y, por tanto, modifica las interacciones en curso entre el sistema nervioso y su entorno externo o interno.

C) *Datos neuronales: Aquella información obtenida, directa o indirectamente, a través de los patrones de actividades de las neuronas, cuyo acceso está dado por neurotecnología avanzada, incluyendo sistemas de registro cerebrales tanto invasivos como no invasivos. Estos datos contienen una representación de la actividad psíquica, tanto consciente como subconsciente, y que corresponden al más íntimo aspecto de la privacidad humana.*

D) *Neuroderechos: Nuevos derechos humanos que protegen la privacidad e integridad mental y psíquica, tanto consciente como inconsciente, de las personas del uso abusivo de neurotecnologías.*¹²¹

Este artículo se caracteriza por incluir algunas definiciones a términos de uso común dentro del ámbito de las neurotecnologías y su vinculación con el derecho.

Se definen las *Neurotecnologías*, como el conjunto de dispositivos, métodos o instrumentos no farmacológicos que permiten una conexión directa o indirecta con el sistema nervioso, con ello establece una definición acotada a un conjunto de dispositivos, métodos o instrumentos no haciendo hincapié en su factor electrónico, sino que en forma negativa lo califica de no farmacológicos, cuando estos métodos son por ahora los mas eficientes para intervenir sistemas nerviosos, con lo cual crea confusión al establecer un concepto neutro como también no explica las distinción entre conexión directa e indirecta.

¹²¹ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 8.

Respecto a la *Interfaz cerebro computadora* se define como *un sistema electrónico, óptico o magnético*, esta definición deja de lado el fin primordial que deben ser dispositivos que permitan la conexión entre sistemas cibernéticos y el sistema nervioso central, lo importante es la forma de conexión.

Acerca de los *Datos neuronales*, definidos como *aquella información obtenida, directa o indirectamente, a través de los patrones de actividades de las neuronas, cuyo acceso está dado por neurotecnología avanzada*, nuevamente se establece la distinción entre información obtenida directa o indirectamente sin establecer el propósito de esta distinción, como también no se especifica que se entendería por neurotecnología “avanzada”, es una nueva categoría?

Finalmente respecto a la última definición de neuroderechos, como *Nuevos derechos humanos que protegen la privacidad e integridad mental y psíquica, tanto consciente como inconsciente, de las personas del uso abusivo de neurotecnologías*. Señala que serian nuevos derechos, pero una vez reconocidos dejan de ser nuevos, como también señala el uso abusivo, entonces cual es el límite entre un uso abusivo y no abusivo.

Dentro del TÍTULO II.- DE LAS MEDIDAS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD Y PRIVACIDAD MENTAL se contempla el artículo 3, 4, 5 6 y 7, los que establecen en reglas generales la consagración del consentimiento, y una serie de prohibiciones asociadas a la intervención, que contemplan un concepto de imputabilidad objetiva respecto a la responsabilidad frente a la intrusión no autorizada.

Señala el Artículo 3: *Queda prohibida cualquier intromisión o forma de intervención de conexiones neuronales o intrusión o a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, que no tenga el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona*

*o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas. Aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.*¹²²

En el caso de aquellas áreas de investigación clínico médico, será necesario aquel consentimiento determinado por el código sanitario en su Título V sobre ensayos clínicos y del reglamento respectivo.

La consagración del “consentimiento”, libre, expreso e informado, es la base de legitimidad para la intervención en la integridad física y psíquica de la persona, goza de una posición central en este artículo, que establece la norma de prohibición, de intromisión, intervención o intrusión, debiendo, respetar los límites iusfundamentales a la disposición de la integridad física y psicológica, lo cual se beneficiaría de una determinación del contenido esencial de la integridad neurológica,

A este respecto debemos tomar en consideración del consentimiento para poder realizar una intervención pero hasta que punto dicho consentimiento es informado, pero este artículo no dilucida que se debe entender por informado, para lo cual debemos remitirnos a la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, del 1 de octubre de año 2012, en cuyo artículo 14 de la ley antes señalada dispone lo siguiente.

“Artículo 14. Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud con las limitaciones establecidas en el artículo 16”.

¹²² Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 8.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.¹²³

Si analizamos con detención la estructura de la norma en comentario, vemos que el bien jurídico protegido es el consentimiento informado, libre y expreso, lo que no hace sino repetir lo expuesto en el artículo 14 de la Ley 20.584, pero en lo relativo a la información establece además el adicional que la información debe ser comprensible conforme al artículo 10.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.¹²⁴

Como se puede notar, este es el objetivo primordial de la ley, proteger no solo la integridad sino que también su autodeterminación y privacidad, su redacción en negativo complejiza la comprensión del artículo el cual debiese partir con la regla finalidad que es que toda persona tiene derecho a mantener integridad y privacidad de sus actividades cerebrales, prohibiéndose cualquier intervención en estas salvo que la persona consienta, libre, expresa e informadamente en ello con conocimiento de todos los riesgos que esta intervención implica y también establecer la posibilidad de reversibilidad del proceso de mejora lo cual es un factor que el proyecto no considera y es de fundamental tratamiento.

¹²³ Artículo 14. ley núm. 20.584. regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

¹²⁴ Artículo 10. ley N° 20.584. regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Ahora bien respecto a las prohibiciones contempladas se describen sus requisitos pero no se establecen sanciones para ellas.

Un aspecto importante para destacar y que el proyecto de ley no regula es la posibilidad de revertir el proceso de intervención o intromisión para cuando el procedimiento no logre los objetivos esperados, la pregunta que debemos hacernos si son realmente reversibles sus efectos.

Finalmente las únicas excepciones admitidas a la alteración de la continuidad psíquica o autónoma serán en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuyo caso se aplicará el Código Sanitario

*Por otro lado el Artículo 4: Queda prohibido cualquier sistema o dispositivo, ya sea de neurotecnología, interfaz cerebro computadora u otro, cuya finalidad sea acceder o manipular la actividad neuronal, de forma invasiva o no invasiva, si puede dañar la continuidad psicológica y psíquica de la persona, es decir su identidad individual, o si disminuya o daña la autonomía de su voluntad o capacidad de toma de decisión en libertad.*¹²⁵

El límite de cualquier intervención de conexiones neuronales será siempre la protección de los sustratos mentales de la identidad personal.

Las únicas excepciones admitidas a la alteración de la continuidad psíquica o autónoma serán en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuyo caso se aplicará el código sanitario vigente.

¹²⁵ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 8.

Este artículo en particular plantea la hipótesis de responsabilidad frente a la violación de las prohibiciones, cuando estas dañen o disminuya la autonomía de la voluntad pero nuevamente no establece una sanción para su comisión.

Un aspecto importante para señalar es la inclusión del concepto de *continuidad psicológica y psíquica de la persona*, basado el principio ya esbozado en este libro del derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral, resultando beneficioso establecer una prohibición absoluta a cualquier intervención que dañe o altere dicha continuidad afectando así la esencia del derecho a la personalidad de la persona y con ello a la dignidad humana.

En base a lo anterior también resulta conveniente contemplar en este artículo un inciso relativo a la condición de reversibilidad de la intervención, atendido el concepto de continuidad.

Finalmente se consagran excepciones en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuyo caso se aplicará el código sanitario vigente.

Artículo 5: Todo formulario donde se solicite consentimiento para la intervención, invasiva o no, de neurotecnologías, interfaz cerebro computadora u otro dispositivo, debe indicar los posibles efectos físicos de su aplicación, los eventuales efectos cognitivos y emocionales de los mismos, los derechos y deberes, normas sobre privacidad y protección de la información, medidas de seguridad adoptadas, y contraindicaciones.

Es positivo la consideración, en el art. 5°, la obligación de informar previamente sobre los efectos adversos puede ocurrir con motivo dicha intervención garantizando la voluntad libre y exenta de vicios de parte de quienes se someten a este tipo de intervenciones, particularmente en cuanto a intervenciones que pueden producir alteraciones de conciencia

“Artículo 6: Los datos neuronales constituyen una categoría especial de dato sensible de salud conforme a la ley N° 19.628 sobre la vida privada de las personas”.

Este artículo plantea la remisión a la ley N° 19.628, respecto de la cual debemos precisar algunos conceptos de dicha ley para llegar a una interpretación y comprensión adecuada del reenvío.

Artículo 2°.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:

g) Datos sensibles, 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.¹²⁶

La nueva redacción del proyecto de ley de protección de datos personales contempla una definición más amplia.

Nueva redacción proyecto de ley “g) Datos sensibles, son aquellos datos personales, que describen sus características físicas o morales o relativas 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.”¹²⁷

A su vez esta ley regula el tratamiento de datos sensibles de la siguiente

¹²⁶ Ley 19.628 sobre protección de la vida privada y datos de carácter personal, del 28 de agosto del 1999, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>

¹²⁷

<https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CH4%20Proyecto%20de%20Ley%20que%20Modifica%20la%20Ley%20N%2019628.pdf>

forma:

“Artículo 11.- Tratamiento de datos sensibles. Los datos sensibles sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso, escrito, previo y específico de su titular, cuando la ley lo autorice o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

En todo caso, los datos sensibles que se almacenen en virtud del inciso anterior deberán ser los indispensables para el cumplimiento de los propósitos o finalidades para los que fueron recolectados y mantenerse sólo por el tiempo estrictamente necesario para satisfacerlos.

No obstante lo anterior, no se requerirá el consentimiento señalado en el inciso primero de este artículo cuando tales datos fueren necesarios para proteger la vida del titular o de terceros, y el primero no pudiera dar su consentimiento por estar incapacitado legalmente o imposibilitado materialmente.”.

Este artículo hace mención de que otorga a los datos neuronales la calidad de datos sensibles de salud conforme a la Ley N° 19.628 sobre la vida privada de las personas.

Asimismo el Artículo 7 establece : *La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de los datos y la actividad neuronales de las personas se ajustará a las disposiciones contenidas en la ley N°19.451 sobre trasplante y donación de órganos, en cuanto le sea aplicable, y las disposiciones del código sanitario respectivas.*¹²⁸

¹²⁸ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 8.

En este artículo existe una redundancia atendida a que el artículo Artículo 3° bis. Establece una regla general al decir *“No podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan identificar al donante”*

Pero a su vez el inciso 4, establece un reenvío nuevamente a la ley N° 19.628, al mencionar *“La información relativa a donantes y receptores de órganos humanos será recogida, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad y se considerará un dato sensible, conforme a lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada”* lo cual se considera sobreabundante.

Finalmente el Título III, Del desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías, este compuesto por tres artículos que regulan actividad de investigación científica y su objeto.

Artículo 8: Las actividades de investigación neurocientífica, la neuroingeniería, neurotecnología, neurociencia, y todas aquellas actividades científicas cuyo enfoque y fin sea el estudio y/o desarrollo de métodos o instrumentos que permitan una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso tendrán siempre como límite las garantías fundamentales, en especial, la integridad física y psíquica de las personas conforme a los señalado en el artículo 1.¹²⁹

En este artículo se describen una serie de conceptos vinculados a la investigación, describiendo distintas ramas de esta ciencia estableciéndose limitaciones de las actividades propias de la investigación a las garantías fundamentales consagradas en la Constitución, haciendo hincapié especialmente, a la integridad física y psíquica considerando los neuroderechos explicitados en el objetivo de la ley contemplados en el artículo 1.

¹²⁹ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 9.

Asimismo al consagrar los límites de la investigación neurocientífica, deja de lado un concepto acuñado en el artículo 4 inciso segundo que es *la protección de los sustratos mentales de la identidad personal*.

Finalmente este artículo se alinea con el artículo 1 letra *b* que es *“fomentar la concordancia entre el desarrollo de neurotecnologías e investigación médico-clínica con los principios éticos de la investigación científica y médica y así sean favorables al bien y beneficio común”*

Artículo 9: El Estado propenderá por el desarrollo de investigación beneficiosa, promoviendo oportunidades para la ciencia y tecnología, en especial en el marco de la neurotecnologías y neurociencias socialmente deseables, emprendidos en el interés y bien público.

Este artículo incorpora un hecho relevante que es la participación de Estado en la promoción de los avances tecnológicos estableciendo como fines el interés y el bien público, pero también sería deseable una regulación y consideración, para los privados que deseen propender al desarrollo de la investigación, con controles éticos estrictos a fin de evitar abusos.

*Artículo 10: El Estado velará por la promoción, acceso equitativo a los avances en neurotecnología y neurociencia.*¹³⁰

Finalmente este artículo establece una norma de carácter general, y positiva en donde el Estado deberá velar por la promoción y acceso equitativo a los avances en neurotecnología, la cual no considera un aspecto fundamental que el desarrollo de estas ciencias propenden a avances en el ámbito de la salud y bienestar de las personas, que se consagra a través de acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación, por tanto debería existir un reenvío a la garantía de

¹³⁰ Boletín N° 13.828-19 Proyecto de ley sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías. Pp. 9.

acceso equitativo a la salud y bienestar como un principio cuya consagración es Constitucional de lo contrario existirían desigualdades pues personas que tienen las condiciones de acceder a estas intervenciones por motivos clínicos y médicos, que pudiendo para dentro del sistema de salud privado podrían aumentar de las capacidades cognitivas, sensoriales, emocionales y en general las relacionadas con el sistema nervioso central generando un desbalance en favor de sujetos sometidos a este tipo de procedimientos, frente a quienes no han sufrido dichas intervenciones neurológicas.

Si lo que se busca es la protección de la privacidad e integridad psíquica, estos bienes jurídicos ya se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico tanto a nivel constitucional como legal, entonces

III. LOS NEURODERECHOS Y SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, INTEGRIDAD PSÍQUICA Y FÍSICA Y CONFIDENCIALIDAD DEL DATO MÉDICO

Bajo una perspectiva dogmática pareciera ser que la conexión entre neuroderechos y los clásicos derechos a la integridad física, psíquica e intimidad, entre otros, es casi inmediata.

Pareciera ser que el uso de neurotecnologías más que afectar un nuevo bien jurídico que derive de ellas, afecta a los clásicos derechos fundamentales ya reconocidos y regulados alrededor de todo el mundo. Por lo anterior, se hace necesario dejar en evidencia que si bien es cierto el uso de la neurotecnología tiene la potencialidad de vulnerar los derechos fundamentales que antes anunciamos, no es menos cierto que esto no trae aparejado la creación de nuevos derechos, toda vez que los bienes jurídicos que se están protegiendo (integridad física, psíquica y privacidad) son los mismos respecto a los cuales ya existe una regulación que los tutela.

Por lo tanto, corresponde en este momento cuestionar que los neuroderechos deban regularse de la forma que hemos detectado y que dice relación con incorporar legislaciones que tiendan a tipificar la vulneración a estos derechos fundamentales de forma particular por el uso de las neurotecnologías.

Respecto a la conexión entre neuroderechos y el derecho a la integridad física y psíquica.

El texto constitucional chileno señala:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

*1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.*¹³¹

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en su artículo 3º que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona”*.¹³²

Por otra parte, en la Convención Americana, en sus artículos 4º se garantiza: en su artículo 4. Derecho a la Vida.

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, en su artículo 6 dispone *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este*

¹³¹ https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf.

¹³² <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

Respecto al texto constitucional, el profesor Silva Bascuñán, cuando explica la integridad física de la persona, señala que comprende *“la preservación y funcionamiento de todos los miembros y órganos que le permitan manifestarse como tal y en todas las expresiones que conforman su específica naturaleza, potencialidad y aptitudes”*¹³³.

Por otra parte, la integridad psíquica se debe entender de manera diferente a la integridad física, por cuanto existen *“elementos categóricamente psíquicos que son absolutamente irreductibles a lo físico, y que escapan a lo físico, y que por lo tanto podría haber una perturbación de la integridad física sin que estos sean directamente tocados, porque escapan realmente del plano conceptual.”*¹³⁴

La ley chilena, en su artículo 1º letra a) señala:

“a) Proteger la integridad física y psíquica de las personas, por medio de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual, y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas.”

La ley chilena declara que uno de sus objetos es la protección de la integridad física y psíquica de las personas, por intermedio de la protección de la privacidad de los datos neuronales.

Nos corresponde dilucidar ahora cual es la conexión entre los neuroderechos

¹³³ Silva Bascuñán. “Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile. 2º edición, 2006: pp. 56-57.

¹³⁴ Silva Bascuñán. “Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile. 2º edición, 2006: pp. 56-57.

y la garantía de la integridad física y psíquica.

Como ya vimos, la integridad física debe ser entendida como un estado de preservación, en el que se pareciera buscar la integridad funcional del ser humano, y, a contrario sensu, que no sea privado de esta integridad funcional por terceros.

Sabemos que los derechos fundamentales han sido concebidos para el control de los actos de autoridad, por lo que su naturaleza y su contenido dice relación con que un tercero no prive, en ninguna de sus expresiones al individuo de su integridad funcional. Este es el bien jurídico protegido.

Ahora bien, los legisladores chilenos -y la declaración de la OEA- parecen entender que el uso de las neurotecnologías tiene la potencialidad de afectar estos derechos fundamentales ya establecidos, por lo que requieren una regulación específica, parece una tesis alternativa.

Debemos realizar la siguiente afirmación: los derechos fundamentales que aquí llamaremos clásicos -integridad física y psíquica en este apartado- continúan teniendo su mismo núcleo esencial. Tienen el mismo contenido que antes del desarrollo y uso de las neurotecnologías.

Por lo anterior, es que la forma en que determinado derecho se afecte no debe modificar o alterar el contenido del derecho afectado. Por consiguiente, si el contenido de un derecho -derecho a la integridad física y psíquica- no ha variado, no requiere una especial protección.

Ahora bien, si el vehículo, móvil o agente que tienen la potencialidad de vulnerar los derechos antes señalados cambia, esto no debe alterar la naturaleza y forma de protección del derecho, puesto que el vehículo móvil o agente no altera el bien jurídico protegido.

Lo anterior nos permite concluir que el hecho de que ahora sea, por ejemplo, el uso de la nanotecnología potencialmente vulneratoria del derecho antes señalado, y antes era el estado, el cambio del agente no debe alterar el resultado del ilícito: la afectación a la integridad física y psíquica.

Por lo anterior no se entiende por qué las regulaciones de los neuroderechos pretenden regular un escenario específico de vulneración de los derechos ya existentes, por ejemplo, la integridad física o psíquica afectada por el uso de la nanotecnología. Lo anterior es simplemente inoficioso por cuanto estos derechos ya cuentan con protección.

Más coherente nos habría parecido sostener que los neuroderechos no se pueden incluir en la categoría de derechos fundamentales, por cuanto no lo son.

En efecto, la teoría clásica de derecho político sostiene que los derechos fundamentales son reconocidos por el estado, para salvaguardar los derechos, garantías y libertades individuales de las personas ante los actos de autoridad.

Así, surgen los derechos fundamentales debido a la naturaleza humana, y por lo mismo, son reconocidos y no creados por el estado.

Cuestión totalmente diferente es la situación respecto a los derechos derivados de las nanotecnologías, toda vez que no surgen de la naturaleza del ser humano sino que surgen del uso de tecnología creada y desarrollada por el humano.

Por lo anterior, no se entiende que el legislador quiera incluir, forzosamente, un grupo de derechos neuronales y elevarlo a la categoría de derechos fundamentales.

Creemos que los derechos neuronales no son derechos fundamentales, pero que si tienen la potencialidad de afectarlos. Creemos que los derechos neuronales deben tener un objeto distinto al resguardo de los ya regulados derechos humanos clásicos, los que por cierto, ya cuentan con protección.

Derecho a la privacidad.

El derecho a la vida privada es reconocido ampliamente en la legislación internacional, además de contar con una robusta regulación chilena y abundante jurisprudencia del tema.

En el plano internacional, podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, la cual establece en su artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”¹³⁵

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 17, señala:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”¹³⁶

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas

¹³⁵ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

¹³⁶ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

injerencias o esos ataques.”

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su *Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad*.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

En cuanto al contenido del derecho a la intimidad, se ha dicho que *“tratándose del derecho a la intimidad, el desenvolvimiento de las sociedades ha conllevado su transformación, pasando del determinismo individual a la autodeterminación informativa, como consecuencia del fenómeno tele-informático que va invadiendo todas las esferas de la vida moderna”*¹³⁷

El derecho a la privacidad contiene una amplia regulación tanto a nivel nacional como internacional, lo que trae aparejada la idea de que ser un derecho de especial preocupación por la comunidad en general.

Se entiende que el derecho a la privacidad o intimidad es básico y necesario para el avance de la sociedad democrática, puesto que sin esta esfera personal y reservada caeríamos en la desaparición de lo privado que termina por anular la individualidad personal del ser humano. En este sentido, se ha dicho que *“es por ello por lo que el derecho a la intimidad debe ser considerado no sólo como un derecho fundamental propio e inherente a la persona humana, sino más bien como un principio básico de todo Estado democrático”*¹³⁸.

¹³⁷ CALLE, citado por Cobos Campos, Amalia. (2013). “El contenido del derecho a la intimidad”.

Disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200003.

¹³⁸ AROS CHIA, Rodrigo Marcelo, “El Derecho a la Intimidad frente a la Sociedad de Información” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII*, Valparaíso: Ed. Universidad Católica de Valparaíso, 2001, p. 214.

Ya se reconoce que este derecho ha tenido múltiples cambios en cuanto a su contenido y dimensión.

En la legislación nacional, desde el año 1925 se consagra la protección constitucional del derecho a la privacidad, en su expresión de protección a los ciudadanos de injerencias ilegítimas en sus ámbitos más personales.

El texto constitucional actual de 1980 consagra expresamente el derecho a la vida privada como derecho fundamental dentro del catálogo de derechos fundamentales. La norma constitucional señala:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia¹³⁹;”

Por su parte, el proyecto de ley que pretende incorporar al catálogo de derechos fundamentales los neuroderechos, respecto a la privacidad, señala:

“a) Proteger la integridad física y psíquica de las personas, por medio de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual, y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas.”

El derecho fundamental a la privacidad parte de la idea central de que nadie puede entrometerse en las esferas en que una persona tenga una razonable

¹³⁹ https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf.

expectativa de privacidad. En este sentido, lo que se busca proteger es la naturaleza de la información la cual deriva en la expectativa de privacidad que tenga la persona.

Así, se regulo este derecho fundamental y se le dio una especial protección a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y el acceso al hogar. En cuanto al acceso al hogar es de toda lógica que este sea un espacio reservado a la esfera privada de la persona.

Si nos ubicamos en un plano temporal, el derecho a la privacidad se pensó de acuerdo con los agentes o móviles que tendrían la capacidad de afectarlo, allí su atención en la inviolabilidad de toda forma de comunicación y del hogar.

Sin embargo lo anterior no existe argumento razonable para entender que este derecho no puede ser vulnerado de otra forma, con el uso de nuevas tecnologías que el humano pueda desarrollar y que tengan por objeto la intromisión arbitraria en espacios donde el ser humano de forma razonable espera márgenes de privacidad.

En cuanto a la expectativa de privacidad, la Corte Suprema de Chile ha señalado:

“Cuarto: Que, en consecuencia, la decisión de exclusión probatoria debe ser revisada únicamente desde la perspectiva de los derechos constitucionales posiblemente amagados. En este caso, el debido proceso, la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Empero, cabe constatar desde ya que la vulneración al debido proceso se ha fundamentado precisamente en la incorporación de prueba espuria al juicio, por lo que cabe examinar si la grabación cuestionada tiene tal calidad y para ello deben analizarse previamente las nociones de intimidad y vida privada.

Pues bien, el concepto de privacidad es variable en el tiempo y no se observa

en la doctrina una concepción unívoca de este derecho; sin embargo, es posible afirmar que está relacionado con la preservación de determinados actos en una esfera íntima, con el derecho a replegarse en esta esfera al amparo de toda intromisión, con una autonomía de decisión en cuanto a excluir a otras personas de este ámbito reservado y con la facultad de controlar la información a ser revelada. Así, el autor norteamericano Alan Westin, al intentar conceptualizar la privacidad, ha señalado que ésta incluye cuatro estados: soledad, intimidad, anonimato y reserva¹⁴⁰

Siguiendo al profesor José Luis Ugarte, es posible distinguir dos aspectos claves que el derecho a la privacidad debe reflejar: por una parte, el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado a terceros y, por la otra una dimensión de autonomía, reflejada en el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin injerencia de otros¹⁴¹.

También se ha señalado por otro autor nacional que “La vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana. El derecho a la intimidad es la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado. La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional.”¹⁴²

Quinto: Que, por su parte, la noción de legítima expectativa de privacidad, ampliamente utilizada hoy en día por la jurisprudencia nacional, surge ligada al ámbito penal, en una de las prevenciones del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos

¹⁴⁰ (Privacy and Freedom, Alan Westin, 1967, citado por Solove and Schartz, Information Privacy Law, Editorial Wolters Kluwer, 2015, pp. 46-49).

¹⁴¹ UGARTE CATALDO, José Luis, Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales, 2011, en Estudios constitucionales, año 9 (1), p. 13-36).

¹⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno, 1998, en Ius et Praxis, año 4 N° 2, p. 65-106).

Katz v. United States (1967)¹⁴³, como un test para determinar si la conducta de un agente estatal implicaba una violación a la Cuarta Enmienda aún cuando no existiera, en los hechos, una intromisión física en un lugar constitucionalmente protegido.

Tal elucubración se hacía necesaria por cuanto, a diferencia de nuestro ordenamiento, la Constitución de Estados Unidos no contempla, explícitamente, un derecho fundamental a la privacidad. También porque, hasta ese momento, los casos paradigmáticos de violación a la Cuarta Enmienda se habían construido en torno a la “trespass” doctrine, que resultaba inaplicable a aquellas situaciones en que, tal como en Katz, la intromisión se realizaba por medios tecnológicos.

Es necesario puntualizar que este estándar, tal como fue concebido en sus orígenes requiere del juzgador un doble análisis: 1) determinar si existe una expectativa subjetiva de privacidad y 2) determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser objetivamente justificada acorde a las circunstancias del caso.

Cabe aquí traer a colación lo resuelto posteriormente por la misma Corte en Rakas v. Illinois (1978), también un caso penal, en el cual se plantea que una legítima expectativa de privacidad, por definición, significa mucho más que la expectativa subjetiva de no ser descubierto, ejemplificando, en palabras muy simples, que aquél que ingresa a robar a una casa de veraneo, fuera de la temporada estival, tiene una intensa expectativa de privacidad al interior de esa morada ajena, mas evidentemente no es una que la sociedad pueda reconocer como legítima.”¹⁴⁴

No es extraño en el mundo jurídico que el derecho a la privacidad o intimidad traiga aparejada lo que se ha denominado la expectativa de privacidad, lo que dice relación con la intención de una persona de que ciertas esferas de su vida se

¹⁴³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>

¹⁴⁴ Sentencia Rol 35.159-2017.

mantengan en absoluta reserva unido a la posibilidad de que la persona tenga la decisión respecto a cuando mantener algo en la esfera de su privacidad.

Por lo tanto, vemos que el contenido del derecho a la privacidad esta ligado indisolublemente a la expectativa de privacidad de ciertos espacios de su vida.

Dicho lo anterior, como podría ser posible que alguien considere que la información cerebral o almacenada en el cerebro podría no ser considerada a priori, como información respecto de la cual una persona tenga una legítima expectativa de privacidad.

Más aún, ¿como puede ser sostenible, razonablemente, que la injerencia en el cerebro de una persona, un espacio que por naturaleza humana es privado, no anule por completo el derecho a la privacidad? Entendemos que nadie podría sostener lo contrario. Asumiendo el punto anterior, ¿las injerencias arbitrarias o no consentidas con el uso de la neurotecnología no restringiría en los mismos términos el derecho a la privacidad?

Por lo anterior nos parece inoficioso la forma en que se está intentando resguardar el derecho a la privacidad a propósito de las neurotecnologías. Dicho de otra forma, los neuroderechos ninguna relación tienen con la privacidad o intimidad, o no al menos, en la forma en que se está legislando.

La privacidad e intimidad ya se encuentran reguladas y protegidas, más allá si el vehículo con el cual se restringe este derecho toma la forma de una violación a las comunicaciones privadas, como puede ser abrir una carta ajena, o si toma la forma de la intromisión no consentida en el cerebro humano.

IV. PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Con todo lo expuesto a lo largo de este libro no queremos sostener que los neuroderechos no deban regularse, en cuanto a su uso, contenido y responsabilidad derivada de él. Lo que hemos manifestado es que los neuroderechos no son un derecho fundamental por lo que no se les debe regular con aquella lógica.

Los neuroderechos deben contar con una regulación vía ley, que determine el uso y alcance de esta tecnología en el ser humano, pero propendiendo a la protección de lo que aquí denominaremos como el “principio de conservación de la integridad humana”.

Este principio, inexistente hasta antes de la publicación de este libro, dice relación con que la neurotecnología, derivada de las neurociencias deben buscar una regulación que respete las capacidades y características humanas.

En este espacio, nos aventuraremos con dos conceptos que en nuestra opinión deben considerarse en esta nueva rama del derecho.

Primero, ofreceremos una definición de neuroderechos, entendiendo por tales *“aquellos derivados del uso de la neurociencia, que tienen por objeto el resguardo de la integridad humana”*.

Estos neuroderechos, que en este momento no somos capaces de identificar, deben ser creados y deben respetar el principio de conservación de la integridad humana, que se explica en el entendido de que las neurociencias y neurotecnologías se pueden usar en el ser humano siempre y cuando no alteren la naturaleza humana promedio.

Las regulaciones deben tomar como estándar de medida este principio, para efectos de regular especialmente el espeluznante escenario de aumento de capacidades motoras o cognitivas en el ser humano, que pueden desembocar en que perdamos nuestras características de humanos y nos transformemos en super humanos, o a lo menos, humanos con capacidades artificialmente aumentadas.

Desde ya adelantamos que, por ejemplo, las neurotecnologías utilizadas exclusivamente para la recuperación de la salud respetan cabalmente el principio de conservación de la integridad humana, por cuanto la salud plena es el estado natural del hombre.

V. CONCLUSIONES

1. Las neurociencias, con su asombroso gracias a las ciencias médicas está revolucionando el mundo en todas las áreas imaginables. La medicina, la tecnología, la filosofía, la ética y el derecho.
2. Este avance científico ha despertado dentro de la comunidad distintas alarmas que dicen relación con el uso de estas nuevas tecnologías en las personas, ya sea con fines médicos o con fines de aumento de capacidad motora o cognitiva, sin que tenga por objeto la recuperación de la salud.
3. En este contexto, la comunidad internacional ha propuesto, a través de la OEA, la regulación de los derechos que derivan de las neurociencias, por cuanto la aplicación de estas tecnologías tiene la capacidad de limitar o interferir en la vida del humano de una forma tan intensa que requiere regulación.
4. La regulación internacional que sugiere la OEA tiene como fundamento que el uso de las neurotecnologías tiene la potencialidad de anular a la persona, por

la posibilidad de que su uso limite o anule la privacidad, la autodeterminación informativa, o la integridad física o psíquica.

5. La regulación nacional analizada sugiere la incorporación de los derechos derivados de las neurociencias al catálogo de derechos fundamentales establecido en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

6. La técnica tanto internacional como nacional para regular los derechos neuronales o neuroderechos es errada a nuestro modo de ver. Revisados y analizados los textos de la OEA como los proyectos de ley chilenos, notamos que el riesgo en el uso de las neurociencias radica en que tienen la posibilidad de afectar o vulnerar derechos o garantías constitucionales que ya cuentan con protección, como lo es la privacidad, integridad psíquica o la reserva de datos médicos, que no es otra cosa que la privacidad aplicada a un área específica.

En este sentido, lo errado de la conclusión anterior dice relación con que no se estaría regulando la protección de derechos que nazcan de la aplicación de neuroderechos, sino que se estaría plasmando una especie de “derechos espejos”, es decir, los mismos derechos fundamentales ya protegidos, pero el móvil de afectación ya no sería un acto de autoridad o de un privado, sino que sería el uso de las neurotecnologías.

Sin embargo, creemos que cambiar el móvil que afecta el derecho –acto de autoridad, acto privado o uso de neurotecnología- no cambia la naturaleza jurídica de lo que se pretende tutelar: la integridad psíquica, privacidad, reserva del dato médico, entre otros.

7. Por lo anterior es que proponemos una distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los neuroderechos, partiendo de la base que los primeros son reconocidos. Sin embargo los neuroderechos, son creados a propósito de la creación del humano de la neurotecnología.

8. Lo anterior, nos permite concluir que los neuroderechos no pueden estar incluidos en el catálogo de derechos fundamentales. Su objeto de regulación, principios y contenidos no deben confundirse con la transgresión de los derechos a la integridad psíquica, privacidad y autodeterminación informativa, toda vez que para esto ya existe protección.

9. La regulación de los neuroderechos debe propender a que el uso de las neurotecnologías desforme a tal punto las capacidades tanto motoras como cognitivas del ser humano. En otras palabras, la neurociencia debe ser regulada para que la especie humana siga siendo humana,

9

Conclusiones Generales

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. Producto del efecto unificador propio del principio de juridicidad del estado de derecho, se deberá dar paso a nuevos esfuerzos legislativos destinados a dar un efecto expansivo a esta normativa reformulada, incorporándola a temas como delitos informáticos, contratación informática y firmas y documentos electrónicos
-

Durante el desarrollo de este libro, hemos pretendido abordar un tema no sólo novedoso, sino que, a su vez, de alta pureza técnica y dificultad conceptual, producto de la revolución producida en la actualidad por la introducción de las modernas tecnologías de la información.

De la mano de la más variada doctrina, legislación y jurisprudencias comparadas existentes, e interpretaciones de las diversas soluciones adoptadas, hemos intentado proyectar su aplicación a nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos pretendido expandir el conocimiento de este fenómeno en estudio a nuestra comunidad jurídica y contribuir a la formulación de criterios básicos y complejos. Para ello, hemos ahondado en la naturaleza particular de la protección de datos, examinando las diversas posiciones foráneas, y analizando la realidad que hoy por hoy impera en nuestro país, de cara a los proyectos de reforma en actual tramitación.

Para desarrollar nuestra investigación, hemos hurgado al interior de un amplio material, mayoritariamente proveniente del derecho comparado, reconocido por su

gran calidad doctrinaria y técnica, referido a los aspectos constitucionales del derecho de la protección de datos personales y la autodeterminación informativa, para aportar algunos criterios de juicio que colaboren en la reformulación del paradigma de la intimidad que en nuestro país están promoviendo los proyectos de reforma en actual tramitación, para enfrentar el fenómeno de la globalización, el tratamiento automatizado de datos personales y el fortalecimiento de la dignidad humana como centro del constitucionalismo.

Los resultados de esta investigación nos permiten finalmente, a través de las confrontaciones de las diversas hipótesis planteadas a lo largo de esta obra comprobar y sostener las conclusiones que entregamos durante este libro, y que pueden resumirse en las siguientes consideraciones:

1. Existe la necesidad social de una regulación normativa de la informática como actividad en nuestro país, desde un punto de vista general, en respuesta al vacío existente en nuestro derecho frente a estas materias.
2. Concordante con lo anterior, creemos que en relación a la materia objeto de este libro, las medidas anticuadas de prevención y protección jurídicas existentes en nuestro país en materia de protección de datos personales, deberían dar paso a otras, desarrolladas paralelamente al ritmo de la innovación tecnológica y aún anticipándose a ella, para lo cual estimamos debemos superar el inmovilismo y abulia en que al respecto ha caído no sólo nuestra legislación, sino también la doctrina y cátedras tradicionales de derecho.
3. Para superar la situación antes descrita, creemos que debemos asumir una actitud proactiva y abierta a replantear y actualizar nuestro ordenamiento jurídico, adecuándose en sintonía con los esfuerzos y experiencias de las naciones, -algunas de las cuales hemos analizado en capítulo especial de esta investigación- que a causa de su mayor y más temprano desarrollo tecnológico, ya han reaccionado jurídicamente enfrentados a los feroces embates de los cada vez más frecuentes

atentados a los derechos de las personas, facilitados por el uso de los modernos sistemas de tratamiento de la información y bases de datos, en aras de su regulación.

4. A través del análisis de las experiencias que en el contexto del derecho comparado se han producido, si bien se ha demostrado que se trata de un camino arduo y no falta de problemas a superar, -y frente al cual hasta la fecha sólo se ha reaccionado parcialmente en nuestro país-, no obstante creemos, que animados por una actitud abierta y proactiva hacia los cambios de paradigmas producidos por los tiempos que nos ha tocado vivir, se irá convocando cada día a más juristas y estudiosos del derecho a aventurarse a la superación de los desafíos que le plantea.

5. Este espíritu para adaptarse al cambio, creemos debe permear también la esfera del derecho público, y en específico, al derecho constitucional chileno, en orden a abrirse al estudio de nuevas temáticas como la planteada en esta investigación, -la que no obstante la escasa y desactualizada doctrina y bibliografía nacional existente sobre ella, y que en parte dificultó en alguna medida nuestra investigación-, por su importancia, incluso ha merecido que ya fuera asumida por el legislador nacional planteando los proyectos de reforma en actual tramitación, -y que hemos analizado someramente en esta investigación-, los que de concretarse, a futuro serán objeto obligatorio de su estudio.

6. Respecto del derecho a la intimidad y sus límites, estimamos que en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad en su dimensión tradicional como un derecho garantista (de estatus negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto.

7. Al respecto, y frente a quienes señalan que la protección de datos no es más que una manifestación de la privacidad de las personas, cuya protección particular no justificaría la creación de un nuevo derecho fundamental autónomo, -

pues no importaría un beneficio a un número indeterminado de personas, como es propio de los derechos de tercera generación-, cabe responder que tal como ha reconocido un importante sector de la doctrina internacional, la libertad informática o autodeterminación informativa, justifica plenamente su autonomía, en cuanto se concibe y traduce en dos importantes esferas de aplicación:

- a) una General, externa y objetiva que se traduce en la libertad asegurada a cualquier persona o grupo de personas para acceder libremente a las redes y a todas las posibilidades de actuaciones lícitas que pueda desarrollar en este ámbito, sin limitaciones, y

- b) otra Particular, interna y subjetiva que se traduce en la posibilidad de ejercer una acción efectiva de cautela de la autodeterminación informativa de sus datos personales frente a terceros y ante la autoridad.

Se trata, por tanto, desde esta doble perspectiva de una garantía instrumental para proteger otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor y el pleno ejercicio de sus derechos relacionados.

Es por ello, que las leyes de protección de datos en el mundo se diseñan con una estructura común de equilibrio entre derechos fundamentales contrapuestos, como la intimidad y otros derechos de los titulares de datos, pero sin afectar otros como la libertad de información, de empresa o la necesidad de información del estado, operando, así como una garantía básica e instrumental de otros derechos fundamentales tasados constitucionalmente.

De allí emana la necesidad de contar con una especial medida de protección (Habeas data) y la existencia de un Órgano Autónomo encargado de su protección para la eficacia de dicha garantía.

8. En nuestro país la mayoría de la doctrina nacional concuerda en que la Ley N° 19.628, no desarrolló correctamente la problemática de la protección de datos personales, pues no tuvo en vista convertirse en una ley de protección de datos, sino que sólo perseguía aportar algunos instrumentos específicos que permitieran a las personas una defensa de sus vidas privadas, ante eventuales atropellos o amenazas.

Asimismo, estimamos que se apartó de la estructura que suelen tener las respectivas legislaciones de otros países, y los instrumentos internacionales existentes, donde el titular cuenta con un derecho a la protección de sus datos personales que le garantiza acceder a quién está tratando los datos que le conciernen, en virtud de la obligación de registro previo de éstos para su tratamiento ante un órgano autónomo de control, creado para mantener dichos registros y cumplir un rol fiscalizador de esta normativa.

Por tanto, en Chile aún está pendiente el tema de la protección de datos personales, pese a la dictación de la ley N° 19.628, y amerita importantes modificaciones.

9. A nivel de ley común, concluimos que sin perjuicio de la propuesta de modificación de la ley N° 19.628, -analizada en su oportunidad-, es dable concluir que, en orden a lograr una efectiva protección de datos personales en Chile, se ha avanzado merced a una importante modificación constitucional del año 2018 al estatuto de la vida privada al consagrarse en el artículo 19, N° 4 de nuestra CPR.

Lo anterior, por cuanto creemos que la desprotección de los datos personales en Chile sólo podía ser superada garantizándose constitucionalmente el derecho a la protección de datos personales y el acceso de todas las personas al manejo que se hace de sus datos personales, para lo cual resulta indispensable, además, la creación de un órgano autónomo de control, para mantener dichos registros y cumplir un rol fiscalizador y sancionador de esta normativa, de acuerdo a los estándares internacionales vigentes sobre la materia y cuya necesidad pudimos plantear en su

oportunidad junto a otros juristas nacionales, siendo -afortunadamente-, escuchados.

10. Actualmente, -y no obstante por separado-, los proyectos de ley en actual tramitación así lo conciben en su definición e inspiración, apuntando así a superar el inmovilismo en que ha caído la intimidad en nuestro país de cara al desarrollo tecnológico actual, proponiendo el establecimiento de un nuevo derecho fundamental autónomo e instrumental en búsqueda de lograr mayor dinamismo y transversalidad, mediante la necesaria creación de una Agencia de Protección de Datos como {órgano autónomo para velar por el cumplimiento y aplicación del derecho a la autodeterminación informativa en nuestro país.

Creemos, que todo ese esfuerzo demanda la necesaria y máxima complementación, coordinación y armonía entre los proyectos en actual trámite en el parlamento, para lograr establecer una adecuada regulación del fenómeno. Y lo mismo respecto de los neuro derechos (que por el momento excede el marco de esta libro)

Lo anterior, por cuanto implica el establecer un marco regulatorio armónico con el resto del ordenamiento jurídico nacional, que permita regular este relevante tema incorporado recientemente como garantía constitucional en la carta suprema, en coordinación con la ley de protección de datos y el órgano encargado de garantizarlo.

11. Entendemos el establecimiento de este nuevo derecho como de un derecho fundamental autónomo de tercera generación, (libertad informática y/o autodeterminación informativa) que actúa como garante de otros derechos fundamentales como la intimidad y el honor, en la forma planteada en los capítulos y párrafos precedentes, como acertada respuesta en estos tiempos de globalización y la sociedad de la información para hacer frente al tráfico indiscriminado de datos de cara a los derechos de las personas.

La concebimos conforme la denominada tesis autonómica amplia encabezada por LUCAS MURIILLO, a la que ya nos hemos referido en esta investigación, como un nuevo derecho fundamental, perteneciente a los de tercera generación y construido a partir del derecho a la intimidad y ante la insuficiencia de éste para justificar la protección de datos, que se consigue y está integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas.

12. Creemos que sólo coordinados de manera armónica, coherente y organizada todos los proyectos en actual tramitación al respecto, y apelando al estructuralismo (Y tesis interpretación de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen del profesor de la universidad de la Sorbona O. Spferelmann) podremos avanzar para lograr a futuro establecer y afianzar en Chile, una verdadera protección de las personas vía tutela de su autodeterminación informativa.

13. Lograr lo anterior, creemos demanda, además, -como señala el profesor HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ -, que el Estado intervenga positivamente en la materia, resguardando el derecho de autodeterminación informativa y estableciendo garantías jurisdiccionales que lo protejan, como ocurre, por ejemplo, con la acción de habeas data en el derecho comparado.

14. Respecto de la aplicación y cumplimiento de este derecho por parte de los organismos públicos, se vislumbra que sin perjuicio de las funciones propias que en materia de transparencia corresponden el Consejo de Transparencia creado por la ley N° 20.285, resulta indispensable la creación de un órgano autónomo encargado de esa función,

15. Asimismo, que al respecto será trascendente la labor que por intermedio de su jurisprudencia administrativa desarrolle la Contraloría General la República en el contexto del ejercicio de sus esferas de competencia, y su rol de garante del principio de juridicidad, para ir dilucidando, precisando y estableciendo el alcance del tratamiento de datos en el sector público.

16. Finalmente, estimamos que producto del efecto unificador propio del principio de juridicidad del estado de derecho, se deberá dar paso a nuevos esfuerzos legislativos destinados a dar un efecto expansivo a esta normativa reformulada, incorporándola a temas como delitos informáticos, contratación informática y firmas y documentos electrónicos

Palabras Finales

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. Hasta que la oportunidad de regular ese dilema llegue, queda aún a los juristas esperanza y trabajo para regular el siempre tan inescrutable futuro, por lo que nos despedimos con un axioma de esperanza "La verdadera victoria no está en el éxito material de la contienda, sino en la magnitud y el objetivo del sacrificio realizado",
-

Concluyendo este libro de doctorado, y reconociendo el esfuerzo que están realizando nuestros legisladores y quienes nos han precedido en el estudio de estas materias, queremos dedicar a los que vendrán a continuar esta tarea pendiente en nuestro país, un axioma de esperanza: Como puede observarse este es un tema de un altísimo nivel técnico ya que implica por las consecuencias que tendrá en estos campos y el derecho público, constitucional y administrativo y su fiscalización pues bordea asimismo el tema de la transformación digital del estado por IA, computación cuántica, ciberseguridad, big data, Block Chain, Smart Contracts, etc. incluso haciendo cada vez más tenues las antiguas divisiones entre lo público y lo privado producto del efecto de la globalización a nivel mundial

En efecto, con ocasión de la exposición doctoral LECTIO MAGISTRALIS “Diritto pubblico et diritto privato del profesor Giovanni D’amico la grande dicotomía” presentada el día 8 de octubre de 2021 en el post doctorado sobre derecho y nuevas tecnologías, uno de los máximos referentes del derecho civil contemporáneo de cara al efecto acelerador que la pandemia impuso a la globalización en todo el mundo.

En este sentido, el fin de las autarquías tradicionales de los estados como actores relevantes del orden mundial han cedido paso y primacía de los nuevos actores que revelan las tradicionales fronteras de lo público y privado definiendo así, el signo de nuestros tiempos (Monetta, Giddens, Omaha, etc.) y cuyo único ensamble integrado hoy son hoy los derechos humanos ante el despiadado avance de sus

esfuerzos reguladores como son vbgr. el corazón del actual debate en las plataformas digitales en todo el mundo.

Finalmente, hay un tema aún más fino y futurista a definir y es de orden epistemológico, filosófico, jurídico y quizás religioso en términos éticos y que ha sido poco explorado hasta ahora respecto de los cuales da miedo pensar que hay que resolver los temas éticos con personas no cualificadas o con legislaciones no acabadas de considerar temáticas como cuando al tratar lo posthumano.

Si se puede hacer un uploading informático de la información cerebral, con la intención de un posterior "reloading" en un clon, también cabría una descarga múltiple, lo que nos llevaría a una versión informacional de la polémica sobre la unidad (universal) o singularidad del alma, que ya fue planteada por la escolástica medieval.

Emilio Suñé Llinás ya avanza el tema en su libro "Derecho e Inteligencia Artificial. De la robótica a lo posthumano", reflexionando acerca de sí las máquinas que ni de lejos se acercan a tener una consciencia de sí mismas como tenemos nosotros, preguntándose por otro lado, si esa consciencia de nosotros mismos -que podríamos llamar alma., dónde va cuando morimos? quizás no se pierda y de alguna manera se guarda en algún tipo de "nube" que todavía no conocemos. ¿Y si ese mismo concepto pudiera replicarse en algún momento con las máquinas? ¿Y qué pasa si se pudiera crear una consciencia colectiva?,

El punto más crítico, sin embargo, no acabamos de verlo, que determinaría que un ente artificial compita con el ser humano, hasta el punto de eventualmente exterminarlo, no es la inteligencia y ni siquiera la autoconsciencia, sino algo vinculado a ella, como es el instinto de autoconservación, que puede implicar un "o tú o yo", pero eso está muy vinculado a los entes biológicos, pues sin autoconservación, la vida no existiría.

Lo que asusta, es que la oportunidad de regularlo por vez primera corra la suerte del error en que, pese a tener un modelo espejo para hacerlo, caímos al dictar la ya tantas veces citada ley N° 19.628 y que es lo que trataremos de vislumbrar a estas alturas de tramitación de los proyectos en comento.

Por lo pronto, en principio, es un peligro conjurado de momento, salvo que un aprendiz de brujo lo programe en un ente artificial no biológico. Y ello será allí donde el ser humano profané el árbol de la vida y el pecado original sólo será el preludio del pecado final de la humanidad.

Hasta que la oportunidad de regular ese dilema llegue, queda aún a los juristas esperanza y trabajo para regular el siempre tan inescrutable futuro, por lo que nos despedimos con un axioma de esperanza *"La verdadera victoria no está en el éxito material de la contienda, sino en la magnitud y el objetivo del sacrificio realizado"*,

Santiago, y a ellos!!!

Bibliografía

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. Índice bibliográfico por autores de obras citadas",

INDICE BIBLIOGRAFICO POR AUTORES DE OBRAS CITADAS.

1) BENDA E.,

“Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Datenschutz”,

En DuD, 1984, Nº 2, pp. 89 ss.; H Heussner, op. cit. (en nota 7), pp. 309 ss. Sobre la significación de los valores fundamentales (Grundwerte) para el sistema constitucional de las libertades cfr. A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid 2º Ed., 1986, pp. 286 ss. y con relación a la dignidad humana, derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución y el desarrollo de la personalidad, pp. 317 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

2) BULL H. J.,

“Verfassungsrechtlicher Datenschutz”,

En el vol. Das Europa der zweiten Generation.

Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, a cargo de R. Bieber, A. Bleckmann y F. Capotorti,

INDICE BIBLIOGRAFICO POR AUTORES DE OBRAS CITADAS.

1) BENDA E.,

“Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Datenschutz”,

En DuD, 1984, Nº 2, pp. 89 ss.; H Heussner, op. cit. (en nota 7), pp. 309 ss. Sobre la significación de los valores fundamentales (Grundwerte) para el sistema constitucional de las libertades cfr. A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid 2º Ed., 1986, pp. 286 ss. y con relación a la dignidad humana, derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución y el desarrollo de la personalidad, pp. 317 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

2) BULL H. J.,

“Verfassungsrechtlicher Datenschutz”,

En el vol. Das Europa der zweiten Generation.

Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, a cargo de R. Bieber, A. Bleckmann y F. Capotorti,

Ed. Nomos, Baden-Baden, 1981, pp. 869 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO-ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

3) BOLETÍN OFICIAL N° 896-07

Honorable Cámara de Diputados y Senado de Chile, p. 3079.

4) DENNINGER E.,

“El derecho a la autodeterminación informativa”,

Trad. cast. de A.E. Perez Luño, en el vol. . a cargo de A. E. Pérez Luño, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica,

Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 274. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO-ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

5) DENNINGER E.,

“Datenverarbeitung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik”,

Op. cit. (en nota 3), p. 273. Vid. también para una exposición general de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, H. Heussner, en AuR, 1985, N° 10, pp . 309 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

6) FERRAJOLI, LUIGI,

“Derechos y Garantías”,

Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, pp 37.

7) HEREDERO HIGUERAS MANUEL (1983).

“La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa al censo de población de 1983”.

Documentación Administrativa. Nº 198, pág. 139-158.

8) HERRERA BRAVO RODOLFO,

“Análisis de la Ley Chilena N° 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada”,

http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53&limitstart=5,

visitada el 03.05.2009

9) HERRERA BRAVO RODOLFO

“La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”, http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53,

visitada el 01.06.2009.

10) HUBMANN (Hubmann, H.)

Das Persönlichkeitsrecht.

Segunda Edición, Colonia, 1967). Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informatica y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

11) MAGLIONA M. CLAUDIO,

“Habeas Data y Protección de datos personales en Chile”,

http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53&limitstart=5, visitada el 03.05.2009

12) MARTÍNEZ, RICARD (2007).

“El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”.

En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N° 5. UOC. [Fecha de consulta: 06/04/2009].

<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/martinez.pdf> ISSN 1699-8154

13) MEJÁN LUIS MANUEL C.,

“Derecho a la intimidad y la informática”.

Editorial Porrúa, 1994, Segunda Edición 1996, México, pp. 8.

Biblioteca personal.

14) MORALES PRATS F.,

La tutela penal de la intimidad: privacy e informática.

Editorial Destino, Barcelona. 1984. pp. 129.)

15) MURILLO DE LA CUEVA LUCAS,

“El derecho a la Autodeterminación Informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, Págs. 120-124. Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo *“La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”*, http://www.adi.cl/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=42&Itemid=53, visitada el 01.06.2009.

16) NOGUERA ALCALÁ HUMBERTO,

“Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del habeas data”,

En *Ius et Praxis*, año 3, N° 1,

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, pág. 265.

17) PAREDES GONZALES JULIO CESAR.

“El hábeas data”

URL: http://www.verbalegis.com.bo/index.php?option=com_content&task=view&id=62&Itemid=2,

visitada el 17.06.2009

18) PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE,

“Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”,

Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

19) PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE.,

“Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”,

Ob. cit., pp. 82 ss. y 120 ss.; *id.*, *Los derechos Fundamentales*, *cit.*, pp. 183 y ss.

20) PODLECH A.,

“Artículo 2 Abs. 1”, en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984, pp. 341 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989,

Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

21) SAGÜES, NÉSTOR PEDRO,

“Elementos de Derecho Constitucional”,

Editorial ASTREA, Tomo II, 2003, Buenos Aires, Argentina

22) SIMITIS S.,

“Datenschutz . Voraussetzung oder Ende der Kommunikation”,

En el vol. Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart artículo Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, a cargo de N. Horn, C.H. Beck, München, 1982, pp. 513 ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO- ENRIQUE, *“Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

23) SIMITIS S.,

“Einleitung”

En Bundesdatenschutzgesetz Kommentar,

Editorial Nomos, Baden – Baden, 1978, pp. 53 y ss. Citado por PÉREZ LUÑO ANTONIO-ENRIQUE, *“Libertad Informática y Derecho a la Autodeterminación Informativa”*, Publicada en el Congreso sobre Derecho Informático. Facultad de Derecho de Zaragoza. (22-24 Junio 1989, Ediciones de la Universidad), págs. 359 y siguientes.

24) SUÑÉ LLINÁS EMILIO,

Tratado de derecho Informático. Vol. 1, Universidad Complutense, Madrid, España 2000, pág. 31, Citado por Rodolfo Herrera Bravo en su trabajo *“La protección de datos personales como garantía básica de los derechos fundamentales”*.

25) Pagina web

[http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_\(lingüística\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Estructuralismo_(lingüística)),

visitada el 06.05.2009.

26) Página web

http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090710/pags/20090710164630.html,

visitada el 03.08.2009.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS NEURODERECHOS

“Using thought to control machines”, The Economist, jon 4th 2018. At: <http://bcn.cl/29u86> (April, 2019).

Grillner Sten, et. al. “Worldwide initiatives to advance brain research”, Nature Neuroscience volume 19, pages 1118–1122 (2016). At:

<https://www.nature.com/articles/nn.4371> (April, 2019).

The BRAIN Initiative. Instituto Nacional de Salud (NIH) de Estados Unidos. At: <http://bcn.cl/29r10> (April, 2019).

European Union: Human Brain Project. At: <http://bcn.cl/29r12> (April, 2019).

“BRAIN SCIENCE: Mapping the Landscape of Brain and Neuroscience Research”. A report prepared by Elsevier Research Intelligence

Mónica Di Luca, President of the Federation of European Neuroscience Societies (FENS) and Board Member of the European Brain

Council (EBC) en “BRAIN SCIENCE: Mapping the Landscape of Brain and Neuroscience Research”, pág. 27. (April, 2019).

Cognitive Augmentation: Current State of the Art and Future Prospects”, Front. Hum. Neurosci., 31 January 2019. At:

Neuroscience, Vol 12, 2018. Pag 843. At:
<https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fnins.2018.00843> (April, 2019).

Tecnologías y dispositivos de asistencia según las Naciones Unidas. At:
<http://bcn.cl/29rlb> (April, 2019).

Translational Success”, Frontiers in molecular neuroscience, 11, 221.
doi:10.3389/fnmol.2018.00221. At:

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6028713/> (April, 2019).

“Un implante coclear regenera nervio auditivo”, K. Bourzak, MIT Tech Review, 2014.
At: <http://bcn.cl/29rlc> (April, 2019).

Transgene Expression and Cell Fate”, Human Gene Therapy Vol. 30, No. 2, 8 Feb 2019 At: <http://bcn.cl/29rld> (April, 2019).

Fuentes et.al. “Spinal Cord Stimulation Restores Locomotion in Animal Models of Parkinson's Disease”, Science 20 Mar 2009: Vol. 323,

Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas. At:
<http://bcn.cl/29rlm> (April, 2019).

“Código de Nuremberg”, NIH. At:
<https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (April, 2019).

Declaración de Helsinki, AMM. Ppios. éticos para investigaciones médicas en humanos. At: <http://bcn.cl/29rln> (April, 2019).

Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos”, Preparadas por el Consejo de Organizaciones

Goering, S, Yuste, R. Commentary: “On the Necessity of Ethical Guidelines for Novel Neurotechnologies”, Cell, Volume 167, Issue 4, 3

Anexos

Marcelo Eduardo Huerta Miranda

LISTA DE CONTENIDOS

1. Resumen Ejecutivo
-

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE REGULA LA PROTECCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES Y CREA LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. (BOLETINES N° 11.092-07 y 11.144 -07, refundidos)

I.- PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO: La iniciativa en informe tiene por objetivo perfeccionar las normas relativas al tratamiento de los datos personales de las personas naturales, de manera que éste se realice con el consentimiento del titular de dichos datos o en los casos que lo autorice la ley, asegurando estándares de calidad, información, transparencia y seguridad. Asimismo, crear la Agencia de Protección de Datos Personales, organismo público encargado de velar por la protección de los datos personales.

II.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: Se divide en dos artículos permanentes. El primero introduce diversas enmiendas a la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada. El artículo 2° modifica la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Asimismo, esta iniciativa contiene nueve disposiciones transitorias.

III.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: El artículo 25 y el artículo 50 tienen rango de ley de quorum calificado, en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 8° y el artículo 66 inciso tercero de la Constitución Política de la República. Los artículos 33, incisos tercero y sexto, 47, 48, inciso sexto, 49, inciso primero, 57 y 58 tienen rango orgánico constitucional toda vez que inciden en

atribuciones de órganos regidos por leyes orgánicas constitucionales, y a lo dispuesto en el artículo 66 inciso segundo de la Constitución Política de la República

V.- ORIGEN DE LA INICIATIVA: Este proyecto tiene su origen en un Mensaje de S.E la ex Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet Jeria, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletín N° 11.144-07) y en la Moción de los Honorables Senadores señores Harboe, Araya, De Urresti, y de los exsenadores señores Espina y Larraín, sobre protección de datos personales (Boletín N° 11.092-07).

VI.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primer trámite.

VII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

VIII.- INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 17 de enero de 2017 (Boletín N° 11.092-07) y 15 de marzo de 2017 (Boletín N° 11.144-07).

IX.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- Normas Constitucionales.

1.1.- El artículo 8°, inciso segundo, que establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

1.2 - El artículo 19 N° 4 que asegura a toda persona el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

1.3.- El artículo 19 N° 5 que asegura a toda persona la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

1.4.- El artículo 19 N° 12 que asegura a toda persona la libertad de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

2.- Normas legales

2.1.- Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

2.2.- Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

ANEXO

INFORME DE PRODUCTIVIDAD

Proyecto de Ley que Regula la Protección y el Tratamiento de los Datos de Personales

Mensaje N°: 001-365

Ministerio de Hacienda 15.03.2017

Índice de Contenidos

I. Descripción del problema

- Ámbito de aplicación de la regulación

- Implicancias de no realizar las modificaciones regulatorias

II. Objetivos del proyecto

- Descripción de la propuesta regulatoria
- Evaluación de los objetivos
- Experiencia comparada

III. Alternativas de política consideradas

IV. Beneficios del Proyecto de Ley

1. Beneficios de la Protección de la Privacidad
2. Fomento al desarrollo de la industria de servicios globales (Offshoring)
3. Promoción de la industria de servicios en línea
4. Fomento a la competencia en los mercados
5. Simplificación de trámites en el Estado
6. Reducción en los costos de reclamación para los titulares de datos personales

V. Posibles costos del Proyecto de Ley

1. Implementación de la Agencia de Protección de Datos Personales
2. Costos del manejo de los datos personales
3. Costos de acceso a información de actuales y potenciales clientes

VI. Conclusiones

I. Descripción del problema

La reducción en los costos de almacenamiento de la información gracias a los rápidos avances tecnológicos de las últimas décadas ha hecho posible la obtención, el almacenamiento y el análisis de una gran cantidad de datos personales a costos cada vez más bajos. Hoy en día las empresas pueden mantener un registro

detallado de todas las transacciones de sus clientes y los sitios web tienen la capacidad de almacenar información de las masivas visitas que reciben por día. Existen empresas además que recopilan datos únicos de distintas fuentes para combinarlos y elaborar perfiles detallados de los individuos, que son posteriormente vendidos a terceros para el desarrollo de nuevos negocios.

Esta realidad ha generado la necesidad de establecer las condiciones regulatorias que permitan a las personas proteger sus datos personales frente a una intromisión no consentida de terceros, sean estos públicos o privados. En el centro de las demandas de los titulares de datos personales está el respeto a ciertos derechos, como son el derecho de acceso a su información, el derecho a rectificar datos que son inexactos, el derecho a eliminar su información en determinadas circunstancias y de oponerse al tratamiento automatizado de su información para ciertos fines. Los responsables del tratamiento de datos personales, por su parte, requieren un cuerpo legislativo coherente que establezca las condiciones bajo las cuales los datos personales pueden ser tratados de forma lícita.

Hoy la regulación sobre protección y uso de datos de carácter personal de las personas naturales está contenida en la Ley N° 19.628, del año 1999, sobre protección de la vida privada. Si bien esta ley constituyó un gran avance al momento de su publicación, siendo Chile el primer país latinoamericano en adoptar un marco regulatorio en la materia, existe amplio consenso entre los actores políticos e institucionales, organismos internacionales, académicos, entidades de la sociedad civil, empresas y la sociedad en general, que la actual normativa ha comenzado a ser insuficiente. La obsolescencia de algunos de sus criterios u orientaciones regulatorias, junto con la ausencia de una autoridad de control y de un diseño institucional adecuado la han llevado a perder eficacia en su función de protección de la privacidad de las personas en su interacción con otros y con el propio Estado.

Además, cuando Chile firmó el Convenio de Adhesión a Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 2010, se comprometió a seguir avanzando en las reformas de aquellas materias que son ejes para el desarrollo

social y económico, tales como la protección de la privacidad y el flujo transfronterizo de datos. Dicho compromiso se cumple con el envío al Congreso de este Proyecto de Ley.

De esta forma, se propone avanzar en una nueva legislación que perfeccione y complete los vacíos de la actual normativa, equilibrando de forma adecuada la protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de los datos personales con el aseguramiento de la libre circulación de la información.

Ámbito de aplicación de la regulación

La regulación que se propone tendrá impacto en todas las personas naturales o jurídicas, responsables de datos, que realicen tratamiento de datos personales en Chile.

Los grupos que se ven impactados son los siguientes:

- Sector público: todos los órganos públicos que forman parte de la Administración del Estado, el Congreso Nacional, el Poder judicial, los tribunales especiales creados por ley y los órganos públicos dotados de autonomía constitucional.

- Sector privado: todas las empresas (incluyendo micro, pequeñas, medianas y grandes empresas) y las personas naturales que en el desarrollo de una actividad económica realicen el tratamiento de datos personales.

De acuerdo con información que se obtiene de la base de afiliados al Seguro de Cesantía, que maneja la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), existen alrededor de 332 mil empresas en el país (promedio 2016). De este total, alrededor

de 260 mil son microempresas, 44 mil pequeñas empresas, 9 mil empresas medianas y sólo 3 mil son empresas de gran tamaño. Todas ellas, en mayor o menor medida, podrían verse afectadas por esta regulación.

- Sociedad civil: las ONG's, las organizaciones comunitarias, corporaciones, fundaciones y asociaciones, los partidos políticos, las asociaciones gremiales, los sindicatos, las asociaciones de consumidores, los centros de estudios, las universidades, organismos de educación y cualquier otra entidad que no desarrolle una actividad económica y que trate datos personales.

La regulación afectará también a todas las personas cuyos datos personales sean tratados en Chile, garantizándoles una serie de derechos en relación con el manejo de sus datos. En la práctica, todas las personas que utilizan medios electrónicos para realizar transacciones, transitan por autopistas urbanas, emplean tarjetas de identificación o registro magnético, navegan en Internet, se registran mediante nombres de usuario y una clave en diferentes sitios web, entregan su RUT en distintos comercios para la acumulación de puntos o son parte del Registro Social de Hogares que aplica el Ministerio de Desarrollo Social, entre otras actividades, serán afectadas por la nueva regulación.

En cuanto a las actividades sujetas a la regulación, el proyecto involucra todo tratamiento de datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, incluidos los órganos públicos, las empresas y entidades de la sociedad civil o del tercer sector que no se encuentre regido por una ley especial. Respecto de los tratamientos de datos personales sujetos a una ley especial, se establece el carácter supletorio de esta normativa; es decir, se aplica en todos aquellos casos que no exista una regla especial.

Se encuentran excluidos de este régimen regulatorio el tratamiento de datos personales que se realice en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar regulado por las leyes especiales (ley de la Prensa) y el tratamiento de datos

que efectúen las personas naturales en relación con sus actividades personales.

Implicancias de no realizar las modificaciones regulatorias

La opción política pública de mantener la actual regulación implicaría continuar con una normativa insuficiente y obsoleta, que no protege adecuadamente los derechos de la ciudadanía y que podría tener efectos económicos relevantes en la economía.

El hecho de que el país no cuente con adecuados estándares internacionales de protección de datos frena el desarrollo de las exportaciones de servicios y, en particular, el desarrollo de la industria de servicios globales. A su vez, esto impacta en la atracción de inversiones, el desarrollo y la innovación tecnológica, y en la generación de capital humano avanzado. Asimismo, los consumidores, que pueden expresar reticencias cuando tengan la opción de utilizar servicios en línea cuando no reciben las garantías suficientes de un manejo seguro de sus datos personales, se desalienta el desarrollo de un sector emergente con gran potencial de crecimiento.

En los últimos años se han desarrollado diversas acciones para intentar subsanar, en parte, las falencias del marco normativo provisto por la Ley N° 19.628 de 1999 y aminorar los costos que esta situación implica. Entre estas acciones se considera un conjunto de modificaciones legales a la Ley N° 19.628; la utilización de modelos de autorregulación y buenas prácticas en el tratamiento y protección de los datos personales; y la judicialización de los casos de manejo ilícito de los datos personales. No obstante, ninguna de estas alternativas, en forma aislada o en su conjunto, ha sido suficiente para responder a los crecientes desafíos que esta materia involucra.

Desde su publicación, la Ley N° 19.628 se ha modificado en cinco ocasiones, en diversos ámbitos, con el fin de perfeccionar criterios u orientaciones regulatorias

inadecuadas y completar algunos vacíos de la legislación . Asimismo, están en tramitación más de 60 iniciativas legislativas, originadas mayormente en mociones parlamentarias, que han intentado regular aspectos como el tratamiento de datos personales, el tratamiento del spam, y el control del marketing directo, entre otras muchas materias. El principal problema es que estas modificaciones no han sido parte de un esfuerzo ordenado y sistemático por generar una legislación moderna que se adecúe a los estándares internacionales, como se intenta hacer en este proyecto de ley.

Por otra parte, los modelos de autorregulación asumidos por los propios responsables de datos, sin mecanismos de verificación, control y seguimiento, han sido escasos y con bajo impacto. Si bien estos mecanismos les dan mayor flexibilidad a los responsables de datos en el cumplimiento de la normativa, tienen por lo mismo una eficacia bastante limitada. Por último, la judicialización de los casos implica altos costos para los intervinientes y para el Estado y genera importantes grados de incertidumbre para los responsables de datos personales respecto a cuándo es lícito el tratamiento que realizan.

II. Objetivos del proyecto de ley

Este proyecto de ley busca avanzar en una nueva legislación que perfeccione y complete los vacíos de la actual normativa, equilibrando de forma adecuada la protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de los datos personales con el aseguramiento de la libre circulación de la información. Además, busca incorporar un sistema institucional y de incentivos que asegure la aplicación y cumplimiento de la ley, siempre recogiendo los estándares internacionales contenidos en la legislación comparada. En concreto, persigue los siguientes objetivos:

1. Establecer condiciones regulatorias que permitan reforzar los derechos de los titulares de los datos personales.

2. Dotar al país de una normativa coherente con los estándares y compromisos internacionales, especialmente aquellos adquiridos con el ingreso de Chile a la OCDE.
3. Incrementar los estándares legales de Chile en el tratamiento de datos personales para transformarlo en un país con niveles adecuados de protección y seguridad.
4. Definir estándares regulatorios y condiciones para legitimar el tratamiento de datos personales por parte de los órganos públicos, compatibilizando el cumplimiento de la función pública y los derechos de los ciudadanos.
5. Contar con una autoridad de control de carácter técnico y una institucionalidad pública que asuma los desafíos regulatorios y de fiscalización en materia de tratamiento de datos personales.

Descripción de la propuesta regulatoria

Para lograr los objetivos antes descritos el Proyecto de ley propone los siguientes cambios a la normativa vigente:

1. Se incorporan un conjunto de principios rectores en materia de protección y tratamiento de datos personales reconocidos en la legislación comparada.
2. Se refuerzan y amplían los derechos de los titulares de datos personales. Se le reconocen los derechos ARCO , derecho a la portabilidad de los datos y "derecho al olvido" en relación con los datos sobre infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias.

3. Se establece un procedimiento directo y eficaz para que una persona pueda recurrir directamente ante el responsable de datos.
4. Se establece el consentimiento del titular como la principal fuente de legitimidad del tratamiento de los datos personales.
5. Se regula las obligaciones, deberes y del régimen de responsabilidades al que se sujetan las personas naturales o jurídicas que realizan tratamiento de datos personales (responsables de datos).
6. Se adoptan nuevos estándares normativos para el tratamiento de los datos personales sensibles y establecimiento de una regulación específica para cierto tipo de datos sensibles y para algunas categorías especiales de datos personales.
7. Se establece una protección y regulación especial para el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes.
8. Se introduce una regulación particular para el flujo transfronterizo de datos personales, que se ajusta plenamente a los estándares y recomendaciones de la OCDE.
9. Se modernizan los estándares regulatorios para el tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos. El tratamiento de datos personales y la cesión de estos será lícito sólo cuando se realice para el cumplimiento de sus funciones legales; por ejemplo, para otorgar beneficios sociales o evitar la duplicidad de trámites. Se define además un procedimiento de reclamación administrativa y de tutela judicial efectiva para el ejercicio y protección de estos derechos, y se establece que es la autoridad o jefe superior del órgano el responsable de un adecuado tratamiento de los datos personales de acuerdo con la ley.

10. Se crea una institución especializada y de carácter técnico, llamada Agenda de Protección de Datos Personales encargada de velar por el cumplimiento de la normativa relativa al tratamiento de datos personales y su protección, con facultades para regular, supervisar, fiscalizar y sancionar los incumplimientos. Se consagra un modelo de coordinación regulatoria cuando ésta deba dictar una instrucción o norma con efectos en los ámbitos de competencia del Consejo para la Transparencia.

11. Se contempla un catálogo específico de infracciones a los principios y obligaciones establecidos en la ley cometidas por los responsables de datos, que se califican atendida su gravedad. De forma coherente, se establecen sanciones que van desde la amonestación escrita a multas que oscilan entre 1 y 5.000 UTM. En casos excepcionales se contempla el cierre o clausura de las operaciones de tratamiento de datos.

Evaluación de los objetivos

El cumplimiento de los objetivos de este proyecto de ley se podrá realizar a través de distintos medios. Primero, la Agencia de Protección de Datos Personales, en virtud del ejercicio de sus facultades (letras c) y d) del artículo 31), podrá requerir información a los responsables del tratamiento de datos personales y efectuar un seguimiento de la forma en que éstos ajustan sus procedimientos, a fin de dar un debido cumplimiento a la ley. Esta información permitirá realizar un análisis cualitativo de los efectos de la regulación para un manejo lícito, controlados e informado de datos personales.

Segundo, como resultado de las facultades de fiscalización y sancionatorias de la Agencia, se podrán obtener estadísticas detalladas del número y monto de las multas cursadas, el tipo de conducta constitutivo de infracción, el tamaño del perjuicio producido en términos del número de titulares afectados y los beneficios obtenidos, además del número de reclamos que formulen los titulares de datos. En conjunto con

las características de los responsables de datos personales infractores (por ejemplo, tamaño, sector económico, volumen y finalidad de los datos tratados), se podrá realizar un seguimiento y un análisis cuantitativo del nivel de cumplimiento de la regulación y su efectividad distinguiendo por tipo de empresa responsable del tratamiento de datos personales. Esta información permitirá evaluar también el efecto de las sanciones como medio de disuasión.

Tercero, el proyecto de ley incorpora un modelo de prevención de infracciones, con mecanismos de verificación, control y seguimiento, al que se podrán acoger todos los responsables del tratamiento de datos personales. Dado que será la Agencia la encargada de revisar que el modelo tenga los estándares adecuados, podrá recopilar y sistematizar información relevante para la evaluación del cumplimiento de los objetivos del proyecto.

Por último, se espera que esta regulación tenga efectos económicos en el país en la medida que mejore la calidad de la normativa que resguarda el respeto a la privacidad y la protección de datos personales. Esto podría traducirse en un aumento de las exportaciones de servicios, en particular, de la industria de servicios globales, y de la inversión en estos sectores. Asimismo, se podría observar un aumento del empleo en los sectores relevantes o que se produzca un aumento de los servicios en línea, entre otras cosas. En función de estas variables será posible realizar una evaluación de los efectos de la regulación, no sólo desde una perspectiva temporal sino también en relación con otros países.

Experiencia comparada

A nivel internacional existen dos corrientes principales en torno a la protección de los datos personales. Uno es el modelo europeo que establece como un derecho fundamental "el derecho a la protección de los datos personales"; por lo tanto, se reconoce como derecho autónomo, independiente del derecho a la privacidad. Por su parte, el modelo estadounidense enfatiza la protección de la vida

privada, otorgando amplia autonomía a las personas para controlar su información, sin entorpecer la libre circulación de esta.

Por su parte, los países miembros de la OCDE elaboraron y adoptaron las Directrices sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales del organismo. Aunque no son jurídicamente vinculantes, han sido reconocidas como una declaración de los contenidos y principios esenciales que deben guiar la privacidad de los datos personales y recoger los miembros de la OCDE en sus normativas internas. Además, al establecer una estrategia común, permite evitar inconsistencias en las legislaciones internas de protección de datos personales, que podrían afectar la libre circulación de los datos y limitar los beneficios económicos del flujo transfronterizo de información.

El proyecto de ley de Protección de Datos Personales actualiza y moderniza el marco normativo e institucional incorporando a la legislación nacional un conjunto de principios rectores que han sido reconocidos en las Directrices de la OCDE y en los modelos regulatorios europeo y estadounidense.

Esto se traduce en que la propuesta regulatoria de esta iniciativa se establece que el tratamiento de los datos personales de las personas naturales se realice con el consentimiento del titular de estos datos o en los casos que autorice la ley, reforzando la idea que los datos personales deben estar bajo la esfera de control de su titular, como se establece en el modelo normativo estadounidense. Esto favorece su protección frente a toda intromisión de terceros y establece las condiciones regulatorias bajo las cuales los terceros, personas naturales o jurídicas, empresas u organizaciones públicas y privadas, pueden efectuar legítimamente el tratamiento de tales datos, asegurando estándares de calidad, información, transparencia y seguridad.

Además, se incorporan a la legislación interna un conjunto de principios rectores que han sido reconocidos en las Directrices de la OCDE y en el derecho

europeo, que inspiran la regulación de las operaciones de tratamiento de datos personales: principio de licitud del tratamiento, principio de finalidad; principio de proporcionalidad; principio de calidad; principio de responsabilidad; principio de seguridad; principio de información. Además, en línea con la normativa europea, se establece una autoridad de control encargada de velar y fiscalizar el cumplimiento de la normativa relativa al tratamiento de datos personales y su protección.

De esta forma, esta regulación equilibra la protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de los datos personales, especialmente el respeto y protección a la vida privada e intimidad, con la libre circulación de la información, asegurando que las reglas de autorización y uso que se establezcan no entraben ni entorpezcan el tratamiento lícito de los datos por parte de las personas, organismos y empresas.

En la actualidad, todos los países miembros de la OCDE tienen una legislación sobre protección de datos personales que se alinea con las directrices de la organización, con excepción de Chile y Turquía. Así, este proyecto de ley permite cumplir un compromiso con la OCDE, adoptando las mejores prácticas internacionales y situándose a la altura de las legislaciones más avanzadas en materia de protección de la privacidad y del flujo transfronterizo de datos personales.

III. Alternativas de política consideradas

Esta propuesta regulatoria es una ley marco que actúa como regla general de aplicación, esto es, aquellos tratamientos de datos que no estén sometidos a una regla especial se rigen por esta ley y en todos aquellos casos que estos ordenamientos particulares no regulen, se rigen supletoriamente por esta ley. Lo anterior implica que no existe duplicidad normativa o conflicto de ley, ya que esta normativa es de carácter general, pero prevalecen por sobre ella las normas especiales . Respecto de la regulación aplicable al sector público, el proyecto de ley consagra dos normas de coordinación regulatoria con el objeto de evitar

duplicidades, contradicciones o vacíos normativos.

En cuanto a las alternativas regulatorias para la protección de datos personales se tuvo a la vista las dos corrientes principales en la materia (modelo europeo y estadounidense, ya descritos). Reconociendo las virtudes de ambos modelos, y tomando en consideración que la Constitución Política de la República establece como un derecho fundamental de las personas el respeto y protección a su vida privada, se optó por un marco normativo que refuerza la protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de los datos personales, especialmente el respeto y protección a la vida privada e intimidad, pero relevando la importancia de no entorpecer la libre circulación de la información, con reglas de autorización y uso adecuadas que permitan un tratamiento lícito de los datos por parte de las personas, organismos y empresas.

Para el cumplimiento de la regulación se optó por la creación y determinación de una autoridad de control, con facultades para regular, supervisar, fiscalizar y sancionar los incumplimientos, siguiendo la orientación del modelo europeo. EE.UU., en cambio, tiene un sistema jurídico de precedentes y con amplia tutela judicial.

En este sentido, existían dos opciones institucionales: asignarle las funciones fiscalizadora, sancionadora y normativa a alguna agencia pública existente (como el Consejo para la Transparencia) o crear una nueva agencia pública.

Al respecto, la experiencia internacional indica que las facultades de vigilancia o supervigilancia en relación con la protección de datos están radicadas en la gran mayoría de los países en agencias con responsabilidad exclusiva sobre el derecho de protección de datos. Entre estos países se pueden encontrar Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Nueva Zelandia, Portugal y Suiza. Si bien hay ejemplos de países que han adoptado la duplicidad de funciones al interior de sus instituciones, como son los casos de México y Reino Unido, las dos son experiencias

muy distintas a la que se propone en Chile.

Por otra parte, se debe considerar que los derechos de acceso a la información y de protección de datos son bienes jurídicos que por su naturaleza en muchas oportunidades pueden entrar en conflicto. Para precaver esta eventualidad, al sistema jurídico y político le corresponde generar los mecanismos para que la resolución de este conflicto tenga un cauce institucional, un procedimiento racional y competencias diferenciadas. De ahí la importancia de contar con instituciones diferentes.

En un Estado de Derecho estos conflictos son resueltos, en última instancia, por los Tribunales de Justicia, pero teniendo en cuenta la opinión especializada de dos organismos diferentes (uno que pugna en favor de la transparencia en la información pública y otros que actuaría en favor de la protección de la información personal de una persona determinada). En cambio, si existiera una sola institución encargada de velar simultáneamente por la protección de datos y el acceso a la información, uno de estos dos derechos podría quedar desprotegido.

Un aspecto crítico que favorece la posición que deban existir dos instituciones distintas es que los ámbitos regulatorios de la protección de datos y del acceso a la información son muy distintos, lo que se refleja en una serie de factores:

- **Actores:** los actores sujetos a las reglas y obligaciones de acceso a la información y transparencia son principalmente entidades públicas o entidades privadas que cumplen una función pública y reciben aportes del Estado. Los actores que tratan datos personales son personas y entidades públicas o privadas.
- **Principios:** Los principios que orientan a las instituciones que regulan estas actividades tienen orígenes y focos distintos, incluso pueden ser contradictorios. El acceso a la información tiene como principios centrales de

actuación la transparencia y el acceso a la información pública. En tanto que la protección de datos se centra en el consentimiento de la persona o titular (tratamiento controlado) y en el uso de la información (principios de licitud y finalidad del tratamiento).

- **Funciones y regulaciones:** El ámbito regulatorio de la protección de datos está orientado hacia la generación de estándares normativos que favorezcan un tratamiento de datos controlado, seguro y con amplios grados de autonomía personal para los titulares de datos. En el acceso a la información el foco de la regulación está en el ejercicio de la función pública con transparencia, promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en su ejercicio.
- **Especialización:** Las regulaciones en el ámbito del acceso a la información y la transparencia exigen un alto nivel de conocimiento técnico en los modelos de toma de decisiones, procesos y actividades de los órganos de la Administración del Estado. Las regulaciones relativas a la protección de datos exigen altos niveles de conocimiento en los mercados de la información personal, el intercambio de datos y la interacción con las nuevas tecnologías de la información (big data, internet de las cosas, dispositivos móviles inteligentes, entre otros).
- **Conflictos de intereses:** La institucionalidad ligada a acceso a la información está pensada principalmente en su independencia frente al Poder Ejecutivo. En el caso de la protección de datos los principales conflictos de intereses se darán con el sector privado, por ende el problema se torna mucho más complejo.

En consideración a los planteamientos antes presentados, el Ejecutivo en este proyecto de ley optó por un modelo de autoridad basado en el control especializado y con altos estándares técnicos, que le otorga a la Agencia de Protección de Datos Personales una única función de protección de datos personales.

IV. Beneficios del proyecto de ley

El principal objetivo de este proyecto de ley es salvaguardar el respeto y la protección de los derechos y las libertades de las personas; en particular, el derecho a la privacidad frente a una intromisión no consentida de terceros, sean estos públicos o privados y, regular el tratamiento ilícito de la información de los titulares de datos.

La literatura reconoce un conjunto de trade-offs económicos asociados a la difusión y protección de datos personales. Sin embargo, no todos estos trade-off tienen una dimensión monetaria explícita. En particular, la protección de la privacidad incide en el bienestar de las personas de manera no sólo intangible, sino que muchas veces no medible. Más allá de esto, se puede distinguir una serie de beneficios económicos que se desprenden de avanzar en una nueva legislación que garantice un adecuado tratamiento de los datos personales.

Los beneficios más relevantes para destacar y que son analizados en este informe son los siguientes:

1. Beneficios de la Protección de la Privacidad

Uno de los principales beneficios del proyecto de ley dice relación con el efecto en bienestar que se deriva de la mayor protección de la privacidad. Estudios de opinión realizados en distintos países muestran que los consumidores tienen una preocupación especial por la privacidad de su información personal. Un estudio del Consejo para la Transparencia (CPLT), muestra que las personas se preocupan del cuidado de su información personal, especialmente cuando se refiere a su RUT, domicilio, y teléfono fijo y móvil (Gráfico 1).

Gráfico 1: Porcentaje de las personas que cuida distintos tipos de información personal, 2014.

Fuente: Protección de Datos Personales en el Manejo de Datos de Investigación realizado Organismos Públicos, Unidad de Estudios y Publicaciones, Dirección de Estudios, Consejo para la Transparencia, 2015.

Una valoración económica experimental de los datos personales se realizó para el caso mexicano. Una persona valora en hasta US\$ 253 la información altamente sensible -RUT e información bancaria- mientras su valoración cae hasta US\$ 6 cuando se trata simplemente de su información básica. Utilizando información contenida en pólizas de seguros para proteger a las personas contra el robo de su identidad, u otras herramientas se puede obtener otra aproximación de la valorización que dan las personas a su información personal. Así, por ejemplo, en México, las pólizas para proteger el robo de la identidad se transan en US\$ 168, a su vez, las herramientas para eliminar registros cuestan US\$ 152 y un software de navegación para proteger la identidad vale US\$ 108.

Una encuesta realizada en México, con una metodología precisa para medir la disposición a pagar por la protección de los datos personales y lo que se estaría dispuesto a aceptar (recibir) por la venta de los propios datos personales, muestra que estos están en torno a US\$ 656 y US\$ 1.525, respectivamente. Es interesante notar que las personas estarían dispuestas a aceptar por la venta de sus datos personales 2,3 veces más que lo que estarían dispuestos a pagar por la protección de estos.

El costo del mal uso de la información personal -y por ende, el beneficio de protegerla—es complejo de medir en la medida que involucra daños tanto tangibles como intangibles, que incluso pueden llegar a manifestarse tiempo después. Calo (2011) distingue entre daños objetivos y subjetivos a la privacidad . Los primeros se

vinculan a la pérdida de control de la información personal y a la posibilidad de usar los datos de una persona en contra de ella (por ejemplo, el uso malicioso del RUT de una persona). El estudio del CPLT ya citado muestra que cuando las personas más se preocupan por el mal uso de su información personal es en las transacciones bancadas y en trámites con instituciones privadas (empresas de servicios, grandes tiendas, etc.) (Gráfico 2). Los daños subjetivos se derivan de la percepción de observación indeseada, que pueden generar ansiedad, incertidumbre e incluso temor.

Gráfico 2: Situaciones en las cuales las personas se preocupan de su información personal, 2014.

Fuente: Protección de Datos Personales en el Manejo de Datos de Investigación realizado Organismos Públicos, Unidad de Estudios y Publicaciones, Dirección de Estudios, Consejo para la Transparencia, 2015.

La existencia de mercados secundarios de datos de consumidores también puede producirles externalidades negativas. Esto, ya sea porque la empresa responsable de los datos extrae todo el beneficio de la información de los consumidores para fines comerciales o publicitarios, o porque obtiene todas las ganancias de transferir la información a terceros, pero sin internalizar los costos para los consumidores de relevar esta información. Dado que los consumidores no tienen cómo saber quién divulga su información o incluso cómo es cruzada con otras fuentes de datos, no son capaces de penalizar adecuadamente a la empresa que ilícitamente hizo uso de su información (Swire y Litan, 1998). En términos económicos, la empresa internaliza las ganancias de usar la información de sus consumidores, pero externaliza varios de los costos.

Por la naturaleza incierta del costo de la privacidad, las personas tienen muchas dificultades para poder cualificarlos y evaluarlos adecuadamente. No obstante, esto no significa que no existan; pueden ser eventos con alta probabilidad

y bajo impacto para las personas (por ejemplo, el spam) o materializarse como eventos con un impacto alto pero con baja ocurrencia probabilística (por ejemplo, rechazo de un crédito hipotecario por suplantación de identidad). En cualquier caso, ya sea por su bajo impacto o escasa probabilidad de ocurrencia, pueden ser ignorados a nivel individual, aunque en el agregado podrían causar un daño social significativo.

2. Fomento al desarrollo de la industria de servicios globales (Offshoring)

En la actualidad a las empresas extranjeras de servicios globales se les dificulta instalarse en Chile, porque el país no cuenta con adecuados niveles de protección de datos y las empresas no tienen garantías suficientes de un manejo lícito de la información privada tratada dentro del país. Para poder operar hoy en Chile, las empresas de servicios globales solicitan una autorización para tratar datos personales al regulador extranjero del país correspondiente, lo que encarece el proceso y disminuye las ventajas comparativas de Chile para competir en los mercados internacionales. Así, muchas empresas de servicios evalúan el país donde se instalan dependiendo de si cumple o no los estándares en materia de protección de datos establecidos por la OCDE.

Pese a todo, Chile ha tenido un buen desempeño en el desarrollo de la industria de servicios globales y existe un gran potencial para continuar impulsándolo. No sólo porque el offshore de servicios es una industria en rápido crecimiento, que casi cuadruplicó su tamaño entre los años 2005 y 2010, sino también porque Chile tiene importantes ventajas comparativas en términos de costos, habilidades y clima de negocios. Es uno de los países de la región más avanzados en materia de conexión digital, uso de TIC y capital humano, además de que comparte huso horario con EE.UU, factores todos que son clave para el desarrollo del sector de exportaciones de servicios. De hecho, el 2008 (último año con información disponible), la industria de servicios globales en Chile exportó US\$ 843 millones, aportando a la generación de 20.034 puestos de trabajo.

La disminución en las barreras a los flujos transfronterizos de datos, como resultado de la adaptación de la normativa vigente a los estándares internacionales, y su consiguiente impacto positivo en la industria de servicios globales, podría contribuir de manera indirecta a aumentar el empleo y el capital humano calificado. Al mismo tiempo, al incentivar la transferencia de tecnología y diversificar la oferta exportable, reduciría la vulnerabilidad de la economía chilena a los vaivenes de la economía mundial.

2. Promoción de la industria de servicios en línea

El reforzamiento de los derechos de los titulares de datos personales ya sea a través de un mayor control de la información que los consumidores entregan o una disminución de las vulneraciones a las medidas de seguridad, podría impactar positivamente en el desarrollo de la industria de servicios en línea.

Las vulneraciones a las medidas de seguridad; que ocasionan la destrucción; filtración; pérdida o alteración de sus datos personales o un acceso no autorizado a ellos, tienen costos relevantes para las personas. Esto es, desde los costos económicos que implican operaciones fraudulentas por compras en línea, o el hecho que la simple incertidumbre que genera saber que una empresa no está protegiendo adecuadamente la información puede llevar a no usar un servicio o comprar un producto. De la misma manera, diversos estudios muestran que en la medida que los consumidores tienen mayor control sobre la información que relevan en las redes sociales, por ejemplo, porque pueden ejercer sus derechos ARCO, sienten mayor confianza y tranquilidad para continuar entregando información de ellos mismos.

4. Fomento a la competencia en los mercados por la portabilidad

El derecho a la portabilidad de los datos incentiva la competencia y el

desarrollo de nuevos productos, en la medida que obliga a las empresas a entregar toda la información que ellos manejan respecto a un titular de datos personales. Por ejemplo, en el mercado de la telefonía móvil si los consumidores no pueden medir con exactitud cuánto utilizan su teléfono móvil podrían permanecer en un plan, que no es adecuado de acuerdo con su consumo, siendo que buscando en otras compañías podrían encontrar una alternativa que les entregue el mismo servicio a un precio más bajo. Con esta información, los consumidores fuerzan a las empresas a competir por ofrecerles un mejor precio, lo que a su vez se traduce en un aumento en la competencia y en el desarrollo de nuevos productos, así como en el surgimiento de empresas intermediarias que podrían facilitar la búsqueda de mejores tarifas para los consumidores. Precisamente en el caso de las compañías de teléfonos celulares, los consumidores en el Reino Unido perdieron US\$ 7,35 billones en 2011 por quedarse en la compañía equivocada.

5. Simplificación de trámites en el Estado

El proyecto de ley regula con precisión la facultad de los órganos públicos para comunicar o ceder datos personales específicos o bases de datos entre organismos públicos, cuando ellos se requieran para un tratamiento que tenga por finalidad otorgar beneficios al titular, evitar duplicidad de trámites para los ciudadanos o reiteración de requerimientos de información o documentos para los mismos titulares.

6. Reducción en los costos de reclamación para los titulares de datos personales

En los procedimientos administrativos (de tutela de derecho y de infracción de ley) que se establecen en este proyecto de ley (artículos 45 y 46), los titulares de datos personales no deberán incurrir en costos que sí tienen lugar en la ley vigente, tales como la contratación de abogados para presentar recursos ante el juzgado de letras en lo civil y el costeo de trámites tales como las notificaciones judiciales. El

titular de datos que se vea afectado en sus derechos da inicio al procedimiento a través de la presentación de una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos Personales, proceso que puede realizarse completamente en línea. Esta reducción en los costos de transacción también favorecerá a los responsables de datos personales.

V. Posibles costos del Proyecto de Ley

El principal costo directo de la propuesta regulatoria contenida en este proyecto de ley es la implementación y el funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos Personales. Pero existe también otra serie de posibles costos derivados de un cambio en los procedimientos para manejar los datos personales por parte de los responsables, y de un acceso algo más difícil a la información de los consumidores por parte de las empresas.

Para minimizar estos posibles costos, en el proyecto de ley se establece una gradualidad en la implementación de la regulación y se establece un modelo de prevención de infracciones, a cargo de la Agencia de Protección de Datos. La adopción de modelos de cumplimiento implica, en el mediano plazo, importantes ahorros en los costos administrativos, reducción de contingencias y la generación de una cultura institucional que previene y anticipa riesgos, además de promover el cumplimiento de la ley.

Los costos más relevantes para destacar y que son analizados en este informe son los siguientes:

1. Implementación de la Agencia de Protección de Datos Personales.

La propuesta de creación de la Agencia de Protección de Datos Personales tendrá un mayor gasto fiscal en régimen de \$ 1.428.876 miles, a partir del segundo

año de vigencia de la ley. Respecto a la distribución de estos gastos, el Cuadro 1 presenta el desglose para año 1 y años siguientes en régimen.

Cuadro 1: Distribución de gastos

(miles de pesos de 2017)

Conceptos/ Años	Año 1	Año 2 y en régimen
Remuneraciones	711.401	1.166.196
Gasto corriente	169.057	262.680
Inversión inicial	417.560	-
Total Gastos	1.298.018	1.428.876

Fuente: Informe Financiero N° 021 - 15/03/2017.

Tal como señala el informe financiero del proyecto de ley, la Agencia de Protección de Datos Personales, contará con una Dirección Nacional, 3 Divisiones (Fiscalización y Promoción, Regulación y Jurídica), además de un Departamento de Administración, con 21 funcionarios ingresando el primer año y 33 a partir del segundo (Cuadro 2). Asimismo, se requerirá una inversión inicial para la adquisición de equipamiento de oficinas e informática, así como habilitación de oficinas.

Cuadro 2: Estructural del personal y costos

(miles de pesos de 2017)

Cargos	Cantidad	Grados	Costo
Mensual	Costo Anual		
Director Nacional	1	1C	7.773 93.281
Jefes de División	4	3	20.464 245.567
Jefes de Departamento	1	4	4.610 55.324
Jefes de Subdepartamento		2	5 7.198 86.370

Profesionales	20	4°-9°	53.762	645.140
Secretarias	3	12°-20°	2.202	26.421
Chofer	1	18	693	8.321
Auxiliar	1	24	481	5.772
Total 33			97.183	1.166.196

Fuente: Informe Financiero N° 021 - 15/03/2017.

2 Costos del manejo de los datos personales

La regulación propuesta podría generar un aumento en los costos administrativos de los responsables de datos para cumplir con la regulación. Estos costos podrían clasificarse en 3 tipos:

- a. Gestión de los datos: Los responsables deberán mejorar la gestión de los datos personales implementando mecanismos y herramientas tecnológicas que permitan que el titular ejerza sus derechos en forma expedita, ágil y eficaz; deberán reportar a la Agencia las vulneraciones a las medidas de seguridad; deberán mantener permanentemente a disposición del público una serie de datos respecto a los datos que manejan y su política de tratamiento de datos personales.
- b. Atención de reclamos: El proyecto establece plazos bien definidos y acotados para que los responsables de datos respondan a los requerimientos de los titulares de datos.
- c. Medidas de prevención y servicios de compliance. El proyecto genera incentivos para que los responsables inviertan en detectar el tratamiento de datos riesgosos, mejorar la trazabilidad de los procesos y determinar mecanismos adecuados para detectar filtraciones de datos. Durante los primeros meses de adaptación a la nueva regulación, los responsables de datos podrían encontrar

óptimo contratar empresas de compliance.

3. Costos de acceso a información de actuales y potenciales clientes.

El eventual aumento en los costos de acceder a la información de potenciales clientes podría generar problemas de riesgo moral y selección adversa en algunos mercados donde existen asimetrías de información . Asimismo, podría encarecer el costo de obtener información no sólo para las empresas que actualmente operan (incumbentes), sino también para las potenciales entrantes. Como éstas no conocen el mercado, podrían tener mayores dificultades para acceder a sus potenciales clientes, generándose un eventual aumento de las barreras a la entrada, disminuyendo la competencia en favor de las empresas con grandes bases de datos de clientes en dicho mercado y provocando una mayor concentración de los mercados.

Los consumidores se benefician directamente cuando las empresas pueden acceder a flujos relevantes de información respecto a sus preferencias y comportamiento. Las empresas pueden ofrecer a sus clientes recomendaciones personalizadas, que son más útiles para ellos, en base a su comportamiento observado (compras, búsquedas, visitas, clics en una página web); dirigir más efectivamente su publicidad reduciendo la cantidad de información irrelevante para los clientes o incluso puede entregarles directamente cupones de descuento; y mejorar sus servicios o rediseñarlos para adecuarlos a las necesidades de sus clientes. En este sentido, la limitación del flujo de información podría traducirse en una pérdida de opciones que podrían ser interesantes para los consumidores.

VI. Conclusiones.

El acelerado desarrollo tecnológico, la masticación en el uso de las tecnologías de la información, el extendido acceso a internet, la generación y uso de

grandes volúmenes de información a través de sistemas automatizados de procesamiento, la expansión del comercio electrónico, sumado a los nuevos desafíos que enfrentan las sociedades en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las personas, hacen necesario avanzar en una nueva legislación que perfeccione y complete los vacíos de la actual normativa.

Además, se hace necesario el cumplimiento del compromiso de Chile, adquirido con la OCDE con la firma del Convenio de Adhesión, respecto a seguir avanzando en las reformas de aquellas materias que son ejes para el desarrollo social y económico, tales como la protección de la privacidad y el flujo transfronterizo de datos.

Uno de los principales beneficios del proyecto de ley dice relación con el efecto en bienestar que se deriva de la mayor protección de los derechos y las libertades de las personas, en particular el derecho a la privacidad frente a una intromisión no consentida de terceros, sean estos públicos o privados. Las personas tienen una preocupación especial por la privacidad de su información personal y están dispuestas a desembolsar sumas relevantes de recursos para protegerse frente al mal uso de ésta. Sin embargo, se debe considerar que la protección de la privacidad incide en el bienestar de las personas de manera no sólo intangible, sino que muchas veces no medible, por lo que es complejo estimar su potencial impacto en la economía.

Se puede distinguir una serie de beneficios económicos que se desprenden de avanzar en una nueva legislación que garantice un adecuado tratamiento de los datos personales. Entre ellos, destaca el fomento al desarrollo de la industria de servicios globales, que tiene un tremendo potencial de crecimiento, además de contribuir a generar más empleo y aumentar la demanda por capital humano calificado. Esto también puede contribuir a incentivar la transferencia de tecnología y diversificar la oferta exportable, reduciendo la vulnerabilidad de la economía chilena a los vaivenes de la economía mundial.

Asimismo, el reforzamiento de los derechos de los titulares de datos personales tendrá un impacto en el desarrollo de servicios en línea, y fomentará la competencia en los mercados por la portabilidad de los datos personales. Para éstos también implicará una disminución en los tiempos que dedican a hacer trámites frente al Estado, porque se termina con la duplicidad de trámites o la reiteración de requerimientos de información, en la medida que se establece un procedimiento claro para que los órganos públicos puedan comunicar o cederse información de forma lícita entre ellos.

Otra ventaja para los consumidores es que en caso de que una persona sienta que sus derechos han sido vulnerados, puede iniciar un procedimiento a través de la presentación de una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos Personales, en forma completamente en línea y gratuita. Con la ley vigente, las personas deben incurrir en costos de contratación de abogados para presentar recursos ante el juzgado de letras en lo civil y de trámites tales como las notificaciones judiciales.

En cuanto a los costos de esta regulación, estos se derivan de la implementación y funcionamiento de la Agencia de Protección de Datos Personales y del cambio en los procedimientos para manejar los datos personales por parte de los responsables. Esto podría hacer más difícil el acceso a la información relevante de los consumidores por parte de las empresas; sin embargo, se establece una gradualidad en la implementación de la regulación y un modelo de prevención de infracciones, a cargo de la Agencia de Protección de Datos, para minimizar estos costos.

El modelo regulatorio que se presenta equilibra de forma adecuada la protección de los derechos y libertades de las personas que son titulares de los datos personales, sin entorpecer ni limitar la libre circulación de la información, para no limitar los beneficios económico del flujo de información.

En suma, los beneficios que trae el cambio regulatorio que contiene este proyecto de ley superan ampliamente los posibles costos asociados a esta propuesta. En este sentido, se justifica plenamente avanzar en esta nueva legislación que perfeccione y complete los vacíos de la actual normativa, y ponga a Chile a la altura de los países más avanzadas en la protección de su información personal.

BOLETÍN N°13.827-19

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, que modifica el artículo 19 N° 1, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías.

Antecedentes

Maturana y Varela señalan que:

“[t]odas las máquinas que el hombre fabrica, las hace con algún objetivo, práctico o no -aunque sólo sea el de entretener-, que él especifica. Este objetivo se manifiesta en general, pero no necesariamente, en lo que la máquina produce”¹.

Los avances de la ciencia y la tecnología encierran necesariamente ese riesgo e impactan a la sociedad de una manera muchas veces poco previsible. Por ejemplo, un descubrimiento que nace en un laboratorio tiene la posibilidad de alcanzar rápidamente consecuencias aplicadas globales y reestructurar los límites ético-valóricos de una sociedad determinada. Claro ejemplo de ello es lo que está ocurriendo con la tecnología computacional y los límites de la privacidad, en un mundo donde se transfieren voluntariamente datos a sistemas cuyo dominio es capaz del control de quien lo aporta, o bien con los alcances de la de codificación del genoma humano y los nuevos desafíos éticos y sociales que plantea la posibilidad de editar dicha información y modelar la evolución genética a los fines que persiga.

Alcanzar nuevos saberes necesariamente conlleva una mayor capacidad de control humano sobre el objeto estudiado, de manera que el conocimiento del cerebro nos lleva a plantearnos cuál y qué control queremos de ese objeto de estudio llamado “cerebro”. En este sentido, es necesario cuestionar estas bases fundamentales sobre las cuales guiar un desarrollo científico de esta magnitud y alcance, pues adquirir

dentro del acervo humano el funcionamiento del entramado neuronal parece ser una decisión civilizatoria tomada. Y ello se evidencia básicamente en los montos de inversión que se están realizando para alcanzar el cometido. En efecto, tal como se informa en la asesoría parlamentaria para este proyecto, “[d]esde 2013, entidades públicas de Estados Unidos de América (EE.UU.), la Unión Europea y China (principalmente) están invirtiendo miles de millones de dólares en el estudio del cerebro humano”². Esta inversión, inicialmente pública, está viendo sobrepasada por el sector privado. De hecho, en el último año, dos grandes compañías ecológicas, Facebook y Microsoft, han invertido mil millones de dólares cada una en startups de neurotecnología. Uno de estos startups, la compañía Neuralink, del emprendedor Elon Musk, realizó una conferencia de prensa el 25 de agosto del 2020 demostrando el uso en un animal de experimentación (un cerdo) de una interfaz cerebro-computador inalámbrica que permitió registrar la actividad neuronal del animal mientras corría por su establo. Musk anunció que su compañía ha comenzado el proceso para obtener autorización rápida de la FDA para poder implantar estas interfaces cerebro-computador en humanos. Musk también declaró que el objetivo de esta tecnología es registrar las memorias personales en medios externos al cuerpo y aumentar intelectualmente a los seres humanos en base de la implantación de inteligencia artificial en el cerebro.

La vorágine por llegar primero a este descubrimiento, impulsada no sólo desde la ciencia de investigación, sino que también por gobiernos y grandes corporaciones privadas, está estrechamente vinculado a la magnitud que tendrá en la aplicación práctica el poder controlar el entramado neuronal e incidir con ello directamente sobre el comportamiento humano. Evidentemente, como toda ciencia, su valor para la sociedad estará dada por el uso que quiera otorgársele, pudiendo resultar un avance enorme en temas médicos o bien afectar o enfatizar inequidades o derechamente conculcar la voluntad humana³. Esto último, que parece sostener un planteamiento irreal, es un dilema actual.

En efecto, existen decenas de proyectos e investigaciones desarrollándose actualmente que pretende alcanzar la interfaz de conexión entre una máquina y el

cerebro.

La neurotecnología, entendida como “el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso”⁴, avanza de manera consistente sobre el desarrollo de dispositivos que alcanzan a producir en conexión con el cerebro humano ciertas cuestiones que se entienden como deseables, como por ejemplo los implantes cocleares para la sordera, los estimuladores de médula espinal para tratar la enfermedad de Parkinson, las tecnologías para apoyar a personas con discapacidad motora, etc.

Pero, a la vez de lograr estos éxitos, las mismas herramientas permiten el acceso a la información mental de las personas y la posibilidad, por ende, de su manipulación externa. Esto debe encender una alarma no sólo desde la ética, sino también, de cómo vamos a reestructurar nuestras reglas sociales de convivencia

Dicho de otra manera, si asumimos que la técnica puede hacer actuar a los seres humanos sin que con ello se vea implicada la voluntad, deberemos reformular las bases del derecho, pues es de su esencia ser un conjunto de normas jurídicas creadas con el único objeto de asegurar la paz social y su estatuto descansa sobre la idea que los seres humanos actúan libremente, con autonomía de voluntad, de modo tal, que sea posible asignar estándares de responsabilidad en el comportamiento exteriorizado. Así las cosas, perdiendo ese sustrato esencial, deberemos explorar necesariamente otra manera de relacionarnos. Es decir, debemos ser capaces de evitar que la tecnología, por ejemplo, de aumentación de la capacidad cerebral, ponga en jaque la dignidad de los seres humanos en cuanto a sujetos iguales.

¹ Maturana Humberto y Varela Francisco. *De máquinas y seres vivos. Autopoieses: La organización de lo Vivo*. Editorial Universitaria. Lumien. Sexta Edición 2003. Pp.68

² Biblioteca del Congreso Nacional. *“Neurotecnologías: los desafíos de conectar el cerebro humano y los computadores”* Documento de frontera N° 01 Asesoría Técnica Parlamentaria 2019.

La neurotecnología y los derechos humanos

La neurotecnología como todo avance científico tiene la capacidad de crear nuevos espacios valóricos, éticos y de actuación, que redefinen lo que se considera como aceptable convencionalmente en términos sociales. Esto repercute en todas las áreas del quehacer humano y sin duda el ordenamiento jurídico y la piedra angular de los derechos humanos son y deben ser necesariamente permeables y abiertos al dinamismo del objeto que regula. Tal como señala Bobbio, “los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades”.⁵

Un claro ejemplo de cómo los derechos humanos son permeables a estas necesidades, es el nacimiento del derecho a la vida privada, cuya conceptualización moderna nace ligada aun caso de utilización de la vida privada de un juez en Estados Unidos, y se concreta teóricamente dos años más con las ideas planteadas por dos juristas estadounidenses, Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes en 1890 publicaron *The Right to Privacy*.

Una de las preguntas esenciales de fines del siglo XX era cuál sería el futuro de los derechos humanos, considerando que el desarrollo progresivo es una de sus características. La respuesta es clara: el desarrollo científico y tecnológico y sus amenazas a la humanidad requiere que el mundo de los derechos humanos enfrente decididamente estos riesgos y desarrolle nuevos derechos humanos acordes a esta nueva realidad.

³Farah, M, “*Neuroethics: the ethical, legal, and societal impact of neuroscience.*”, *Annual Review of Psychology* 2012;63: 571-91. Disponible en: [10.1146/annurev.psych.093008.100438](https://doi.org/10.1146/annurev.psych.093008.100438) (abril, 2019).

⁴Op.Cit.p.2.

Desde esta perspectiva, un desarrollo vigoroso y adecuado de los derechos humanos respecto de las amenazas y riesgos del avance científico y tecnológico – en especial respecto de los neuroderechos- es clave para prevenir y combatir el autoritarismo digital, que está creciendo vertiginosamente a nivel mundial.

La ciencia y la tecnología, dentro del sistema internacional de derechos humanos se encuentran tratadas de manera dispersa y escasas veces positivizadas en textos vinculantes.

Así, podemos encontrar en su referencia más específica y global la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 27 afirma el derecho de todos a participar y beneficiarse del progreso científico y a estar protegidos del mal uso de la ciencia.

Por su parte, en cuanto al desarrollo específico de las ciencias médicas encontramos el Código de Nuremberg (1947), la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica mundial, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos (2002) del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas(CIOMS), en colaboración con la OMS. Estos textos contienen ideas relevantes sobre la finalidad de la ciencia médica, el resguardo de las pruebas científicas sobre seres humanos, la protección el consentimiento y reafirmaciones del propósito de la medicina.

⁵ Bobbio, N. (1911). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema.P.11

Respecto del incentivo al desarrollo y al beneficio equitativo del progreso científico encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(1966). Posteriormente, la Declaración sobre el Uso del Conocimiento Científico de la UNESCO de 1999 que su artículo 33 establece que "hoy, más que nunca, la ciencia y sus aplicaciones son indispensables para el desarrollo. Todos los niveles de gobierno y el sector privado deberían brindar mayor apoyo para construir una capacidad científica y tecnológica adecuada y equitativamente distribuida a través de programas apropiados de educación e investigación como una base indispensable para el desarrollo económico, social, cultural y ambiental sólido. Esto es particularmente urgente para los países en desarrollo".

Y tal vez, en lo que podríamos denominar textos declarativos con un enfoque de protección ante los avances científico técnicos, encontramos la recomendación relativa a la Situación de los Investigadores Científicos de la UNESCO (1974), que en su artículo 4 afirma que todos los avances en el conocimiento científico y tecnológico deberían estar destinados únicamente a asegurar el bienestar de los ciudadanos del mundo y exhorta a los Estados miembros a que desarrollen los protocolos necesarios y las políticas para vigilar y garantizar esos objetivos. En un sentido similar, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO (2003), señala en su artículo 1° que su objeto es "velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos." La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO (2005) también es relevante.

Sin embargo, ninguno de los textos hace una revisión sobre la incidencia aplicada que puede tener la ciencia sobre la integridad física y síquica del ser humano y cómo ella podría afectar el derecho a la vida y a la integridad física o síquica. Un proyecto interesante son las Directrices Éticas sobre una Inteligencia Artificial Confiable del Grupo de Expertos de Alto Nivel Sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea (2018)⁶. Y sin duda estos contenidos deben ser uno de los insumos para crear los

estatutos de protección necesarios en nuestro país.

En Chile, tuvimos la oportunidad de conocer a grandes científicos, posicionando temas de vanguardia en charlas magistrales en el contexto del Congreso del Futuro. Uno de ellos es el Doctor Rafael Yuste, quien junto a Sara Goering han liderado, a través del Morningside Group, las propuestas más consensuadas y avanzar sobre cómo debemos enfrentarnos a los riesgos aparejados al estudio del cerebro humano, y han puesto el acento en la necesidad de desarrollar la ciencia en un marco regulatorio que reconozca cinco nuevos derechos humanos:

- Derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas)
- Derecho a la identidad y autonomía personal
- Derecho al libre albedrío y a la autodeterminación
- Derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades)
- Derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones

Centrado en la defensa de la identidad y la autonomía personal (agency and identity), el texto *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, publicado en la revista *Nature* en 2017, recomienda firmemente incorporar cláusulas que protejan los denominados “neuroderechos” en instrumentos internacionales del más alto nivel. Inclusive más, sostienen la necesidad de abogar por una regulación internacional que defina qué acciones se considerarán prohibidas en relación con la neurotecnología y a la inteligencia artificial, de manera similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2010).

El derecho a la neuroprotección: la dignidad humana y la Constitución.

La doctrina constitucional alemana de post guerra tuvo una innovación dogmática que permitió llevar la discusión sobre la dignidad humana a un plano constitucional, sustrayéndola del plano de la filosofía moral. En efecto, a la idea positivista Kelseniana -motivada por las atrocidades de la guerra- se incorporó la necesidad de elevar la dignidad humana como un valor consagrado en la Constitución, que sirviera de método interpretativo de toda la estructura de derechos fundamentales en el sistema alemán. De esta manera, la positivización de la dignidad humana en la Constitución llevará consigo el establecimiento de una norma en su sentido jurídico, conforme a la cual debe ser interpretada el propio sentido de toda Constitución, lo que implica la posibilidad de exigir o reclamar del Estado prestaciones positivas o abstenciones para no atentar contra ella.⁷

Por consiguiente, este giro dogmático permitió pasar de una mera referencia axiológica a su consagración con contenido normativo.

Así las cosas, desde el punto de vista constitucional la dignidad humana como valor juega una triple función, a saber: a) constituye la base estructural de todo el sistema de garantías y derechos fundamentales, b) constituye un elemento de significación a todas las normas, en cuya virtud todas las disposiciones serán interpretadas a la luz de la “dignidad”, y c) juega un rol clave a la hora de limitar libertades o de limitar derechos, y a que en la intensidad de la actividad limitadora/delimitadora que despliegue el legislador deberá tenerse como norte la dignidad⁸

En efecto, mucho se ha discutido en torno a la dignidad, su contenido y su relación estrecha en el campo de las garantías fundamentales; y no obstante existir algunas tendencias que simplemente la dan por supuesto, tratan simplemente de “identificar las conductas que la lesionan o dañan, lo que algunos identifican su

conceptualización de la dignidad por su contrario”⁹. Lo cierto es que la dignidad considerada como un valor inmanente del individuo ha pasado desde un deber axiológico a ser un deber de carácter jurídico.

Por su parte, la dogmática en Chile, si bien no ha logrado articular un concepto sobre la materia, ha logrado cierto consenso de que la dignidad contiene algunos elementos definitorios de la dignidad humana en su sentido jurídico, como son la “unicidad del individuo”, la autodeterminación, la racionalidad y la libertad. A mayor abundamiento, la jurisprudencia constitucional, a través de la STC 389-03, la ha definido como “la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre de un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardadas” (STC 389-03 C° 17).

Asimismo, el TC ha ubicado a la dignidad como uno de los principios estructurantes de las bases de la institucionalidad chilena, tal como lo señala la STC 1287-08 al indicar que constituye el “principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que asegura en su artículo 19” (STC 1287-08 C° 16).

⁶ Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>

Por otro lado, en el sistema interamericano de derechos humanos la Convención Americana de Derechos Humanos ha reconocido expresamente la dignidad como un valor clave. En efecto, el art. 11 expresamente se refiere a ella:

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

En diversos fallos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, sobre todo en materia de detención ilegal y uso de la fuerza, “que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención Americana” (Corte IDH J. vs Perú, 2013, c° 363). En este fallo la Corte establece una estrecha relación entre la dignidad y el derecho a la integridad física y psíquica, entendiendo la integridad del ser humano como una manifestación concreta de la dignidad. Este punto será clave para explicar la ubicación del derecho a la neuroprotección dentro del artículo 19 N° 1 de nuestro catálogo de garantías constitucionales.

Asimismo, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” consagra en su preámbulo, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹⁰.

Nuevas Tecnologías: el elemento definitorio de los Neuroderechos.

En relación con lo anterior, es necesario reconocer que las nuevas tecnologías sumadas a la ingente capacidad de procesamiento de datos hacen que estemos en una encrucijada histórica, donde conceptos jurídicos de corte liberal tradicional como la dignidad humana, la vida privada o la intimidad personal sean –y lo están siendo – profundamente releídos.

El invento del procesador automático de datos a principios de los años 70 tuvo respuestas normativas como la Datenschutzhutz alemana de 1970, la DataLag sueca de 1973, el icónico fallo del Tribunal Constitucional alemán recaído en la Ley del Censo Alemán de 1983, y recogido posteriormente por la jurisprudencia. Española en los fallos del Tribunal Constitucional Español 290 y 292, ambos del año 2000, materializándose finalmente la transformación conceptual del derecho a la privacidad en un nuevo derecho: la “autodeterminación informativa” o “Rechtaufinformationelle Selbstbestimmung”, entendida como una expresión de la dignidad y que se materializa y a no en el derecho a excluir a los demás de ciertos ámbitos del individuo, sino más bien en la potestad sobre la información que concierne a su titular.

La referida evolución permite evidenciar la necesidad de replantear el ámbito iusfundamental de ciertas garantías fundamentales en aras de dar respuestas satisfactorias frente a las nuevas amenazas que el avance científico y tecnológico en vuelve. Así, avances como la big data, la IA, la IoT, y la interfaz cerebro computadora, necesariamente obligan a preguntarse por las reales capacidades de protección de algunas garantías fundamentales tal y como las conocemos hoy, como el derecho a la protección de datos, la privacidad, la igualdad, entre otras.

Así las cosas, Byung- Chul Han se ha referido a la amenaza que encarna la BigData. “El Big Data sugiere un conocimiento absoluto. Todo es mensurable y cuantificable. Las cosas delatan sus correlaciones secretas que hasta ahora habían permanecido ocultas. Igual de predecible debe ser el comportamiento humano. Se anuncia una nueva era del conocimiento. Las correlaciones sustituyen a las causalidades. El ello es así sustituye al porqué. La cuantificación de lo real en búsqueda de datos expulsa al espíritu del conocimiento.”¹¹

En este mismo orden, el desafío regulatorio que representan el Dataísmo, es monumental, no sólo porque las nuevas tecnologías envuelven amenazas, sino porque se corre el serio riesgo, incluso, de desvirtuar a la humanidad misma. De hecho, magistralmente Yuval Harari ha señalado:

“[c]uando los humanos perdamos nuestra importancia funcional para la red, descubriremos que, después de todo no somos la cúspide de la creación. Las varas de medir que nosotros mismos hemos consagrado nos condenarán a sumar no se nel olvido a los mamuts y a los delfines fluviales chinos. En retrospectiva, la humanidad resultará ser solo una onda en el flujo cósmico de datos.”¹²

7Oehling, A. (2011). El Concepto Constitucional de dignidad de las personas. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa Continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 91. P.135.178.ISSN.0211-5743.

8Álvarez, A. (2017). *Norma y Tipicidad Iusfundamental*. En *Manual de Derechos fundamentales*. Ed. Lom. Santiago de Chile. P. 55-91.

9Martínez Bullé-Goyri, V. (2013). *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva Serie, año XLVIM N° 136. P. 44.

Es por esta razón que **la consagración constitucional del derecho a la neuroprotección** deriva de la necesidad de proteger la dignidad humana frente al uso de nuevas técnicas, en especial en lo tocante a la protección del “cerebro humano”, concepto que no se agota sólo en una dimensión física, sino que más bien se expande hacia su dimensión de potencialidad mental que envuelve los misterios de la existencia humana y es por esa razón que debe tener la máxima protección iusfundamental.

A mayor abundamiento, la neurotecnología, definida como “el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso”¹³, está abriendo, por ejemplo, las posibilidades a la auscultación y exposición “pública” de aquello que antes parecía el único reducto de la intimidad humana, como lo son los pensamientos, deseos, emociones, subconsciente y toda aquella información producida“ por la actividad neuronal”. Dicho de otro modo, las posibilidades y potencialidades que revisten los avances de la neurotecnología invitan a especificar la protección constitucional sobre esta nueva dimensión de la dignidad consagrando en la constitución, lo que hoy sólo ha quedado entregado a parámetros éticos autoimpuestos por la comunidad científica, pues “hay consenso en el mundo de la ética sobre las implicancias de las neurotecnologías en la sociedad y en ese límite hasta ahora infranqueable que es el cerebro humano”¹⁴.

¹⁰ Asamblea General de la ONU.(1948).“Declaración Universal de los Derechos Humanos”. 217 [III] A).Disponible en: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

Concretamente, por ejemplo, estamos hablando de la posibilidad de leer **la actividad neuronal** como ha quedado de manifiesto con el notable desarrollo tecnológico realizado por Neuralink en agosto de 2020.¹⁵

Neuroderechos y su contenido esencial.

Ahora bien, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es necesario tratar de determinar el contenido esencial de este **derecho a la neuroprotección**, es decir, cuál o cuáles son los contornos iusfundamentales del derecho que se consagra. Como una primera aproximación, es necesario sentar que se trata de un derecho con un marcado anclaje en la dignidad humana que posee un contenido múltiple, o, mejor dicho, encierra en su seno, un haz o conjunto de prerrogativas que, por una parte, se traduce en poderes invocables por las personas frente a ataques o transgresiones arbitrarias, y que, por otra, demanda de acciones positivas por parte del Estado enderezadas a brindar dicha protección. Con ello se pone en relieve lo que Gustavo Zagrebelsky ha llamado como la “función instauradora” del derecho, pues conforme al humanismo laico se asume que en el mundo no existe un orden preestablecido, sino que el hombre da ese orden, conforme a actos que manifiesten esa voluntad, lo cual implica estar siempre en tensión o “polémica” con el orden existente.

Es por ello por lo que “[l]a reivindicación de derechos constituye una manifestación de vigor y madurez de una sociedad, un signo de progreso hacia una meta representada por la autonomía humana frente a cualquier realidad social que pretenda ser asumida como “dato”.¹⁶

Las referidas prerrogativas guardan una estrecha relación con parámetros éticos que derivan de un correcto uso de las neurotecnologías, definidos por Morningside Group en Nature, y que han sido agrupados en cuatro elementos éticos, que constituyen el contenido del derecho que se consagra. Estos son:

El derecho a la privacidad de la información producida por la actividad cerebral, a la cual es posible acceder a través de la neurotecnología (privacy and consent): Hablamos de la protección de los “neurodatos”, información útil y valiosa que, sin los debidos resguardos y medidas de seguridad apropiadas, abriría la puerta para la anulación de la privacidad o de la autodeterminación informativa. En Chile, a través de la ley N° 21.096, se incorporó en la CPR el derecho a la protección de datos personales como garantía fundamental; dicho de otro modo, con este nuevo derecho, incluyendo los neurodatos, se reforzaría la protección iusfundamental de la información cerebral, como una extensión de la dignidad humana, toda vez que no se trata de un mero dato personal, sino que más bien se trata de una categoría de información que debe ser especialmente protegida.

El derecho a la identidad personal y la autodeterminación (agency): En efecto, la neurotecnología abre la posibilidad para anular o alterar la identidad de las personas. Así como puede curar enfermedades antes incurables como el Alzheimer o demencias, entre otras, representa un riesgo para la identidad de las personas, toda vez que podría constituir una herramienta para inhibir la conciencia y la determinación del “yo” o el “self” de una persona. Es decir, a través de la neurotecnología es posible disminuir la conciencia o generar intersticios amnésicos, entre otros efectos no deseados.

a. **El derecho a la igualdad frente al aumento de capacidad cerebral (“augmentation” o mejoramiento mental):** La necesidad de regular para evitar la inequidad. La tecnología nos ha llevado a las fronteras de lo posible, pues ya es logable, de manera artificial, aumentar la capacidad cerebral de las personas. Este solo hecho genera interrogantes jurídicas de gran importancia, pues ¿quiénes podrán aumentarse la capacidad cerebral?, ¿podrán todas las personas hacerlo?, de no ser así ¿qué procedimientos se utilizarán?, ¿cómo se enfrentarán las asimetrías sociales que implicará la existencia de personas más inteligentes creadas artificialmente? Todas estas interrogantes redundan finalmente en un debate en torno a una nueva arista

sobre la igualdad entre personas, en su dimensión más esencial.

Derecho al control de sesgos de los algoritmos (bias): En virtud del avance tecnológico, muchas de las decisiones más cotidianas son adoptadas por máquinas a través de algoritmos de Inteligencia Artificial (IA). Hablamos de procesos de selección de personal o de pareja, celebración de un contrato, aceptaciones de condiciones, buscadores de información, giros de dinero y miles de operaciones que son articuladas a través de algoritmos. Desafortunadamente, algunos de esos algoritmos discriminan contra minorías, ya que funcionan muchas veces amplificando las tendencias encontradas en las bases de datos. Por eso, la aplicación de la IA a la neurotecnología genera mucha preocupación, ya que Muchas de las tecnologías aplicadas al auscultamiento de la mente humana se basan en algoritmos, y los sesgos en su diseño y aplicación serían directamente implementados en el cerebro. Es por eso que debe consagrarse los debidos resguardos jurídicos frente a los sesgos que implica la adopción automatizada de decisiones. A mayor abundamiento en el proyecto de ley que regula la protección de los datos personales (boletín 11.144-07 y 11.092-07 refundidos)¹⁷ se buscado consagrar el derecho de oposición a valoraciones personales automatizadas y el principio de privacidad por diseño (PhD), como mecanismos para hacer frente a los posibles sesgos en la elaboración y diseño de algoritmos.

11 Chul Han, B. (2014). *Psicopolítica*. Ed. Herder. Barcelona. España. P.102.

12 Harari, Y. (2015). *Homo Deus*. Ed. Penguin Random House Grupo Editorial. Santiago de Chile. P.429.

Este haz de elementos descritos que configuran el contenido esencial del derecho a la neuroprotección no se agota en sí mismo, pues, conforme avance la neurotecnología, es posible que se abran nuevas prerrogativas orientadas a enriquecer el derecho fundamental. Se trata, por tanto, de un derecho de textura abierta, cuyo desarrollo y delimitación **corresponde al legislador**, quien será el que a través de la ley respectiva desarrolle la garantía fundamental en sus aspectos operativos, sin afectar en esta tarea de delimitación el contenido esencial

En efecto, el artículo 19 N° 26 de la CPR constituye un antecedente normativo claro de que en Chile existe la garantía de reserva legal. En efecto, esta garantía no justiciable – ya que no está amparada por la acción de protección- implica, por una parte, que los derechos no son ilimitados y por otra que los derechos y libertades exigen una labor delimitadora de parte de los poderes públicos, “donde la garantía del contenido esencial de los derechos supone inevitablemente la razonabilidad y proporcionalidad en la regulación, complementación o limitación de nuestro legislador.”¹⁸ Por consiguiente, el poder para delimitar o fijar los contornos de protección iusfundamental es una actividad que la CPR ha reservado exclusivamente al legislador. Así claramente lo ha afirmado el TC en STC R.239-96 C° 9, al indicar.

“Que, debe señalarse que es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, N° 13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos.”

13 Op.Cit.p.2

14 Op.Cit.p.9

15El mostrador. 15 de septiembre de 2020. La neurociencia sigue conociendo mejor el cerebro que Elon Musk. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/cultura/2020/09/15/la-neurociencia-sigue-conociendo-mejor-el-cerebro-que-elon-musk/>

16 Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Ed. Trotta. Madrid. España. P.82

A mayor abundamiento, el artículo 30 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión del alcance de las limitaciones a los derechos fundamentales, ha señalado que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y Ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.” Y es en este mismo sentido que la Corte IDH ha dicho en la opinión consultiva OC 6/86 de 9 de mayo de 1986 C° 26, que por el vocablo “leyes” debe entenderse lo siguiente: “En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.

Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

De esta manera queda claro que existe un llamado desde el constituyente al legislador y a los jueces, quienes serán los que desentrañen el contenido esencial del derecho a la neuroprotección, a través de la ley y declare solución de casos prácticos.

Estructura del proyecto

La incorporación de un nuevo inciso en el artículo 19 de la Constitución tiene por objeto plasmar en el texto constitucional algunos elementos esenciales para la debida protección de los derechos humanos ante el desarrollo de la neurotecnología, constituyéndose así las ideas matrices del proyecto.

En efecto, establecido que la integridad física y psíquica son elementos constitutivos de la identidad, avanzamos sobre el presupuesto que la identidad y la posibilidad de actuar de manera libre y autodeterminada representa un valor intrínseco de nuestra existencia y de la evolución biológica que nos precede.

Su elevación como derecho humano, y, por ende, la necesidad de determinar que sólo la ley podrá afectar esta garantía, protege que una regulación sobre este tipo de tecnologías quede en manos de un proceso de discusión social, que posibilite a la nación sopesar los alcances cognitivos, emocionales y compartimentales que pueden ocasionar las neurotecnologías en los seres humanos. Además, su ubicación permite su resguardo en virtud de la acción constitucional de protección del artículo 20º.

Sin perjuicio del contenido de este proyecto, es necesario señalar que la protección de la identidad y de la autodeterminación de los seres humanos debe elevarse a Tratados Internacionales vinculantes, para así concretar su debida protección. Igualmente es necesario avanzar en estatutos de sanciones penales a la transgresión ilegal utilizando dispositivos tecnológicos, que coadyuven de manera preventiva a la debida protección de la integridad física y psíquica de las personas.

Por estas consideraciones en que proponemos el siguiente,

PROYECTODEREFORMACONSTITUCIONAL

Artículo Único: Intercálese el siguiente inciso segundo en el artículo 19 Numeral 1° de la Constitución Política del Estado, pasando el actual inciso segundo a ser tercero y así sucesivamente.

"La integridad física y psíquica permite a las personas gozar plenamente de su identidad individual y de su libertad. Ninguna autoridad o individuo podrá, por medio de cualquier mecanismo tecnológico, aumentar, disminuir o perturbar dicha integridad individual sin el debido consentimiento. Sólo la ley podrá establecer los requisitos para limitar este derecho, y los requisitos que debe cumplir el consentimiento en estos casos."

17Disponible en:

http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07

18Bronfman, A., Martínez, J., & Núñez, M. (2012). *La garantía del contenido esencial de los derechos*. Ed. Abeledo Perrot-Legal Publishing.

2.- BOLETÍN N° 13.828-19

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Girardi, señora Goic, y señores Chahuán, Coloma y De Urresti, sobre protección de los Neuro derechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

1. Antecedentes:

Con el fin de regular satisfactoriamente el contenido de la reforma constitucional que consagra la protección de la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías o “neuroderechos”, concepto que se puede entender en dos aspectos: la privacidad mental, es decir, que por ejemplo los datos del cerebro de las personas se traten con una confidencialidad equiparable a la de los de los trasplantes de órganos. Y el segundo, el derecho a la identidad, manteniendo la individualidad de las personas.¹

En efecto, los referidos derechos encuentran sus fundamentos en las investigaciones que ha llevado adelante el Doctor Rafael Yuste, quien junto a Sara Goering han liderado, a través del Morningside Group, las propuestas más consensuadas y avanzar sobre cómo debemos enfrentarnos a los riesgos aparejados al magnífico descubrimiento del cerebro humano, y han puesto el acento en la necesidad de desarrollar la ciencia en un marco regulatorio que reconozca cinco nuevos derechos humanos:

- Derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas)
- Derecho a la identidad y autonomía personal
- Derecho al libre albedrío y a la autodeterminación

- Derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades)
- Derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones

Centrado en la defensa de la identidad y la autonomía personal (agency and identity) el texto “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, publicado en la revista Nature en 2017,² recomienda firmemente incorporar cláusulas que protejan estos denominados “neuroderechos” en instrumentos internacionales del más alto nivel. Inclusive más, sostienen la necesidad de abogar por una convención internacional que defina que acciones se considerarán prohibidas en relación con las neurotecnologías e inteligencia artificial, similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Es por esta razón, que la propuesta y modificaciones presentadas a continuación deben ser asumidas desde el derecho en su integralidad, considerando las normas, principios y valores que buscan, de manera transversal, dar respuesta efectiva a la protección de estos nuevos derechos fundamentales que nacen a la luz del avance de las ciencias y tecnologías y cuyos resultados y consecuencias ya pueden ser vistos en el campo de la medicina, como por ejemplo, los implantes cocleares (para la audición) o, también, lo desarrollado por el científico Jack Gallant,³ en Berkeley, y por Uri Hasson, ⁴ en Princeton, creando una especie de “diccionario cerebral” para traducir pensamientos a imágenes y palabras, y por la compañía Neuralink de Elon Musk,⁵ que busca conectar a los humanos a la red por interfaces cerebro-computador.

Es importante, por tanto, adelantarse a los desafíos que la interfaz cerebro- computador u otras neurotecnologías y su desarrollo están planteando a la comunidad científica y civil, trasladando el debate al contexto legislativo, antes que estas comiencen a ser parte de nuestras vidas cotidianas y las consecuencias, del

déficit regulatorio, se traduzca en riesgos para las personas.

Conforme a lo anterior, ha sido fundamental la participación transversal del mundo científico y académico, a través de la creación de una Comisión Nacional de Neurotecnología e Inteligencia Artificial, formada por neurocientíficos, desarrolladores de tecnología, investigadores de universidades y centros de extensión, etc. Quienes están directamente conectados con la contingencia y avances de la neurociencia y neurotecnología.

2. Avances científicos en lectura y escritura de cerebros

La neurociencia desde hace una década ha logrado que la lectura del cerebro y su posterior escritura dejen de ser ciencia ficción. En 2004, Neil Harbison se sometió a una cirugía para instalarse una antena que descifrara colores infrarrojos y ultravioletas; haciendo mejoras posteriores que permitieran percibir imágenes, videos, música y llamadas de aparatos externos.⁶

Hay que estar vigilantes al resultado final de este proyecto ya que una mala regulación permitiría continuar con el abuso del tráfico de datos, afectando la vida cotidiana de las personas, pues a partir de la recolección de datos en el entorno digital, las empresas arman perfiles que se comercializan indiscriminadamente. Se suma a ello el hecho de que, en general, si es que alguien hace una mala utilización de los datos en Chile, no recibe sanción.

Creemos que en medio del debate de la Convención Constituyente, y luego de que en septiembre el Presidente Sebastián Piñera enviara sus indicaciones creando una Agencia de Protección de Datos Personales, se debe tratar el asunto en la nueva Constitución, pues ella incide en serios riesgos para la democracia si no se logra limitar una recolección masiva y desregulada de datos.

Las multas primariamente planteadas son de hasta 10 UTM. y 10 UTM lo que hoy significan cerca de \$500.000 pesos chilenos, lo que las hace muy bajas, considerando que en general se han informado de casos donde la compra y venta de bases de datos ha costado un par de cientos de millones de pesos.

Ahora bien, si bien es cierto algunos avances se han llevado a cabo a partir del año 2018 cuando se introdujo el tantas veces aludido cambio en nuestra Constitución, al artículo 19, en su numeral 4°, incorporando a los derechos fundamentales de los chilenos a la protección de sus datos personales, esto no ha logrado permear en términos prácticos su protección en los tribunales pues las cortes han seguido fallando lo mismo de siempre, con los mismos errores, en especial en cuanto al no reconocimiento del derecho al olvido en nuestro país.

Así, este proyecto de ley para crear una Agencia de Protección de Datos Personales, en actual tramitación en el Senado, cuenta con un consenso general en que necesitamos una autoridad de control, la discusión que se ha planteado históricamente es quién se hace cargo del tema destacando para ello dos corrientes, por una parte, están los que abogan porque sea el Consejo para la Transparencia (CPLT), creado en virtud de la Ley N° 20.285, como un órgano encargado de velar por la Transparencia Pública en 2008, siendo dicho el organismo el que se encargue de velar por la protección de datos personales y de la otra vereda, los que consideran más positivo la creación de una agencia nueva.

En el evento que terminen siendo dos órganos, uno con competencia en datos, y otro con competencia en el acceso a la información pública, eventualmente se podrían llegar a decisiones contradictorias, no conciliables. y cuando ello suceda quien tendría que resolver serían son las Cortes de Apelaciones.

Este es un tema, como ya se adelantó, en la Convención Constituyente en actual trabajo, ya ha mostrado algunos indicios de duda según se vieron en la discusión reglamentaria, en orden a que estamos en un momento de transición, y el nuevo texto constitucional en el marco de una sociedad digitalizada implica que se avenga al nuevo texto constitucional que va a regir para una sociedad altamente tecnologizada y digitalizada, de manera que ello no es indiferente a como los constituyentes están perfilando la forma en que el Estado se relacionará con los particulares.

Así las cosas, cabe considerar que el texto convencional implicaría deberá garantizar, primero, el derecho a la conectividad, garantizar accesibilidad y que los sistemas y plataformas que permiten la implementación de las relaciones entre el Estado y los particulares sean seguros, confiables e íntegros”, pues se debe entender el derecho a la privacidad como un derecho colectivo, clave para la democracia”.

Otro tema en que será de suma importancia como se delinee al final esta agencia de protección de datos es respecto del caso de beneficiarios de subvenciones estatales y la trazabilidad a partir de la recolección de datos personales que se realiza y plantea una cuestión de derechos fundamentales que en derecho comparado y en específico de la autodeterminación informativa plantea el correcto ejercicio del denominado derecho al olvido, que aunque no es el tema de este libro se analizará al referirnos a como se han establecido en la Constitución Alemana y de España que han logrado un buen estándar de protección.

Asimismo, en 2011 por medio del uso de Inteligencia Artificial (IA), el neurocientífico de la Universidad de California, Jack Gallant, logró realizar un mapeo de la información que los ojos humanos enviaban al cerebro, para así poder descifrar imágenes en las que el humano está pensando. Este hecho supuso el comienzo de una era en que la barrera de la integración cerebro-máquina es cada vez menos difusa.⁷

Actualmente la tecnología de lectura de cerebros, tanto invasiva como no invasiva, es una realidad. El director de ingeniería biomédica de la Universidad Case Western Reserve en Ohio, Robert Kirsch, realizó un estudio en Bill Kochevar, experimentando con un paciente que presentaba parálisis del cuello hacia abajo. El doctor implantó electrodos en los músculos de los brazos del paciente, estos Electrodos se encontraban conectados a una computadora que cumplía la función de médula espinal artificial, con lo que logró fortalecer la musculatura de los brazos con cargas eléctricas, permitiendo a Bill Kochevar alimentarse y beber agua por sí mismo hasta su fallecimiento en 2017.⁸

Del mismo modo, se encuentra en desarrollo tecnología que permite a las personas recuperar las sensaciones de estímulos físicos. Científicos de la Universidad de Pittsburgh, lograron transmitir información sensorial captada por un brazo robótico, hacia el cerebro del voluntario Nathan Copeland, quien se encontraba con parálisis del pecho hacia abajo. La máquina debe recalibrarse constantemente para ajustarse a las señales del cerebro, ya que estas cambian a diario, tal fenómeno genera la sensación de un cosquilleo eléctrico, según lo descrito por Copeland, lo que demuestra la capaz de reconocer la sensación del robot como propia, desdibujando los límites maquina y humano.⁹

³ WU, M. C. K., DAVID, S. V. ,& GALLANT, J. L. (2006). Complete functional characterization of sensory neurons by system identification. *Annual Review of Neuroscience*. 29, 477-505.

⁴Hasson, Uri (2004) Inter subject synchronization of cortical activity during natural vision, Disponible en <http://www.math.tau.ac.il/~hezy/Vision%20Seminar/gbu.pdf>

⁵CELLAN-JONES, RORY (2020) Elon Musk: ¿exagera el potencial de su tecnología Neuralink para conectar el cerebro humano con una computadora? Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53993450#:~:text=Neuralink%20es%20un%20plan%20inmensamente,m%C3%A1quinas%20a%20trav%C3%A9s%20del%20pensamiento.>

⁶ALCALDE, SERGI. 2020. Los retos de la neurotecnología en tiempos de inteligencia artificial. *National Geographic*. Disponible en:https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/retos-neurotecnologia-tiempos-inteligencia-artificial_15289

⁷VELASQUEZ-MANOFF, MOISÉS. (2020). Los lectores de la mente. *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/08/29/espanol/opinion/inteligencia-artificialmente.html>

Enfermedades como el Párkinson han tenido una renovación en sus tratamientos, puesto que el tratamiento farmacológico tradicional deja de surtir efecto con el tiempo. La neurotecnología permite aliviar el padecimiento a través de la estimulación cerebral con electrodos, mejorando la calidad de vida del paciente, permitiéndoles ganar movilidad y control del habla.¹⁰

Por otro lado, recientemente Edward Chang, neurocirujano de la Universidad de California, a través de implantes sensoriales para monitorear las partes del cerebro involucradas en el habla, consiguió identificar hasta con un 97% de precisión, las palabras que pronunciaron los voluntarios de la investigación. Un interesante y riesgoso avance hacia la lectura cerebral, que puede usarse para el bien de la sociedad, por ejemplo, en pacientes con disfunciones motoras. Un uso menos noble sería la obtención de datos de manera involuntaria de los pacientes.¹¹

Otro avance en neurociencia es el control de los deseos. Casey Halpen de la Universidad de Stanford, desarrolló un algoritmo capaz de reconocer señales producidas por el cerebro de personas obesas, ante la pérdida de control cuando se les quita un alimento. Este estudio tenía por finalidad generar conocimiento para suprimir ese deseo, y esperando a futuro utilizarlo para controlar adicciones al alcohol, cocaína, etc. Sin embargo, no es difícil imaginarse que se use en el sentido opuesto, para generar adicciones, con consecuencias nefastas. De hecho, entre los resultados registrados, los pacientes con Párkinson señalaron sentirse más agresivos ante la intervención de la máquina; pacientes con depresión señalaron cuestionarse su propia existencia.¹²

En 2014, Giulio Ruffini director de Starlab transmitió un pensamiento de “hola” a más de 7.000 km de distancia. Si bien los individuos que recibían el mensaje no recibían la palabra como un audio, si recibieron un código morse interpretado por una IA, que los receptores debían descifrar.¹³

Si bien, los avances en tecnología de escritura cerebral suponen un gran logro en medicina, levanta preocupación cuando esta tecnología llegue al mercado, puesto que se trataría de tecnología al alcance de unos pocos, que podría aumentar las brechas sociales entre quienes pueden costear tratamientos de escritura cerebral, permitiendo mejorarse a sí mismos con mayor rapidez, o facilitando su aprendizaje, contra quienes deban seguir atendiendo a los métodos convencionales.

La denominada división entre humanos y metahumanos. Llamado a través de la revista Nature, para formular una declaración de derechos humanos que visibilice los derechos neuronales, antes que la tecnología de escritura de cerebros se masifique. En su llamado, plantean que la información de los cerebros debe ser protegida como datos médicos, encontrándose libre de explotación confines de lucro.

Otro tema para considerar es que los avances en neurociencia significan un gran paso para la medicina y las capacidades humanas, sin embargo, supone un punto de inflexión en materia de privacidad. Un posible hardware que sea capaz de leer todo el cerebro humano es denominado por el doctor Gallant como gorra Google, puesto que sería una máquina con la capacidad de realizar búsquedas según nuestros pensamientos, mostrándonos imágenes según la lectura cerebral, y en base a esos pensamientos ofrecer la publicidad que mejor se ajuste a nuestros deseos, violando por completo la privacidad de nuestra mente.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰GARCÍA, Antonio. Sin fecha. Neurotecnología para el ciudadano. Uciencia. Disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/4993/14_n9_Uciencia9.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹CHANG Et. Al (2020) "Pure Apraxia of Speech After Resection Based in the Posterior Middle Frontal Gyrus" Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32097489/>

¹²HALPERN, et Al. Brain-Responsive Neuro Stimulation for Loss of Control Eating: Early Feasibility Study. Disponible en: <https://academic.oup.com/neurosurgery/advance-article-abstract/doi/10.1093/neuros/nyaa300/5876913?redirectedFrom=fulltext>

Para adelantarse a avances como una gorra Google, o una posible división entre humanos y meta humanos, fue que, en 2017, un grupo de 24 personas ligadas a la neurociencia, inteligencia artificial, bioética, y representantes de los proyectos BRAIN de EEUU, Europa, China, Japón, Australia, Canadá e Israel, realizaron un

Pese a este llamado, hoy en día la neurotecnología ya se está haciendo un espacio en el mercado tecnológico. En España la empresa Bitbrain, en cooperación con el sector público, privado y académico, se encuentra desarrollando sistemas de hardware que faciliten la recolección de datos del cuerpo humano, con el fin de impulsar la investigación del comportamiento humano, mejorar la salud de los individuos, y desarrollar softwares para interfaces cerebro-computadora.¹⁴

Otro caso está constituido por la empresa Visión Integral, que, junto con ofrecer un diagnóstico preciso sobre patologías, ofrece intervenciones que permitan mejoras fisiológicas en sus clientes, cómo superar la ansiedad, eliminar malos hábitos como morderse las uñas, mejorar la concentración, acelerar las capacidades de aprendizaje y procesamiento cognitivo.¹⁵ Elena Muñoz, directora del Máster Universitario en Neuropsicología de la Universidad Oberta de Catalunya, y encargada del Cognitivo

NeuroLab, señala que aún no se conoce el verdadero alcance de la neurotecnología, puesto que no es una ciencia que avance con rapidez, por lo que se desconoce que avances ocurrirán a futuro, y por lo tanto los avances tecnológicos no pueden atrapar por sorpresa a la humanidad.¹⁶

Actualmente, cuando estas empresas de BigData utilizan el aprendizaje automático de su software, recopilan información del usuario en sus servidores para analizar como se utiliza un bien o servicio específico y así poder entrenar algoritmos en datos agregados. Esta recopilación de información se utiliza para perfeccionar mecanismos de captura del tiempo de los usuarios cada vez más eficiente. Hoy en día millones de personas se someten inconscientemente a la entrega de contenido

a los algoritmos que decodifican la mente humana, en un intercambio de datos en dos direcciones, la persona recibe el contenido de su preferencia y la maquina las preferencias del usuario. A gran escala y en conjunto con las tecnologías que se han tratado, este intercambio acelerará la próxima revolución industrial, en la que se pondrá en riesgo la noción de persona y las bases mismas del libre albedrío.

3. Avances en la regulación de la neurotecnología

La neurotecnología es el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso¹⁷. Estos dispositivos van desde los implantes cocleares para la sordera, estimuladores de la médula espinal para tratar el Parkinson, hasta lectores de ondas cerebrales para el uso educativo.¹⁸

Las posibilidades de mejorar las condiciones de vida gracias a la tecnología son cada vez más reales, especialmente considerando las más de mil millones de personas con discapacidad en el mundo, y cerca de tres millones sólo en Chile. Además, en muchos países sólo entre el 5 y el 15 % de las personas que requieren dispositivos y tecnologías de asistencia tienen acceso a ellos.¹⁹

13 RUFFINI, et Al. (2014) Conscious brain-to-brain communication in humans using non-invasive technologies. Disponible en:

<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0105225&xid=25657,15700023,15700186,15700191,15700256,15700259,15700262,15700265>

14 BITBRAIN. 2020. Neurotecnología avanzada. Disponible en: <https://www.bitbrain.com/es>

15 Visión Integral. 2020. Qué son las neurotecnologías. Disponible en: <https://www.visionintegral.org/content/44-que-son-las-neurotecnologias#>

Sin embargo, también existe un amplio campo de aplicación de las neurotecnologías en personas sanas, en áreas que van desde la defensa, el entrenamiento y la potenciación de sus capacidades cognitivas e intelectuales, a los que apuntan empresas y gobiernos. En este sentido, **los avances han mostrado desafíos éticos y regulatorios**, donde se cuestiona la frontera que representa el cerebro en cuanto a la intimidad e integridad humana, cómo se debería regular el uso de la información cerebral para fines comerciales y la manera en que se debería regular el acceso a tecnologías que permitan la aumentación intelectual de las personas.

El conocimiento del cerebro y sus implicaciones tiene alcances éticos sobre las posibilidades de inequidad de acceso, vulneración de la libertad y la autonomía de pacientes y consumidores. Junto con esto, es necesario considerar su uso comercial, su uso con fines militares o policiales, como también es necesario tener en cuenta las posibilidades de manipulación para fines políticos o comerciales. En efecto, la subdirectora del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona señala que el humano ha dejado de ser anónimo, y se ha vuelto reinidentificable, por lo que los tratamientos con neurotecnología deben procurar la mayor seguridad, con el fin de evitar un mal uso de los datos personales.

Es por estas razones que la neurotecnologías se erige como la ciencia desde donde se crearan nuevos derechos humanos, ante el debate ético y de seguridad que ha abierto. Algunos se preguntan si a través de la neurotecnología sería ético controlar el racismo o la xenofobia, dar soluciones a conflictos territoriales a través de la neurotecnología. Planteándose de este modo, si la neurotecnología debiera ser garantizada para disponibilidad universal, a la vez que regulada con el fin de proteger la libertad de los individuos.

16ALCALDE, Sergi. 2020. Los retos de la neurotecnología en tiempos de inteligencia artificial. National Geographic. Disponible en: https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/retos-neurotecnologia-tiempos-inteligencia-artificial_15289

17Biblioteca del Congreso Nacional. "Neurotecnologías: los desafíos de conectar el cerebro humano y los computadores" Documento de frontera N° 01 Asesoría Técnica Parlamentaria 2019.

18 Ibid. 19 Ibid.

Respecto a la regulación, gran parte del equipamiento neurotecnológico está comercializado bajo parámetros médicos, abarcando tecnologías de asistencia o tratamientos para curar enfermedades. Los resguardos éticos se encuentran amparados en la Declaración de los Derechos Humanos, el Código de Nuremberg (1947), la Informe Belmont (1978), la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, AMM, las Pautas éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos(2002) del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la OMS, entre otros.²⁰

Entre los países que cuentan con normas regulatorias, Francia fue uno de los que incorporó en su Código Civil una modificación en su legislación en bioética para regular el uso de información cerebral como pruebas periciales. En Latinoamérica el neuroderecho está aún en el ámbito académico, aunque existen ejemplos del uso de neurotecnologías como pruebas judiciales en países como México. Además, el Parlamento Europeo, en 2017, aprobó las "Normas de Derecho Civil sobre robótica" una de las primeras acciones concretas en regulación, es este caso con recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de Derecho Civil sobre robótica.

No obstante, en el caso de productos pensados para otros fines, no se ha desarrollado todavía una regulación específica en el área, ni tampoco parámetros éticos para sus aplicaciones en otros contextos. Entre las propuestas más avanzadas y consensuadas en la materia, es la del Morningside Group,²¹ la que en 2017 propuso que las interfaces cerebro-computador y la inteligencia artificial deben respetar y preservar cuatro principios, que tienen como fin el desarrollo responsable de estas tecnologías:

1. Resguardarla privacidad y autonomía personal;
2. Proteger la identidad y agencia (entendida esta última desde su acepción sociológica: habilidad de elegir nuestras acciones con libre albedrío);
3. Regular la “aumentación artificial” de capacidades cerebrales (que podría producir inequidades);
4. Controlar los posibles sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones.

Así las cosas, el derecho a la neuroprotección, como manifestación de la dignidad humana concede a su titular un haz de prerrogativas que se traducen en el derecho a la privacidad mental, identidad personal y autodeterminación, derecho a la igualdad frente al aumento de capacidad cerebral y el derecho al control de sesgos frente a algoritmos, elementos que deben ser consagrados en modificaciones sectoriales que permitan concretar el contenido de este derecho fundamental, con el objeto de otorgar protección efectiva, y de forma sistémica en nuestro ordenamiento jurídico.

Las referidas prerrogativas, constituyen el contenido del derecho a la neuroprotección de manera que ninguno ellos puede faltar, pero si es posible que se vayan sumando otras facultades conforme de vaya desarrollando la tecnología. Es por esta razón que solo toca al legislador regular los neuroderechos o derecho a la “neuroprotección”, y ni aún éste, podrá limitarlos o restringirlos afectando el contenido ius fundamental protegido o contenido esencial.

20RIVERA, Nelson. 2018. La neurotecnología es la ciencia que creará nuevos Derechos Humanos. Alnavío.<https://alnavio.es/noticia/12531/ingenio/la-neurotecnologia-es-la-ciencia-que-creara-nuevos-derechos-humanos.html>

21 YUSTE Et. AL (2017), Op. Cit.

Ahora bien, el objetivo de la inédita propuesta legal es regular el contenido del derecho a neuroprotección o neuroderechos establecido en la reforma constitucional correspondiente. Para ello, el presente proyecto de ley posee un marcado anclaje en la dignidad humana como meta principio subyacente al que debe siempre mirar la neurotecnología, incorporando además, un elemento de igualdad de acceso frente al desarrollo de la técnica, que se materializa a través del igual acceso al aumento de la capacidad mental, para evitar cualquier atisbo de diferenciaciones arbitrarias, e ilícitas.

Asimismo, se establecen catálogo de definiciones, avanzando hacia un marco conceptual sobre la materia, es por ello por lo que se definen conceptos como “neurotecnología”, “interfaz cerebro computadora” y “datos neuronales”. Además, se establecen disposiciones para proteger los neuroderechos y la integridad mental, estableciendo como norma eje, la prohibición de cualquier forma de intervención de conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, **sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas**. Aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

Finalmente, el proyecto establece reglas mínimas a la que deben sujetarse las investigaciones en el campo de la neurotecnología, estableciendo siempre como norte el respeto por la dignidad humana, estableciéndose, además, el deber en el Estado de fomentar las investigaciones y garantizar el acceso igualitario a los avances de la ciencia.

PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LA NEUROPROTECCIÓN

Artículo Primero.- Establécese la ley sobre la neuroprotección y que regula

el desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías:

TÍTULO I.- DISPOSICIONES GENERALES:

Artículo 1: Esta ley tiene como objetivo;

- a) Proteger la integridad física y psíquica de las personas, a través de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual, y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas.

- b) Fomentar la concordancia entre el desarrollo de neurotecnologías e investigación médico-clínica con los principios éticos de la investigación científica y médica y así sean favorables al bien y beneficio común.

- c) Garantizar la información a los usuarios de neurotecnologías sobre sus potenciales consecuencias negativas y efectos secundarios, y el derecho al control voluntario sobre el funcionamiento de cualquier dispositivo conectado a su cerebro.

Artículo 2: Se considerará para efectos de esta ley:

- A) Neurotecnologías: Se define como el conjunto de dispositivos, métodos o instrumentos no farmacológicos que permiten una conexión directa o indirecta con el sistema nervioso.

- B) Interfaz cerebro computadora (ICC): Sistema electrónico, óptico o magnético que bien (1) mide la actividad del sistema nervioso central y la convierte

en una salida conectada a una maquina o computadora o que (2) genera una respuesta artificial que reemplaza, restaura, complementa o mejora la respuesta del sistema nervioso natural y, por tanto, modifica las interacciones en curso entre el sistema nervioso y su entorno externo o interno.

C) Datos neuronales: Aquella información obtenida, directa o indirectamente, a través de los patrones de actividades de las neuronas, cuyo acceso está dado por neurotecnología avanzada, incluyendo sistemas de registro cerebrales tanto invasivos como no invasivos. Estos datos contienen una representación de la actividad psíquica, tanto consciente como subconsciente, y que corresponden al más íntimo aspecto de la privacidad humana.

D) Neuroderechos: Nuevos derechos humanos que protegen la privacidad e integridad mental y psíquica, tanto consciente como inconsciente, de las personas del uso abusivo de neurotecnologías.

TÍTULO II.- DE LAS MEDIDAS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD Y PRIVACIDAD MENTAL.

Artículo 3: Queda prohibida cualquier intromisión o forma de intervención de conexiones neuronales o intrusión o a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, que no tenga el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas. Aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

Artículo 4: Queda prohibido cualquier sistema o dispositivo, ya sea de neurotecnología, interfaz cerebro computadora u otro, cuya finalidad sea acceder o manipular la actividad neuronal, de forma invasiva o no invasiva, si puede dañar la

continuidad psicológica y psíquica de la persona, es decir su identidad individual, o si disminuya o dañe la autonomía de su voluntad o capacidad de toma de decisión en libertad.

En el caso de aquellas áreas de investigación clínico médico, será necesario aquel consentimiento determinado por el código sanitario en su Título V sobre ensayos clínicos y del Reglamento respectivo.

El límite de cualquier intervención de conexiones neuronales será siempre la protección de los sustratos mentales de la identidad personal.

Las únicas excepciones admitidas a la alteración de la continuidad psíquica o autónoma serán en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuyo caso se aplicará el código sanitario vigente.

Artículo 5: Todo formulario donde se solicite consentimiento para la intervención, invasiva o no, de neurotecnologías, interfaz cerebro computadora u otro dispositivo, debe indicar los posibles efectos físicos de su aplicación, los eventuales efectos cognitivos y emocionales de los mismos, los derechos y deberes, normas sobre privacidad y protección de la información, medidas de seguridad adoptadas, y contraindicaciones.

Artículo 6: Los datos neuronales constituyen una categoría especial de dato sensible de salud conforme a la ley N° 19.628, sobre la vida privada de las personas.

Artículo 7: La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de los datos y la actividad neuronales de las personas se ajustará a las disposiciones contenidas en la ley N° 19.451, sobre trasplantes y donación de órganos, en cuanto le sea aplicable, y las disposiciones del código sanitario respectivas.

TÍTULO III: DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y EL AVANCE DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS

Artículo 8: Las actividades de investigación neurocientífica, la neuroingeniería, neurotecnología, neurociencia, y todas aquellas actividades científicas cuyo enfoque y fin sea el estudio y/o desarrollo de métodos o instrumentos que permitan una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso tendrán siempre como límite las garantías fundamentales, en especial, la integridad física y psíquica de las personas conforme a los señalado en el artículo 1.

Artículo 9: El Estado propenderá por el desarrollo de investigación beneficiosa, promoviendo oportunidades para la ciencia y tecnología, en especial en el marco de la neurotecnologías y neurociencias socialmente deseables, emprendidos en el interés y bien público.

Artículo 10: El Estado velará por la promoción, acceso equitativo a los avances en neurotecnología y neurociencia.

Artículo segundo: Modifícase el Código Sanitario, cuyo texto fue establecido por el decreto con fuerza de ley N° 725, del Ministerio de Salud Pública, en el siguiente sentido:

A) Agréguese el siguiente párrafo al artículo 145, a continuación del punto aparte, que pasará a ser punto seguido:

“Lo mismo aplicará también para el caso del aprovechamiento de la actividad y los datos neuronales obtenidos a partir de ella.”

INFORME DE LA COMISIÓN DE DESAFÍOS DEL FUTURO, CIENCIA, TECNOLOGÍA E

INNOVACIÓN, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

BOLETÍN N° 13.828-19

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación tiene el honor de presentar su primer informe sobre el proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señora Carolina Goic y señores Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma, Alfonso De Urresti y Guido Girardi.

A algunas de las sesiones en que la Comisión trató este proyecto de ley asistieron:

Del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el Ministro, señor Andrés Couve; el Jefe de la División Jurídica, señor José Uzal; el jefe de gabinete del Ministro, señor Diego Izquierdo, y el asesor, señor José Guiridi.

Del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Coordinador de Universidades, señor Claudio Rojas.

De la Universidad de Chile, el Rector, señor Ennio Vivaldi, y el ingeniero

químico e investigador, señor Juan Asenjo.

De la Universidad de Columbia, el neurobiólogo, señor Rafael Yuste.

El investigador de la UAR, señor Mariano Ferrero.

De la Universidad de Antofagasta, el académico, señor Pedro Zamorano.

De la Universidad Católica de la Santísima Concepción, el Prorector y abogado, señor Andrés Varela, y la Jefa de la Carrera de Licenciatura en Filosofía, señora Lorena Echeverría.

De la Universidad Alberto Hurtado, el Rector, señor Eduardo Silva y el profesor en Filosofía de la Neurociencia, señor Abel Wajnerman.

De la Universidad de Santiago de Chile, el neurocientífico, señor Bernardo Morales.

De la Universidad de los Andes, el Rector, señor José Antonio Guzmán.

De la Universidad de la Frontera, el Rector, señor Eduardo Hebel.

De la Universidad Católica de Temuco, el Vicerrector de Investigación, señor Carlos Lüders.

De la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, el Rector, señor Patricio Sanhueza.

De la Pontificia Universidad Católica de Chile, la abogada y profesora en

Unidad Docente de Ética de la Salud de la Facultad de Medicina, señora Paulina Ramos.

De la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el Director de Investigación de la Vicerrectoría de Investigación y Estudios Avanzados, señor Fernando Torres.

De la Universidad Austral de Chile, el Vicerrector de Investigación, Desarrollo y Creación Artística, señor Luis Vargas.

De la Universidad de los Lagos, señora Karen Vásquez.

De la Universidad Católica del Norte, señor Sergio Alfaro.

De la Universidad Católica del Maule, la Vicerrectora de Investigación, señora María Teresa Muñoz.

De la Academia Chilena de Ciencias, la Presidenta, señora María Cecilia Hidalgo.

El abogado, señor Ciro Colombara.

De la Biblioteca del Congreso Nacional, el asesor y analista, señor Marek Hoehn

El periodista, señor Nicolás Luco.

De la oficina del Senador señor Guido Girardi, los asesores, señores Nicolás Riquelme y Matías Ortiz.

De la oficina de la Senadora señora Carolina Goic, la asesora, señora Carolina Vivanco.

Del Congreso del Futuro, los señores Juan Walker, Hugo Opazo y señora Jéssica Soto.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

Regular el contenido del derecho a la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías, o neuroderechos.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa legal, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

I.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

- 1.- Constitución Política de la República.
- 2.- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 3.- Código Sanitario.

4.- Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

5.- Ley N° 19.451, establece normas sobre trasplantes y donación de órganos.

II.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Moción que da origen al presente proyecto de ley señala como antecedente que el fin es regular el contenido de la reforma constitucional que consagraría la protección de la integridad y la indemnidad mental en relación al avance de las neurotecnologías, o “neuroderechos”, concepto que se puede entender en dos aspectos: la privacidad mental, es decir, que los datos del cerebro de las personas se traten con una confidencialidad equiparable a la de los de los trasplantes de órganos; y el derecho a la identidad, manteniendo la individualidad de las personas.

En efecto, plantean los autores, los referidos derechos encuentran sus fundamentos en las investigaciones que ha llevado adelante el Doctor Rafael Yuste quien, junto a Sara Goering, han liderado, a través del *Morningside Group*, las propuestas más consensuadas y avanzar sobre cómo se debe enfrentar a los riesgos aparejados al magnífico descubrimiento del cerebro humano, con acento en la necesidad de desarrollar la ciencia en un marco regulatorio que reconozca cinco nuevos derechos humanos: derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas), a la identidad y autonomía personal, al libre albedrío y a la autodeterminación, al acceso equitativo a la aumentación cognitiva (para evitar producir inequidades) y a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones.

La Moción expresa que importantes publicaciones científicas recomiendan firmemente incorporar cláusulas que protejan los denominados “neuroderechos” en instrumentos internacionales del más alto nivel. Incluso más, sostienen la necesidad de abogar por una convención internacional que defina las acciones que se considerarán

prohibidas en relación con las neurotecnologías e inteligencia artificial, similar a las prohibiciones enumeradas en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Por esta razón, afirman los autores, la propuesta debe ser asumida desde el derecho en su integralidad, considerando las normas, principios y valores que buscan, de manera transversal, dar respuesta efectiva a la protección de los nuevos derechos fundamentales que nacen a la luz del avance de las ciencias y tecnologías, y cuyos resultados y consecuencias ya pueden ser vistos en el campo de la medicina como, por ejemplo, los implantes cocleares (para la audición), o el “diccionario cerebral” creado para traducir pensamientos a imágenes y palabras, que busca conectar a los humanos a la red por interfaces cerebro-computador.

En la presente proposición, manifiestan los autores, ha sido fundamental la participación del mundo científico y académico, por medio de la creación de una Comisión Nacional de Neurotecnología e Inteligencia Artificial, formada por neurocientíficos, desarrolladores de tecnología, investigadores de universidades y centros de extensión, quienes están directamente conectados con la contingencia y avances de la neurociencia y neurotecnología.

La neurociencia, continúa la Moción, desde hace una década ha logrado que la lectura del cerebro y su posterior escritura dejen de ser ciencia ficción. En 2004, una persona se sometió a una cirugía para instalarse una antena que descifrara colores infrarrojos y ultravioletas; haciendo mejoras posteriores que permitieran percibir imágenes, videos, música y llamadas de aparatos externos. Luego, en 2011, por medio del uso de Inteligencia Artificial (IA), se logró realizar un mapeo de la información que los ojos humanos enviaban al cerebro, para así poder descifrar imágenes en las que el humano está pensando. Este hecho supuso el comienzo de una era en que la barrera de la integración cerebro-máquina es cada vez menos difusa.

Actualmente la tecnología de lectura de cerebros, tanto invasiva como no

invasiva, es una realidad. Un estudio, experimentando con un paciente que presentaba parálisis del cuello hacia abajo, implantó electrodos en los músculos de los brazos del paciente, conectados a una computadora que cumplía la función de médula espinal artificial, con lo que se logró fortalecer la musculatura de los brazos con cargas eléctricas, permitiendo a la persona alimentarse y beber agua por sí mismo hasta su fallecimiento en 2017.

Del mismo modo, se encuentra en desarrollo una tecnología que permite a las personas recuperar las sensaciones de estímulos físicos. Científicos norteamericanos lograron transmitir información sensorial captada por un brazo robótico, hacia el cerebro de un voluntario, quien se encontraba con parálisis del pecho hacia abajo. La máquina debe recalibrarse constantemente para ajustarse a las señales del cerebro, ya que estas cambian a diario, tal fenómeno genera la sensación de un cosquilleo eléctrico, lo que demuestra la capacidad de reconocer la sensación del robot como propia, desdibujando los límites máquina y humano.

Enfermedades como el Párkinson han tenido una renovación en sus tratamientos, puesto que el tratamiento farmacológico tradicional deja de surtir efecto con el tiempo. La neurotecnología permite aliviar el padecimiento a través de la estimulación cerebral con electrodos, mejorando la calidad de vida del paciente, permitiéndoles ganar movilidad y control del habla.

En otro caso, a través de implantes sensoriales para monitorear las partes del cerebro involucradas en el habla, se consiguió identificar hasta con un 97% de precisión, las palabras que pronunciaron los voluntarios de la investigación. Un interesante y riesgoso avance hacia la lectura cerebral, que puede usarse para el bien de la sociedad, por ejemplo, en pacientes con disfunciones motoras. Un uso menos noble sería la obtención de datos de manera involuntaria de los pacientes.

Otro avance en neurociencia es el control de los deseos. Un experimento

científico desarrolló un algoritmo capaz de reconocer señales producidas por el cerebro de personas obesas, ante la pérdida de control cuando se les quita un alimento. Este estudio tenía por finalidad generar conocimiento para suprimir ese deseo, y esperando a futuro utilizarlo para controlar adicciones al alcohol, cocaína, etc. Sin embargo, no es difícil imaginarse que se use en el sentido opuesto, para generar adicciones, con consecuencias nefastas.

De hecho, entre los resultados registrados, los pacientes con Párkinson señalaron sentirse más agresivos ante la intervención de la máquina; pacientes con depresión señalaron cuestionarse su propia existencia. En 2014, se transmitió un pensamiento de “hola” a más de siete mil kilómetros de distancia. Si bien los individuos que recibían el mensaje no recibían la palabra como un audio, sí recibieron un código morse interpretado por una inteligencia artificial (IA), que los receptores debían descifrar.

No obstante que los avances en tecnología de escritura cerebral suponen un gran logro en medicina, preocupa cuando esta tecnología llegue al mercado, puesto que se trataría de tecnología al alcance de unos pocos, que podría aumentar las brechas sociales entre quienes pueden costear tratamientos de escritura cerebral, permitiendo mejorarse a sí mismos con mayor rapidez, o facilitando su aprendizaje, contra quienes deban seguir atendiendo a los métodos convencionales. La denominada división entre humanos y metahumanos.

Otro tema que considerar, plantean los autores, es que los avances en neurociencia significan un gran paso para la medicina y las capacidades humanas, sin embargo, supone un punto de inflexión en materia de privacidad. Un posible *hardware* que sea capaz de leer todo el cerebro humano sería una máquina con la capacidad de realizar búsquedas según nuestros pensamientos, mostrándonos imágenes según la lectura cerebral, y en base a esos pensamientos ofrecer la publicidad que mejor se ajuste a nuestros deseos, violando por completo la privacidad de nuestra mente, tal como funciona un buscador de internet.

Para adelantarse a avances como este o una posible división entre humanos y metahumanos, fue que, en 2017, un grupo de veinticuatro personas ligadas a la neurociencia, inteligencia artificial, bioética y representantes de los proyectos BRAIN de Estados Unidos, Europa, China, Japón, Australia, Canada e Israel, realizaron un llamado a través de la revista *Nature*, para formular una declaración de derechos humanos que visibilice los derechos neuronales, antes que la tecnología de escritura de cerebros se masifique. En su llamado, plantean que la información de los cerebros debe ser protegida como datos médicos, encontrándose libre de explotación con fines de lucro.

Pese a este llamado, sostienen los autores, hoy en día la neurotecnología ya se está abriendo un espacio en el mercado tecnológico. En España la empresa *Bitbrain*, en cooperación con el sector público, privado y académico, se encuentra desarrollando sistemas de *hardware* que faciliten la recolección de datos del cuerpo humano, con el fin de impulsar la investigación del comportamiento humano, mejorar la salud de los individuos, y desarrollar *softwares* para interfaces cerebro-computadora.

Otro caso está constituido por la empresa Visión Integral, que, junto con ofrecer un diagnóstico preciso sobre patologías, ofrece intervenciones que permiten mejoras fisiológicas en sus clientes, como superar la ansiedad, eliminar malos hábitos como morderse las uñas, mejorar la concentración, acelerar las capacidades de aprendizaje y procesamiento cognitivo. Actualmente, cuando estas empresas de *big data* utilizan el aprendizaje automático de su *software*, recopilan información del usuario en sus servidores para analizar cómo se utiliza un bien o servicio específico y así poder entrenar algoritmos en datos agregados.

Esta recopilación de información se utiliza para perfeccionar mecanismos de captura del tiempo de los usuarios cada vez más eficiente. Hoy en día millones de personas se someten inconscientemente a la entrega de contenido a los algoritmos que decodifican la mente humana, en un intercambio de datos en dos direcciones, la persona recibe el contenido de su preferencia y la máquina las preferencias del usuario.

A gran escala y en conjunto con las tecnologías que se han tratado, este intercambio acelerará la próxima revolución industrial, en la que se pondrá en riesgo la noción de persona y las bases mismas del libre albedrío.

La Moción continúa expresando que la neurotecnología es el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso. Estos dispositivos van desde los implantes cocleares para la sordera, estimuladores de la médula espinal para tratar el Parkinson, hasta lectores de ondas cerebrales para el uso educativo.

Las posibilidades de mejorar las condiciones de vida gracias a la tecnología son cada vez más reales, especialmente considerando las más de mil millones de personas con discapacidad en el mundo, y cerca de tres millones solo en Chile. Además, en muchos países solo entre el 5% y el 15% de las personas que requieren dispositivos y tecnologías de asistencia tienen acceso a ellos.

Sin embargo, también existe un amplio campo de aplicación de las neurotecnologías en personas sanas, en áreas que van desde la defensa, el entrenamiento y la potenciación de sus capacidades cognitivas e intelectuales, a los que apuntan empresas y gobiernos. En este sentido, los avances han mostrado desafíos éticos y regulatorios, donde se cuestiona la frontera que representa el cerebro en cuanto a la intimidad e integridad humana, cómo se debería regular el uso de la información cerebral para fines comerciales y la manera en que se debería regular el acceso a tecnologías que permitan la aumentación intelectual de las personas.

El conocimiento del cerebro y sus implicaciones tiene alcances éticos sobre las posibilidades de inequidad de acceso, vulneración de la libertad y la autonomía de pacientes y consumidores. Junto con esto, es necesario considerar su uso comercial, su uso con fines militares o policiales, como también es necesario tener en cuenta las posibilidades de manipulación para fines políticos o comerciales.

Por estas razones, plantean los autores, la neurotecnología se erige como la ciencia desde donde se crearán nuevos derechos humanos, ante el debate ético y de seguridad que ha abierto. Algunos se preguntan si por medio de la neurotecnología sería ético controlar el racismo o la xenofobia, dar soluciones a conflictos territoriales, o si debería ser garantizada para disponibilidad universal, a la vez que regulada con el fin de proteger la libertad de los individuos.

Respecto a la regulación, gran parte del equipamiento neurotecnológico está comercializado bajo parámetros médicos, abarcando tecnologías de asistencia o tratamientos para curar enfermedades. Los resguardos éticos se encuentran amparados en la Declaración de los Derechos Humanos, el Código de Núremberg (1947), el Informe Belmont (1978), la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos (2002) del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la OMS, entre otros.

Entre los países que cuentan con normas regulatorias, Francia fue uno de los que incorporó en su Código Civil una modificación en su legislación en bioética para regular el uso de información cerebral como pruebas periciales. En Latinoamérica, el neuroderecho está aún en el ámbito académico, aunque existen ejemplos del uso de neurotecnologías como pruebas judiciales en países, como México. Además, el Parlamento Europeo, en 2017, aprobó las "Normas de Derecho Civil sobre robótica" una de las primeras acciones concretas en regulación, en este caso, con recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de Derecho Civil sobre robótica.

No obstante, aluden los autores, en el caso de productos pensados para otros fines, no se ha desarrollado todavía una regulación específica en el área, ni tampoco parámetros éticos para sus aplicaciones en otros contextos. Entre las propuestas más avanzadas y consensuadas en la materia, en 2017 se propuso que las interfaces cerebro-computador y la inteligencia artificial deben respetar y preservar cuatro

principios, que tienen como fin el desarrollo responsable de estas tecnologías, a saber:

1. Resguardar la privacidad y autonomía personal.
2. Proteger la identidad y agencia (entendida esta última desde su acepción sociológica: habilidad de elegir nuestras acciones con libre albedrío).
3. Regular la “aumentación artificial” de capacidades cerebrales (que podría producir inequidades).
4. Controlar los posibles sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones.

Así las cosas, el derecho a la neuroprotección, como manifestación de la dignidad humana concede a su titular un haz de prerrogativas que se traducen en el derecho a la privacidad mental, identidad personal y autodeterminación, derecho a la igualdad frente al aumento de capacidad cerebral y el derecho al control de sesgos frente a algoritmos, elementos que deben ser consagrados en modificaciones sectoriales que permitan concretar el contenido de este derecho fundamental, con el objeto de otorgar protección efectiva y de forma sistémica en nuestro ordenamiento jurídico.

Las referidas prerrogativas constituyen el contenido del derecho a la neuroprotección, de manera que ninguna ellas pueden faltar, aun cuando es posible que se sumen otras facultades conforme al desarrollo de la tecnología. Por esta razón, apuntan los autores, solo toca al legislador regular los neuroderechos o derecho a la “neuroprotección”, y ni aún este, podrá limitarlos o restringirlos afectando el contenido *ius* fundamental protegido o contenido esencial.

Ahora bien, el objetivo de la inédita propuesta legal es regular el contenido del

derecho a la neuroprotección o neuroderechos que establecería mediante la reforma constitucional propuesta. Para ello, el presente proyecto de ley posee un marcado anclaje en la dignidad humana como meta y principio subyacente al que debe siempre mirar la neurotecnología, incorporando, además, un elemento de igualdad de acceso frente al desarrollo de la técnica, que se materializa a través del igual acceso al aumento de la capacidad mental, para evitar cualquier atisbo de diferenciaciones arbitrarias e ilícitas.

Asimismo, se establece un catálogo de definiciones, avanzando hacia un marco conceptual sobre la materia, con nociones como neurotecnología, interfaz cerebro-computadora y datos neuronales. Además, se establecen disposiciones para proteger los neuroderechos y la integridad mental, estableciendo como norma eje, la prohibición de cualquier forma de intervención de conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de la neurotecnología, interfaz cerebro-computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas, aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

Finalmente, declaran los autores, el proyecto establece reglas mínimas a las que deben sujetarse las investigaciones en el campo de la neurotecnología, estableciendo siempre como norte el respeto por la dignidad humana, estableciéndose, además, el deber del Estado de fomentar las investigaciones y garantizar el acceso igualitario a los avances de la ciencia.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Antes de dar comienzo al estudio del proyecto en informe, la Comisión acordó tratar la presente iniciativa de ley en conjunto con el proyecto de reforma constitucional

que modifica el artículo 19, número 1°, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías (Boletín N° 13.827-19). Por dicha razón se consignará a continuación el debate suscitado en relación con ambos proyectos.

Al inicio, el **Honorable Senador señor Girardi** señaló que los proyectos son relevantes para Chile y serán probablemente un modelo para otros países, pues varias instituciones ya han mostrado su interés por su tramitación, entre ellas, la Unión Interparlamentaria. Asimismo, comentó que el objetivo también es promover la iniciativa en Latinoamérica, con el fin de impulsar el proyecto mediante un órgano regional internacional, y por qué no, en la mismas Naciones Unidas.

Explicó, además, que la reforma constitucional propone establecer el derecho fundamental de la indemnidad del cerebro humano y la autonomía de la mente, mientras que el proyecto de ley desarrollaría dicho derecho, otorgando un estatus a los datos neuronales equivalente al de los órganos, con tal de exigir un consentimiento libre e informado para el uso de ellos, de la misma manera en que se solicita para el trasplante de aquellos.

Estimó que es urgente regular las nuevas tecnologías antes de su incorporación al mercado, pues una vez que se industrializan resulta difícil su limitación.

Enseguida, el **Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, señor Andrés Couve**, mostró la disposición del Ejecutivo de avanzar en ambas propuestas legislativas y refrendó la idea del Presidente de la República de extender la iniciativa a otros países, por el carácter pionera de esta.

Igualmente, expresó que en la actualidad los neurocientíficos conocen las tecnologías disponibles para registrar la actividad cerebral, así como para modificarla, y sería interesante debatir las implicancias que puede conllevar dicho

uso.

Por su parte, la **Honorable Senadora señora Goic** también valoró la iniciativa, y fue del parecer de considerar la vinculación de estos proyectos con la regulación de protección de datos personales.

En la siguiente sesión en que la Comisión trató ambos asuntos, el **neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste**, expuso que ha venido trabajando sobre el objeto de los proyectos con un conjunto de investigadores en neurotecnologías, inteligencia artificial y bioética, representantes de universidades, empresas y de todos los proyectos relativos al cerebro en todo el mundo, que incluye a Estados Unidos, Europa, Japón, China, Corea del Sur, Canadá, Australia e Israel, reunidos en *The Morningside Group*.

Agregó que dicho grupo presentó una propuesta a la sociedad y ciencia mundial tres años atrás, cuya idea era afrontar el desafío de la neurotecnología e inteligencia artificial desde la teoría de los derechos fundamentales, definiendo como nuevos derechos humanos, los neuroderechos, para proteger así el contenido cerebral de las personas. Los neuroderechos estarían constituidos por el derecho a la privacidad mental, a la integridad psíquica, a la capacidad de decisión, a la igualdad frente a las tecnologías de aumentación y a la protección contra sesgos.

Explicó que la enmienda constitucional incorpora los neuroderechos en la protección de la integridad física y psíquica del individuo; en tanto, el proyecto de ley define jurídicamente las interfaces cerebro-computadoras, aplicando el modelo médico para otorgar el consentimiento en el uso de tecnologías que alteren los datos neuronales, como si fuesen un órgano del cuerpo humano, con observancia de lo prescrito en el Código Sanitario chileno.

Desde octubre de 2020, expresó, Chile tiene la oportunidad de definir tanto

una nueva Constitución como nuevos derechos humanos basados en la ciencia que incorporen la protección de la mente. Las definiciones propuestas pueden ser pioneras en la determinación de nuevos derechos para la humanidad en el mundo digital.

El **Honorable Senador señor Chahuán**, a su turno, consideró necesario avanzar en la discusión de los proyectos, independiente del proceso constituyente que se avecina, como también impulsar la protección de los neuroderechos a nivel latinoamericano.

A su vez, la **Honorable Senadora señora Goic** consultó cómo se pueden proteger los neuroderechos en la práctica, pues actualmente la invasión de las plataformas digitales demuestra la manipulación de la decisión de las personas en forma bastante inconsciente e inconsulta.

Luego, la **Presidenta de la Academia Chilena de Ciencias, señora María Cecilia Hidalgo**, estimó esencial proteger el cerebro humano y anticipar las consecuencias estremecedoras de una posible lectura de la mente, que atentarían contra la libertad individual.

Por su parte, la **Jefa de la Carrera de Licenciatura en Filosofía, de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, señora Lorena Echeverría**, consultó por el modo en que podría concretarse un acceso equitativo a la aumentación cognitiva.

El **neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste**, manifestó que actualmente la neurotecnología se desarrolla en laboratorios estatales o sustentados por el Estado, pero también en instituciones financiadas por el sector privado. Puso como ejemplo, el caso de Facebook y Microsoft, que en el último año han invertido cada una mil millones de dólares en la adquisición y desarrollo de estas tecnologías; el de *Neuralink*, compañía de Elon Musk, que hace dos meses anunció

un prototipo de interfaz que podría conectar humanos a la red, y el de la compañía Iota, que fue comprada por una multinacional japonesa en trescientos millones de dólares.

Con todo, indicó, aún no se comercializa un producto creado por la neurotecnología que pueda ser calificado de preocupante. Sin embargo, las mismas compañías mencionadas están fabricando tecnología que sí pueda estimarse como tal, como el caso de *Brain to Text*, de Facebook, que permitiría mediante una interfaz cerebro-computadora transcribir a máquina en forma precisa las palabras que deseas con solo pensar, con el consiguiente riesgo de descifrar pensamientos. La primera parte del prototipo apuntó, que permite mover el cursor en la computadora a base de pensar, ya ha sido desarrollada, y ahora están trabajando en la segunda fase para escribir un vocabulario simple de cien palabras, que en una tercera fase llegaría a mil, y con esto, a la posibilidad de extraer parte del contenido mental.

Si bien todavía no ha sido necesario aplicar una regulación en contra del uso inadecuado de estas tecnologías, felicitó la iniciativa chilena, que convertiría al país en un pionero mundial en regular la neuroprotección. No obstante, aludió, existen diversas iniciativas presentadas por organizaciones internacionales, como la UNESCO, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Universidad de Oxford, o la Sociedad de Neurociencias de Estados Unidos, y proyectos en marcha de neuroprotección, como el de las Naciones Unidas, el Grupo de Protección de Datos del Consejo de Europa, la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España o el Vaticano.

Comentó, también que, de ser aprobados los proyectos, la puesta en práctica obligará a los fabricantes de estas nuevas tecnologías a ajustarse a la normativa vigente para comercializar sus productos. Consideró, además, que resulta probable que el modelo chileno sea seguido por otras naciones, por la misma razón que fue emulado el sistema nacional de etiquetado de alimentos.

Precisó que las neurotecnologías, definidas como cualquier tecnología para registrar actividad del cerebro humano, se realizan por medio de interfaces cerebro-computadora que permiten conectar el cerebro a la red, tanto invasiva como no invasivamente. Por ejemplo, acotó, *Neuralink* está desarrollando tecnologías para subir y bajar información del cerebro.

Al bajar información se atentaría contra la privacidad mental, pero subir información permitiría incorporar en el cerebro humano los algoritmos de procesamiento de inteligencia artificial de las computadoras, cuyo interés comercial podría suponer la sustitución de los teléfonos móviles por un teléfono cerebral conectado por dicho interfaz, estimando que pueden ser tales razones las que justifiquen las multimillonarias inversiones privadas del último tiempo.

Consideró que lo anterior cambia las reglas del juego porque puede permitir el aumento de la capacidad cognitiva y mental de las personas por medio del acceso a bases de datos y algoritmos de inteligencia artificial, e incrementar así el procesamiento de la información, objetivo central de algunas compañías.

Dicho esquema rompe no solo la concepción de los derechos humanos, sino también el propio concepto de humanidad. A su juicio, un abordaje aceptable del problema de la aumentación cognitiva, que evite la fragmentación social, sería la aplicación del principio universal de justicia anclado en el modelo médico, como sucede con el trasplante de órganos, donde la decisión se adopta por criterios médicos, no económicos, y en caso de ser insuficientes, se elabora una lista priorizando a quienes más lo necesiten.

El **Honorable Senador señor Girardi** planteó que la discusión de los proyectos se da en el contexto de la era digital, cuyos límites se han extendido a nuevos ámbitos, tal como exponía la Honorable Senadora Goic, respecto del control de datos mediante aplicaciones, que han mostrado un nivel de eficacia en la

intervención de la conducta de las personas realmente alarmante. El caso del juego *Pokemon Go*, gráfico, fue una muestra de la estrategia desarrollada por las plataformas digitales para incrementar la especificidad de su conocimiento y el mapeo de lugares que no podían rastrear por satélites, con millones de personas fotografiando recintos privados que interesaban a las compañías en busca de las famosas figuras, incluso con la participación de otras empresas, como *Mc Donalds*, que financiaron el juego con tal de contar con figuras atrapables en sus locales de expendio de comida rápida.

Del mismo modo, manifestó interés por conocer el desarrollo de la neurociencia, sobre todo la reproducción de un mundo virtual construido desde procesos biológicos de reconocimiento de patrones y la forma en que la tecnología alimenta las redes neuronales artificiales, que empiezan a reproducir también esos mecanismos por medio de funciones matemáticas que emulan las neuronas. Estimó de particular interés el proceso de *deep learning* que se realizó en base a la investigación sobre el neocórtex visual y la forma de recrear un mundo virtual desde neuronas artificiales, por la confusión que provoca al cerebro humano entre el mundo virtual creado por las neuronas propias y aquel creado por las artificiales.

Mencionó que en Roma tuvo la oportunidad de conocer un proceso de realidad aumentada para ver cómo era la ciudad en el pasado, y la sensación que sintió fue de no querer abandonar ese mundo tan maravilloso, porque la realidad virtual es más colorida y emotiva que el mundo real. Agregó que se inicia un proceso inverso de la programación de la realidad desde el mundo virtual, que será cada vez más permanente; antes, los ingenieros programaban algoritmos, ahora los algoritmos programarán a las personas y declaró llamarle la atención cómo en Facebook o Google han logrado avanzar en programación emocional, no solo en lectura de estas.

Lamentó que este ámbito no haya sido regulado en su momento, pues actualmente la neuroprogramación es tan potente que experiencias espontáneas como el amor se han ido optimizando mediante operaciones algorítmicas al usar

aplicaciones digitales como *Tinder*, el ser humano está trasladando la capacidad de tomar decisiones a las máquinas, ignorando en función de qué variables se adoptan, pues finalmente, sostuvo, las tecnologías responden a una ideología que las antecede.

Estimó urgente regular el uso de las nuevas tecnologías porque la velocidad de su desarrollo muestra los riesgos que conlleva su uso. Afirmó que la última frontera ya no necesita los datos, debido a que interviene directamente sobre los cerebros humanos, y observó que no es posible saber qué ocurrirá si una empresa elabora un dispositivo de interface para aumentar las capacidades cognitivas, pues será difícil transparentar las decisiones de los usuarios y al final todo el mundo querrá tener uno.

De suceder lo anterior, profundizó, sin que la sociedad haya reflexionado sobre su uso será imposible detener el fenómeno. Indicó que hoy existen cifras que muestran que las personas con mayor coeficiente intelectual son más longevas y ricas. Cómo evitar, entonces, que las personas aumenten su capacidad cognitiva sin atender a criterios médicos, será una verdadera incógnita.

Por otro lado, expresó que el eje central del negocio para las plataformas es el desarrollo de la inteligencia artificial, motor que necesita el combustible de los datos. Así como los pozos petroleros generaban el control geopolítico en el pasado, hoy tales pozos son los cerebros y la conducta humana; cada ser humano está casi amenazado en convertirse en el pozo petrolero controlado por cualquier plataforma.

Por último, consultó la opinión del expositor sobre la velocidad del proceso de desarrollo de las neurotecnologías y el reemplazo de las universidades por las plataformas, que contratan a los principales científicos mundiales y con recursos económicos muy superiores.

Seguidamente, la **Vicerrectora de Investigación de la Universidad**

Católica del Maule, señora María Teresa Muñoz, manifestó una preocupación específica respecto al concepto de aumentar, disminuir o perturbar dicha integridad individual sin el debido consentimiento, pues, en tales términos, estimó, si la persona otorga el debido consentimiento se podría perturbar su integridad, autorización que genera observaciones éticas que exigen una mayor reflexión.

Por otra parte, señaló que los proyectos podrían colisionar con las disposiciones de la ley de derechos y deberes del paciente, respecto de personas con algún grado de discapacidad intelectual que no puedan otorgar en forma debida su consentimiento, pues se debe resguardar la integridad de estas y evitar prácticas invasivas, asunto que también requeriría de un mayor análisis. Aun así, opinó que era necesario regular estas nuevas tecnologías.

El neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste, estuvo de acuerdo, en primer lugar, en que el problema se extiende más allá de la aparición de las neurotecnologías. La avalancha de tecnología digital está cambiando la vida del ser humano y la geopolítica, aspectos que resultan preocupantes. Estas nuevas tecnologías no corresponden a otra cualquiera, es una que por primera vez permite acceder a la mente humana y manejar los datos cerebrales con capacidad de modificarlos, alterando, a su vez, el concepto propio del ser humano, que se define por sus habilidades mentales y cognitivas.

Añadió que la solución propuesta por el grupo de trabajo es discutir el tema de los neuroderechos en todos los niveles, políticos, académicos, industriales e internacionales. Existe consenso sobre la importancia del problema que ocasionarán estas nuevas tecnologías, falta ahora concordar la solución y definir con anticipación una estrategia; la del grupo que integra, abordar desde la teoría de los derechos humanos la protección de la mente humana.

En segundo lugar, insistió en que la reforma constitucional prescribe que solo

la ley podrá establecer los requisitos para limitar el derecho a la neuroprotección y los que debe cumplir el consentimiento en estos casos. De esta forma, puntualizó, el consentimiento de la persona estará regulado por ley, aplicando el modelo médico, en conciliación con los derechos del paciente.

Si actualmente se vendiera en el mercado un dispositivo que permitiera la conexión cerebro computadora, complementó, tal transacción estaría regulada solo por la ley de protección al consumidor, cuyo resguardo es mínimo. En cambio, de aprobarse la enmienda a la Carta Fundamental y el proyecto de ley, la comercialización de dichos aparatos se regulará como si fuesen dispositivos médicos, exigiendo un consentimiento libre e informado y el resguardo a la privacidad, con el mismo rigor que se regulan el consentimiento y datos de los pacientes en los trasplantes de órganos.

El ingeniero químico e investigador de la Universidad de Chile, señor Juan Asenjo, hizo notar la manera exponencial del avance de la inteligencia artificial. Estimó que no se trata solo de la forma de otorgar el consentimiento, sino también, de concientizar a la población de la capacidad de estas multinacionales de controlar la especie. Claramente, afirmó, es un asunto de derechos humanos. Por tal motivo, señaló, se debe contar con una legislación que enfoque el problema desde esa perspectiva, felicitando la iniciativa de los Senadores.

El Honorable Senador señor Girardi se refirió al punto planteado por la académica señora María Teresa Muñoz sobre el consentimiento de personas con discapacidad intelectual, sumando a ello, la preocupación por la manifestación de voluntad en las aplicaciones digitales, pues consideró que representan falsos consentimientos, que están hechos y dados para que sean aceptados, porque son extremadamente largos y nadie los lee, o bien porque no se permite el uso de la aplicación sin otorgar tal consentimiento. La era digital presiona por la inmediatez y ninguna persona se detiene a dicha lectura, convirtiendo el uso de la aplicación en una trampa letal. Todos los estudios han demostrado que los buscadores de internet rastrean tu actividad sin tu consentimiento, pese a haber negado la autorización.

Recordó que en la discusión de la ley de derechos y deberes del paciente y en la de donación universal de órganos, una de las preocupaciones fue incorporar una pena que sancionara el tráfico de órganos, ya que es un desincentivo que trasciende fronteras. En tal sentido, alegó, sería útil contemplar tipos penales para castigar el uso indebido de las nuevas tecnologías, que se incorporen al derecho penal internacional, por su relación con los derechos humanos, amén de la imprescriptibilidad en la persecución de su infracción.

Por otro lado, resaltó que la persecución de los ilícitos será cada más compleja, pues el uso de las redes sociales torna difícil rastrear a sus autores, como ocurre hoy con el etiquetado de alimentos. Urge encontrar entonces la manera de castigar la publicidad prohibida tanto en mecanismos convencionales como en redes sociales.

Declaró que el Estado global es totalmente obsoleto para resguardar los derechos ciudadanos, puesto que los Estados son analógicos y centralistas. Observó la necesidad de reflexionar sobre la construcción de una democracia para la era digital y una institucionalidad que permita una gobernanza para esta nueva era. La crisis de la democracia se relaciona también con el traspaso del poder a los algoritmos que empiezan a decidir por las personas, pues el valor esencial de los sistemas democráticos y los humanismos liberales – no antropocéntrico, sino ecocentrista, solidario y social – residían en que el ser humano era el mejor habilitado para tomar decisiones.

Finalmente, el **neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste**, detalló que el consentimiento se puede concebir en términos más o menos exigentes, el solicitado por las aplicaciones digitales y el consumo es de carácter débil, en tanto, el utilizado por el modelo médico es más robusto. Asimismo, aclaró que el objetivo del proyecto de reforma constitucional es que el concepto de

integridad psíquica del párrafo que incorpora la enmienda resume conceptos como privacidad, libertad, consentimiento, dignidad e identidad de la persona, y que luego sean desarrollados en la ley. En último lugar, hizo presente que existen valores distintos en las diferentes culturas, de allí la necesidad de elevar esta discusión a organismos internacionales.

En la siguiente sesión en que la Comisión estudió ambos proyectos, el **Honorable Senador señor Girardi** señaló que el objeto es continuar con la tramitación de las iniciativas, a fin de establecer a los datos mentales en un estatus equivalente al que tienen los órganos. Reiteró que la idea es que Chile sea el primer país a nivel mundial que pueda establecerlo en una legislación que ponga en acción un nuevo derecho humano.

Seguidamente, el **Rector de la Universidad de Chile, señor Ennio Vivaldi**, explicó que el objetivo de su exposición será plantear una plataforma antecedente que sirva de base para la discusión legislativa.

Expresó, respecto a los antecedentes, que la ciencia y la tecnología juegan un rol clave en mejorar el bienestar social y productivo. Añadió que todos los países y todas las personas tienen necesidades comunes en temas de salud, cambio climático, pandemia y nueva matriz productiva.

Agregó que el conocimiento debe entenderse como un bien necesario para el desarrollo y progreso. Indicó que ello se hace aún más evidente en estos tiempos de pandemia, crisis económicas, sociales y políticas.

Señaló que la velocidad del avance científico y tecnológico actual nos está permitiendo encontrar soluciones insospechadas en distintas disciplinas. Añadió que, un ejemplo que les enorgullece como Universidad, es la terapia genética desarrollada por el equipo liderado por el doctor Claudio Hertz para tratar enfermedades neurodegenerativas, la cual ha sido recientemente exportada a Europa para el

desarrollo de estudios clínicos en humanos. Agregó que, sin embargo, también es cierto que existen riesgos de que aparentes avances conlleven un potencial disruptivo que pudieran afectar nuestros derechos.

En cuanto al acceso a los beneficios del avance científico, manifestó que construir una capacidad científica y tecnológica sólida es indispensable para el desarrollo económico, social, cultural y ambiental. Añadió que la ciencia y la tecnología nos han permitido mejorar nuestras condiciones de vida como sociedad, por ejemplo, ha habido un aumento de nuestra esperanza de vida y una mejora en nuestras condiciones de salud. Por otra parte, indicó que el acceso a dispositivos tecnológicos y de comunicación se ha expandido, cambiando nuestras vidas y la forma en que nos relacionamos cotidianamente. En la misma línea, nuestra capacidad de procesamiento computacional nos está permitiendo enfrentar complejos problemas industriales y de la vida diaria.

Por lo anterior, planteó que debe preocuparnos que el acceso a los beneficios directos de las innovaciones científicas y tecnológicas esté disponible para todas las personas. Afirmó que así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27, que afirma el derecho de todos a participar y beneficiarse del progreso científico y a estar protegidos del mal uso de la ciencia.

Agregó que, si consideramos las tecnologías en desarrollo y sus potenciales consecuencias en nuestras vidas, se debe poner énfasis en el acceso igualitario y sin discriminación. Al respecto, expresó que es fácil imaginar dos escenarios según un acceso generalizado o segregado a las nuevas tecnologías. Advirtió que hay que tomar conciencia del peligro de que las desigualdades ahora existentes se multipliquen con un acceso diferenciado a los avances científicos, pues ello simplemente enfatizaría aún más las diferencias que hoy día produce la calidad de la educación que reciben los distintos segmentos socioeconómicos. Observó que este punto es de especial relevancia en materia legislativa.

Además, manifestó que, considerando que ya es posible mediante tecnologías aumentar la capacidad cognitiva o motora de las personas, se debe ser en extremo cuidadoso para lograr que el progreso científico sea para todas y todos, y no exacerbe diferencias o asimetrías sociales por el hecho de usar este tipo de tecnologías. Explicó que, llevado al extremo, existe el riesgo de que se amenace el principio de igualdad entre los seres humanos y el acceso a las tecnologías termine estableciendo castas.

Luego, con respecto a la privacidad, afirmó que los datos se han convertido en elementos a los que se puede extraer un significativo valor económico, lo que sumado a la enorme capacidad de procesamiento computacional *big data*, han traído consigo la paulatina pérdida del control de nuestros datos personales y un debate en torno a los límites de la privacidad.

Informó que cada vez más hay sistemas que identifican nuestros patrones de vida y los traducen en clasificaciones de consumo, políticas, culturales y socioeconómicas, puestas al servicio de corporaciones o gobiernos. En este sentido, explicó que alguien podría llegar a saber exactamente qué decir para agradar, con certeza, a un grupo determinado de personas.

Agregó que actualmente nos enfrentamos a nuevos dilemas que ponen en cuestión los límites de la privacidad, por ejemplo, los alcances de la decodificación del genoma humano que plantea nuevos problemas éticos y sociales. Añadió que una vulneración de los “neurodatos” significa una posible anulación de la privacidad, en cuanto el cerebro es el único lugar donde podríamos mantener nuestros pensamientos y decidir nosotros mismos su divulgación, por lo cual se debe proveer de resguardos y medidas de seguridad de magnitudes proporcionales a esta amenaza para evitar la vulneración de estos datos.

En relación con los sesgos de la inteligencia artificial, señaló que los

algoritmos de inteligencia artificial son entrenados con grandes volúmenes de datos, los cuales pueden reproducir sesgos de la sociedad actual o del diseño mismo de la aplicación que los recopila.

Agregó que la adopción automatizada de decisiones debe estar en constante control, y debe mantener los resguardos jurídicos necesarios para que se ejecute sin discriminación.

Sobre lo anterior, explicó que la aplicación de la inteligencia artificial a la neurotecnología debe ser evaluada con mucha cautela, pues los sesgos podrían ser implementados directamente en el cerebro humano con consecuencias que desconocemos. Por ejemplo, las técnicas de inducción de sueño, como una potencialidad de interacción entre inteligencia artificial y neurotecnología.

En cuanto a agencia e identidad, explicó que hoy existen casos de personas tetrapléjicas, que tienen insertos electrodos en el cerebro para poder facilitar su vida y resolver algunos de sus problemas. Al respecto, indicó que el estado del arte en los dispositivos médicos está avanzado y masificándose y que, hasta ahora, los efectos no deseados son mínimos.

Agregó que se debe garantizar que la conexión de dispositivos a nuestro cerebro no afecte el que nosotros como personas mantengamos nuestra personalidad, pues nuestro libre albedrío no puede ser amenazado.

En conclusión, afirmó que la ciencia y sus aplicaciones son indispensables para el desarrollo, por lo cual todos los niveles de gobierno y el sector privado deberían brindar un apoyo sustantivo para construir capacidades científicas y tecnológicas suficientes que sean la base para el desarrollo económico, social, cultural y ambiental del país.

Manifestó que las instituciones científicas deben asumir como responsabilidad propia, en concordancia con lo que indica este proyecto de ley, que el desarrollo tecnológico no perturbe la integridad física y psíquica de las personas sin su debido consentimiento.

Por último, indicó que es necesario comenzar a establecer regulaciones internacionales y más detalladas en torno a los neuroderechos, de manera de dirigir el desarrollo hacia aplicaciones con una visión ética y enfocadas en mejorar la calidad de vida de todas y todos.

El Honorable Senador señor Girardi agradeció al Rector Vivaldi y a la Universidad de Chile por su protagonismo en la investigación científica, especialmente en la neurociencia. Comentó que la obtención y recolección de datos son clave en la geopolítica del siglo XXI, y que el ser humano está siendo usado o capturado para la obtención de sus datos sin que se dé cuenta de ello. Indicó que estamos permanentemente intervenidos por las grandes plataformas como Facebook y Google, las cuales capturan la atención del usuario para obtener datos, especialmente a través de los teléfonos celulares.

Agregó que las nuevas neurotecnologías van más allá de la predicción y la capacidad anticipatoria al comportamiento humano, ya que intervienen directamente dentro del cerebro y, por lo tanto, traspasan la última frontera. Por ello, enfatizó que es un tema de primera necesidad y que se debe regular.

A continuación, el **abogado señor Ciro Colombara** felicitó al Senado de Chile por haberse interesado en un tema donde es pionero a nivel mundial. Explicó que complementará el debate, en primer lugar: con una visión sobre el estado del arte a nivel mundial en este tema; en segundo lugar: respondiendo a la pregunta ¿Por qué legislar?; en tercer lugar: ¿Para qué legislar? ¿Cómo legislar?, para finalmente terminar con una referencia a la importancia de la discusión que está

teniendo el Senado.

Sobre el primer punto, en cuanto al estado del arte, señaló que está participando, en conjunto con abogados de 14 países, en una investigación a instancias de la Universidad de Columbia y del Congreso del Futuro, sobre cómo están regulados los neurodatos en otros países de América Latina y EEUU.

Informó que, sin perjuicio de que todavía no está listo el informe final, tienen cinco conclusiones preliminares: ninguno de estos 14 países tiene alguna regulación acerca de neuroderechos o neurodatos; la mayoría de ellos tienen leyes especiales acerca de datos personales, que incluyen el concepto de “datos sensibles”; la mayoría de los países considera que los neurodatos deberían ser incluidos dentro del ámbito de los datos sensibles; la mayoría de los países consideran que es necesario contar con leyes especiales para proteger el desarrollo de la neurociencia, y algunos consideran que debería haber tratados y convenciones internacionales acerca de neuroderechos.

Explicó que, sobre la base de que ningún país de estos tiene ninguna regulación acerca de neurodatos, y que no existen además tratados o convenciones internacionales o *soft law* que se refieran a los neuroderechos o los neurodatos, surge la pregunta de por qué legislar. Añadió que la respuesta es muy simple: el que otros países no lo hayan hecho, no significa que no pueda ser Chile el primer país que lo haga. Recordó que siempre el derecho va detrás del desarrollo de la sociedad y por lo tanto de las necesidades de regulación legal.

Agregó que el desarrollo científico y tecnológico hoy en día es extremadamente acelerado y pocos países tienen la visión de estos cambios. Explicó que Chile está en una condición privilegiada porque, a propósito del Congreso del Futuro y del apoyo de la comunidad científica internacional, conoce el avance tecnológico en la neurociencia, y consecuentemente puede dimensionar los riesgos

que éstos significan.

Comentó que una vez resuelta la pregunta de por qué legislar, cabe preguntarse para qué legislar o por qué hacerlo ahora. Al respecto, señaló que si bien es una discusión de mediano y largo plazo, es un tema relevante para el funcionamiento de las sociedades democráticas, porque de no establecer regulación, límites o restricciones al desarrollo científico y tecnológico, específicamente al desarrollo de la neurociencia, lo podría llevar a su peor escenario, lo que se ha denominado *hacking* cerebral, es decir, a la posibilidad de intervenir lo que existe en el cerebro de las personas, determinando sentimientos, deseos, pasiones o pensamientos. Añadió que eso significa un riesgo no sólo desde la perspectiva individual de los derechos humanos, sino desde la perspectiva de las sociedades democráticas, de tal manera que puede conducir a lo que hoy se denomina a nivel internacional “la hipótesis de autoritarismo digital”, es decir, mediante el uso de la tecnología, determinar o inducir el comportamiento de las personas, restringiendo el debate democrático.

En cuanto a cómo legislar, explicó que en Chile se ha resuelto de dos maneras: en primer lugar, estableciendo una reforma constitucional que reconozca como garantía constitucional la esencia de los neuroderechos. Añadió que, si bien se puede discutir la redacción o la ubicación, no existen dudas de que es fundamental regularlo como una garantía constitucional, pues en el mediano y largo plazo también deberá reflejarse en declaraciones, tratados y convenciones internacionales. Además, comentó que no es suficiente una regulación constitucional, pues, por la especificidad de la materia, se hace necesario una regulación legal. Apoyó la idea del proyecto de partir por definiciones, para que ciudadanos y jueces tengan un marco básico común sobre el cual operar.

Agregó que, internacionalmente, al menos en el mundo científico, están los ojos puestos en Chile, pues es el único país del mundo donde se está discutiendo de manera seria una reforma constitucional y legal relativa a los neuroderechos, que seguramente servirá luego de ejemplo para muchas legislaciones.

Luego, la **profesora del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Chile, señora Paulina Ramos**, agradeció la oportunidad para participar tanto en el proyecto de reforma constitucional, como en el proyecto de ley. Añadió que comparte la opinión del señor **Ciro Colombara**, pues se está frente a una situación bastante única, que no se había dado en otras oportunidades, ya que viendo la historia legislativa y constitucional, como país usualmente copiamos a otros. Recordó que las 200 millas, fue una excepción.

En relación con la pregunta ¿por qué se quiere que sea un neuroderecho con un estatus de derecho fundamental?, respondió que, si bien es importante la redacción del artículo, también lo es su ubicación, por lo que consultó al señor **Colombara** por qué se ubicó la reforma constitucional en cuestión, en el artículo 19, N°1, y no en el artículo 19, N° 4; que regula la privacidad. En el mismo sentido, comentó que cuando se habla de “integridad”, también cabe preguntarse qué se quiere decir en el artículo 19, N° 1, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, como asimismo cuál es la función de la ley.

Señaló que es fundamental al tratar de configurar un derecho, definir dónde queremos que ese derecho quede configurado para que sea un derecho fundamental.

El **señor Colombara** señaló que ha leído las observaciones de la profesora señora Ramos, por lo que conoce el análisis al que se refiere y, efectivamente, la discusión que plantea es una discusión extremadamente relevante. Sobre lo anterior, contestó que, primero, no cabe duda de que se debe realizar una reforma constitucional, porque evidentemente debe ser reconocido como una garantía constitucional.

Con relación a la ubicación, explicó que el proyecto efectivamente lo

incorpora en el artículo 19, N° 1, existiendo razones fundadas para sostener que debiera vincularse al artículo 19, N° 4, en cuanto a la intimidad o la privacidad. Comentó que en diversos países se vinculan automáticamente los neuroderechos a la privacidad mental, y efectivamente existe una línea doctrinaria argumentativa que habla de privacidad mental.

Agregó que existe una segunda idea de desarrollo, que lo vincula a un derecho más fundamental o esencial que sería el artículo 19, N° 1, ya que desde esa perspectiva tiene una generalidad mayor, lo cual se vincula con el segundo punto que planteo la profesora respecto a la integridad. Desde esa perspectiva, explicó que nosotros podemos ver los neurodatos o los neuroderechos como un riesgo de invasión en la privacidad mental, y la primera idea que se plantea es vincularlo efectivamente a la idea de privacidad o intimidad mental, porque alguien, sea una Corporación o sea un Gobierno, podrá entrar o conocer sin mi consentimiento aquello que está en mi mente.

Señaló que, si hablamos de neurodatos, se refiere a un pensamiento, idea, deseo, sensación, existiendo una segunda línea de argumentación, en el cual pasamos de la privacidad a la integridad, y aquí se entra en un aspecto filosófico. Añadió que, tal como planteó el profesor Yuste, si, además, de leer, conocer, aquello que está en la mente de otro, violando la privacidad mental, se da un paso más y determino, induzco, resuelvo, o hago que otro piensa, sienta, quiera o desee algo, dando un paso más allá de la privacidad o indemnidad, se estaría afectando la integridad misma de la persona, ya que afecta el libre albedrío, termina la capacidad de tomar decisiones por sí mismo del ser humano, de resolver qué hacer, qué no hacer, qué querer, qué desear, y eso pasa a ser determinado o resuelto por un tercero, y en ese caso, en esa hipótesis, ya no se está hablando simplemente o puramente de privacidad o intimidad, sino que hablamos de un atributo esencial o una de las características esenciales de los humanos, que es el “libre albedrío” que es la capacidad de tomar las propias decisiones.

Agregó que, por esa razón, consideró correcto que en el proyecto de reforma

constitucional este tema se plantee, sin mencionar la expresión “neuroderechos”, en el artículo 19, N° 1, de la Constitución y no en el artículo 19, N° 4, toda vez que la redacción del proyecto de reforma constitucional engloba o incluye la intimidad o la privacidad mental, pero da un paso más allá y se refiere a la “capacidad de tomar las propias decisiones” que, en definitiva, el proyecto al señalar “la integridad física y psíquica permite a las personas gozar plenamente de su identidad individual y de su libertad”, y agrego “no se podrá, por medio de cualquier medio tecnológico, aumentar, disminuir o perturbar dicha integridad individual sin el debido consentimiento”.

Por eso, aseguró que esta reforma va un paso más allá de la privacidad mental, ya que es la integridad, el libre albedrío, la esencia del ser humano lo que está en juego, afirmando que por tales motivos el artículo está correctamente en el 19, N° 1, pero admitió que es un tema opinable y prefirió rescatar los puntos de acuerdo que debe tener una regulación constitucional, así como también en el futuro la regulación de derechos humanos en tratados y convenciones internacionales.

En sintonía con el punto anterior, el **Honorable Senador señor Girardi** comentó que más allá de la discusión de la intimidad, el ser humano hoy en día va a ser parte de esta nueva aventura evolutiva, y vamos a tener que acostumbrarnos a navegar en ese mundo, señalando que él se inclina por la intimidad, ya que estamos viviendo en un mundo donde no solamente el ser humano es transparente, sino que no tiene tiempo reflexivo, está permanentemente estimulado a reaccionar, y las redes sociales tocan justamente todas las estructuras neuronales del cerebro que uno podría llamarlas aquellas que tienen que ver con la reacción, tales como la defensa. Recordó que la discusión de fondo, que está promoviendo la tecnología y particularmente las neurotecnologías, va mucho más allá de la privacidad, independientemente de donde se establezca una reforma constitucional.

Consideró necesario que el gran desafío que se tiene hoy es justamente lo que están buscando las neurotecnologías. Añadió que el pensamiento que está detrás de Silicon Valley es lograr una suplantación del humano, tal como lo

conocemos, ya que lo que proponen ellos y lo que promueven es un “continuador evolutivo”, o sea, es un “híbrido humano-máquina”, lo que es un híbrido humano mejorado, dado que la concepción filosófica que reside justamente en estos intelectuales de Silicon Valley, es justamente que el ser humano es un ser imperfecto, y que tiene que ser mejorado y actualizado tal como se actualiza un sitio electrónico.

Agregó que para poder enfrentar los desafíos del futuro el cerebro humano es maravilloso pero lento, y que no podrá competir con la inteligencia artificial, por lo tanto se necesita un humano que esté permanentemente reactualizándose inmediatamente en línea con su cerebro conectado en la nube como única manera de sobrevivencia. Añadió que lo otro que se plantea, es que el ser humano en sus decisiones tiene que ser complementado por la dimensión o por la vía algorítmica, por el acompañamiento algorítmico permanente. Señaló que hay muchos datos en esa idea, siendo el más significativo que el 40% de los americanos eligen sus parejas a través de *Tinder*, lo cual significa el término del amor como uno lo conoce, como la dimensión humana más espontánea, más pura, tal vez la más ingenua de todas, deviniendo en una optimización algorítmica y esa es una tendencia que se está viviendo.

Manifestó que al poner esto en discusión hay un rescate del humano frente al avance digital, ya que existe una presión ideológica muy fuerte en ese sentido. Añadió que la preservación del humano pasa por la preservación de su cerebro, por la preservación de su mente, porque la posibilidad de neuromanipulación es gigantesca cuando se tienen neurotecnologías que pueden leer el cerebro, y que también pueden poner en el cerebro emociones, odios, pensamientos que no les son propios, respondiendo a experiencias de diseño algorítmico.

Concordó con lo planteado por la señora Paulina Ramos, en que se pudiese discutir en qué parte de la Constitución esté la reforma, pero consideró que esa Carta Fundamental debe representar el nuevo escenario, el nuevo mundo en que vamos a vivir, por ello es tan interesante este debate, pues quiere preservar la capacidad de decisión del ser humano como tema fundamental de la persona en todos los ámbitos.

Recordó lo sucedido con *Cambridge Analytics*, donde existió toda una estrategia para modificar conductas.

Finalizó, recalcando la importancia de la discusión ya que constituiría parte de los desafíos y de la gobernanza democrática del futuro.

Por su parte, el **Rector de la Universidad de Chile, señor Ennio Vivaldi**, reflexionó que es útil desde un punto de vista intelectual ver también continuidades, por ejemplo, una clase donde está el mundo del psicoanálisis, de las relaciones personales, de la relación a nivel psicológico, emocional, las palabras, los tonos de voz, las miradas, y está en otro plano, las psicofarmacologías, con todo lo que es fármacos, drogas, etc.

Explicó que esta idea es central en la neurofisiología contemporánea, donde es cierto que son dos cosas distintas y alejadas, pero también hay una continuidad en términos de que cuando, por ejemplo, la mamá le toca la cabeza al niño, ahí se genera una cantidad de impulsos nerviosos que, por mecanismos absolutamente naturales del sistema nervioso central, generan neurotransmisores en distintas áreas que son muy parecidos a lo que tiene que ver, por ejemplo, a lo que son fármacos tranquilizantes.

En la siguiente sesión en que se trataron ambos asuntos, el **Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, señor Andrés Couve**, señaló que le da la bienvenida a este proyecto que se anticipa tanto en la reforma constitucional como en el proyecto de ley. Añadió que se debe realizar un análisis sobre la estructura orgánica, en cuanto a lo constitucional, y tal como señaló el Presidente de la Comisión es importante avanzar en este proyecto, poniendo siempre al centro la salud de las personas, pues son ellas quienes se benefician de los avances científicos y tecnológicos. Por lo tanto, enfatizó que al legislar siempre se

debe tener en consideración asegurar el resguardo de las personas.

Asimismo, indicó que hace una semana el Ministerio publicó la “política de ciencia y tecnología de conocimiento e innovación”, materia que propone presentar a la Comisión. Destacó que es una política participativa, ya que fue elaborada por más de mil personas.

A continuación, el **neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste**, comentó que es un honor apoyar desde el exterior lo que se está elaborando en el Senado de Chile. Añadió que desde el extranjero diversos países están observando con mucho interés el proyecto de reforma constitucional y el proyecto de ley, por ejemplo, comentó que el Gobierno de España acaba de presentar la Carta de Derechos Digitales y que, próximamente, presentará el Plan Nacional de Inteligencia Artificial, en donde se recogen los neuroderechos en el artículo 24.

También, prosiguió, el Presidente electo de Estados Unidos, señor Joseph Biden, ha solicitado a través de *landing teams*, su equipo de aterrizaje en el Departamento de Estado, particularmente el Departamento de Asuntos Exteriores el cual será dirigido por Antony Blinken, un borrador de un proyecto sobre las consecuencias éticas y sociales de la neurotecnología en la inteligencia artificial, el cual será redactado esta semana, donde el proyecto de Chile está mencionado como un ejemplo a seguir para los Estados Unidos.

Enseguida, el **Director del Departamento de Neurociencia de la Universidad de Chile e investigador del Instituto Milenio de Neurociencia Biomédica, señor Pedro Maldonado**, felicitó la iniciativa ya que recoge una noción central de humanismo, en torno a que nuestro cerebro es el asiento de gran parte de lo que consignamos como nuestra propia humanidad. Asimismo, agradeció al señor Rafael Yuste por su disposición a contribuir a este proyecto de ley, en el mismo sentido agradeció que se invitaran a científicos.

Indicó que analizado el Boletín N° 13.828-19, tiene tres comentarios o preguntas que quiso exponer para contribuir a reflexionar sobre el texto. En primer lugar, se refirió al artículo 2°, que define los “datos neuronales”, como aquellas informaciones obtenidas directa o indirectamente a través de los patrones de actividad de las neuronas, pregunto si es que aquí se podría incluir un concepto más general porque hoy en día existen técnicas y existen técnicas en desarrollo no invasivas que pueden mirar otros aspectos de la actividad cerebral como flujos sanguíneos, etc. Por lo que agrego que alguien podría encontrar un *know-how* de manera de pasar por fuera de la ley y todavía ser capaz de acceder a la actividad neuronal, por lo que consideró necesario emplear una definición más amplia que sólo los patrones de actividad de las neuronas.

La segunda reflexión dice relación con el Título II, artículo 3, que indica que “queda prohibida cualquier intromisión o forma de intervención de conexiones neuronales”. Añadió que la formulación que está acompañada en el idioma inglés habla de *neural communication* y no restringe sólo a las conexiones, porque de nuevo sería posible que hubiese alguna clase de intromisión, sin que eso signifique una intervención a las conexiones y todavía podría violar el espíritu de la ley, es por ello por lo que en términos de forma sería más adecuado hablar de “comunicación neuronal” al ser un término más amplio, que sólo referirse a las “conexiones neuronales”.

En el mismo sentido, observó que, en relación con el artículo 4, donde se señala que “cualquier sistema o dispositivo ya sea de neurotecnología interfaz, cerebro o computadora u otra sea modificar la capacidad neuronal sea de forma invasiva o no invasiva”. Al respecto, expresó que una intervención invasiva siempre tiene la posibilidad de dañar, porque a su juicio es muy difícil que esto pudiese ocurrir sin dañar, preguntó si el artículo 4 pudiese contener además una “cláusula de consentimiento informado” tal como si lo tienen otros artículos, de forma que quede expresamente indicado que consta el riesgo.

Asimismo, manifestó que el artículo 5 señala que “todo formulario, consentimiento particular, para la intervención invasiva o no de neurotecnología interfaz, cerebro, computadora u otro dispositivo debe indicar los posibles efectos físicos de su aplicación, los eventuales efectos cognitivos y emocionales de los mismos”.

Al respecto, consideró, como experto que trabaja con el sistema nervioso, que es una carga muy alta para aquellos científicos que deseen trabajar el tema, ya que es complejo entregar una lista completa y adecuada de los eventuales efectos, con el conocimiento que tenemos hoy sobre el sistema nervioso eso es una carga que probablemente frenaría propuestas de neurotecnologías, ya que no siempre podría ser posible cumplir este título.

Al finalizar, preguntó si el artículo 9, al indicar que se propenderá por el desarrollo investigación beneficiosa, promoviendo oportunidades para la ciencia en especial en el marco de las neurotecnologías y la neurociencia socialmente deseable, implicará un énfasis en que el Estado propenderá eso por sobre otras áreas de la ciencia. Sobre lo anterior, señaló que él estaría muy feliz, pero le parece que hay que velar por un sentido de equidad. También, prosiguió, el artículo 10 señala “el Estado velará por la promoción y acceso equitativo a los avances en neurotecnologías y neurociencias”, en esa parte manifestó su inquietud en cómo se traducirá o cómo se velará por este “acceso equitativo”, porque el desarrollo de las neurotecnologías va a ocurrir, pero eso significa que el Estado debe poder costear el acceso. Preguntó cómo se verifica el cumplimiento de esta ley, a qué se refiere con “acceso”.

Por su parte, el **neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste** señaló que el señor Maldonado ha realizado muchas puntualizaciones y consideró que algunas de ellas se pueden dirimir encajándolas dentro del Código Sanitario, el cual se aplicaría a muchos de estos casos, ya que el espíritu de la ley es cuando se concreta este tipo de conceptos, y el espíritu de esta ley es aplicar el modelo médico, entonces se aplica no sólo a neurotecnologías que serían invasivas,

las cuales evidentemente requieren neurocirugía y requiere neuroregulación médica, sino que hay tecnologías que no son invasivas que hoy en día no tienen ninguna regulación medica entonces, a su juicio, soluciona el problema el incorporar estas problemáticas dentro del sistema médico de regulación con el Código Sanitario y también aplicando la Ley de Trasplantes y de Donantes de Órganos.

El **Honorable Senador señor Girardi** agregó que esta es una intervención que se debe realizar anticipándose a estos debates, porque también se puede hablar de capacidades neuronales aumentadas, capacidades intelectuales aumentadas, por ello cuando se pone énfasis en temas de acceso equitativo es justamente en situaciones como esta ya que uno de los problemas que uno pudiese prever es que pasaría si tuviésemos a nivel de la sociedad personas que tienen capacidades neuronales aumentadas, pues eso generaría brechas gigantes desde todo punto de vista, lo cual requiere regulación. Reiteró que este proyecto mira al futuro, ya que el desarrollo de la neurociencia y el desarrollo de la inteligencia artificial no son lineales, sino que evoluciona de forma exponencial.

En cuanto a la neuroprogramación señaló que le preocupa lo que están desarrollando las plataformas y la posibilidad de lo que llama la “retroprogramación”, la programación inversa, en donde los seres humanos programamos los algoritmos, pero en el espacio virtual, en el territorio virtual, donde cada vez más transcurren la vida de las personas, puede haber una programación algorítmica de nuestro cerebro o pueden existir experiencias de diseño a futuro, en donde emociones o sentimientos sean producto de algoritmos, sin que nuestro cerebro puedan distinguir, materia por la cual es importante plasmar estos principios en una regulación.

Seguidamente, el **Honorable Senador señor Coloma** comentó que en relación con la última pregunta del señor Pedro Maldonado, respecto a “qué significa el ser equitativo en una norma de este carácter”, que es complejo y profundo. Añadió que se debe profundizar para no generar en este tipo de leyes frenos indeseados y sin tratar de estimular restricciones que de alguna manera tuviesen sentido, pero no

a propósito de eso generar una situación que pudiese prestarse a confusión. Agradeció la reflexión porque cree que eso será parte de la discusión en particular agregó que este tipo de preguntas se deben realizar antes y no después pues pueden ser fuentes de conflictos.

A continuación, el profesor de la **Universidad Alberto Hurtado, señor Abel Wajnerman**, consideró que el proyecto elaborado es muy sólido, y que será un punto de partida para el desarrollo de neuroderechos en el extranjero. Con respecto a la privacidad mental y la continuidad neurológica comentó que es algo respecto a lo cual el proyecto no se pronuncia explícitamente, pero consideró que es importante que la iniciativa se pronuncie respecto a la privacidad mental como un derecho absoluto o como un derecho relativo, en cuanto al derecho a la privacidad.

Agregó que es un derecho humano que frecuentemente no se entiende como absoluto cuando el interés público está en juego, o al momento de determinar culpabilidad, por ejemplo, los detectores de mentiras, que están encargados de recolectar información cerebral, así mismo los mecanismos de identificación o los mecanismos de autenticación basados en la actividad neuronal no invasivas, que no implican un daño o sufrimiento para el sujeto, por lo que en la literatura neuroética se ha considerado que esas intromisiones podrían ser justificadas, cuando hay un motivo que lo amerita, como una orden judicial.

Alternativamente, señaló que en la literatura también hay quienes consideran que debiese ser un derecho absoluto, y sugieren que la extracción de información neuronal podría ser considerada no como información personal, sino como un testimonio por parte del sujeto, y sí este fuese el caso el derecho debería ser tal vez un derecho absoluto en la medida que se vincularía con el derecho a no autoincriminarse, entonces con la extracción no consentida de información equivaldría a una violación del derecho a no autoincriminarse.

Concluyó que estamos ante argumentos para ir a favor del pensamiento para

considerarlo un derecho absoluto o un derecho relativo. Señaló que en artículo 4 existen algunas excepciones vinculadas al derecho de la continuidad neurológica y a la autonomía, por lo que sugirió que sería importante definir respecto al derecho de la privacidad, si la Comisión considera que sería un derecho absoluto o un derecho relativo.

Por su parte, la **Vicerrectora de Investigación de la Universidad Católica del Maule, señora María Teresa Muñoz**, felicitó la iniciativa y observó respecto al artículo 1, en la parte que señala “ninguna autoridad o individuo podrá, por medio de cualquier mecanismo tecnológico o mental, disminuir o perturbar (...)”, que, en relación con el sujeto activo, sería conveniente considerar que podría no sólo tratarse de una autoridad o individuo, sino de una entidad o grupo de personas. Por otra parte, respecto al concepto “perturbar”, indicó que es un término muy fuerte y que habría que revisarlo, especialmente en relación con la posibilidad de que exista perturbación, habiéndose otorgado consentimiento informado.

Además, hizo presente que ya hay técnicas no invasivas que hoy en día están presentes en el mercado y son de libre acceso, como las estrategias de tratamiento con *neurofeedback*. Opinó que ese tipo de intervenciones independientes constituyen una arista que debe tenerse presente para su regulación.

El Honorable Senador señor Girardi expresó que las grandes plataformas ya tienen juicios en su contra por capturar datos que no debiesen tener de acuerdo con el consentimiento informado. Agregó que estamos rodeados de dispositivos diseñados para capturar datos más allá de la voluntad de las personas. Al respecto, comentó que hay una gran discusión en torno al tipo de consentimiento que se presta en estas instancias, motivo por el cual debería ser regulado.

A su vez, el **neurocientífico de la Universidad de Santiago, señor Bernardo Morales**, felicitó a la Comisión por haber abordar estos temas, ya que es

una de las primeras instancias en que ha visto que se logra anticipar una problemática. En ese sentido, previno que es especialmente relevante en países que no cuentan con recursos para atacar el problema una vez que ya ha tenido lugar. Además, destacó que en esta oportunidad los políticos hayan confiado en los científicos nacionales.

No obstante, planteó la interrogante respecto al límite entre lo farmacológico y la neurotecnología en cuanto a este proyecto de ley. Al respecto, explicó que, por ejemplo, se pueden implantar equipos en el cerebro profundo para liberar fármacos, lo que podría llegar a ser una situación difícil de valorar.

Finalmente, manifestó que la actividad cerebral puede ser conocida no sólo a través de la medición de la actividad neuronal, sino que también a través de otros mecanismos, lo cual debería ser considerado en el proyecto.

El neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste, explicó que en este proyecto se definen estas tecnologías en tanto no farmacológicas. Añadió que las técnicas farmacológicas están cubiertas por el Código Sanitario. Lo que se pretende es reforzar el tejido existente de regulación médica con un tipo nuevo de tecnologías que han aparecido, y que vienen asociadas a la electrónica de consumo.

Seguidamente, el **neurocientífico de la Universidad de Santiago, señor Morales,** consultó dónde se ubican, por ejemplo, los dispensadores nanotecnológicos.

El neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste, respondió que si son dispensadores que requieren neurocirugía, quedan cubiertos por el Código Sanitario. Agregó que el cirujano está sujeto internamente al juramento hipocrático, y en lo externo por el Código Sanitario aplicado al recinto en que ejerce su trabajo.

En cuanto al aumento sensorial y cognitivo de pacientes, la idea es pasar esta decisión a los paneles médicos, de modo tal que ellos diriman de la misma manera en que se hace respecto a los trasplantes de órganos. Explicó que no es una decisión que dependa del individuo o de sus recursos económicos, sino que es una decisión que se toma anclada en principios generales de justicia, basados en el Código Sanitario.

A continuación, el **Rector de la Universidad de los Andes, señor José Antonio Guzmán**, señaló que, desde el punto de vista de la educación, hay un gran entusiasmo por la neurociencia aplicada en favor del conocimiento. Añadió que, sin embargo, tiene que existir consistencia con otros temas, tales como la privacidad y la intimidad de la conciencia, y con la equidad.

Afirmó que, desde el punto de vista antropológico, no se tiene derecho a hacer todo lo que tecnológicamente se puede hacer, y eso es un principio fundamental a la hora de pensar en esto. Así, la tensión entre distintos bienes, mayores y menores es el punto sobre el cual se tiene que estructurar una política pública. Al respecto, indicó que, en esos presupuestos, los comités de bioética tienen una importancia muy gravitante y deben tener una autoridad potente, capaz de imponer sus puntos de vista desde la opinión experta, guiando en lo que se puede hacer y lo que no.

El **Honorable Senador señor Girardi** explicó que todo cambio en la tecnología implica saltos en el continuo evolutivo. Pone como ejemplo el momento en que el ser humano pudo usar el fuego, accediendo a la ingesta de alimentos cocidos. En ese momento, afirmó, se indujo un crecimiento del cerebro. Comentó que resulta interesante vincular esto con el surgimiento del transhumanismo, entendiendo como tal el pensamiento que tiene como presupuesto que el homo sapiens está obsoleto y debe ser mejorado. A partir de eso, aparecen los

cuestionamientos sobre qué deberíamos preservar, planteando debates respecto a las fronteras éticas del progreso tecnológico.

Seguidamente, el **Rector de la Universidad de la Frontera, señor Eduardo Hebel**, consultó sobre la interacción de este proyecto de ley con otras leyes, como por ejemplo con la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes. Al respecto, recordó que dicha ley frenó la generación de conocimiento en distintos ámbitos, como en la neurofarmacología.

Añadió que los comités de ética ahora son muy rigurosos en la aprobación de proyectos de investigación, desplazando ensayos clínicos e investigación a otros países. En ese supuesto, preguntó cómo se planea equilibrar la protección de derechos de los pacientes con la generación de conocimiento nuevo en el ámbito que esta ley regula.

El **Honorable Senador señor Girardi** respondió que lo que se pretende es que las legislaciones no impidan el urgente y necesario desarrollo de la investigación científica en distintos campos que tengan directa relación con el mejoramiento de la vida de las personas y de la salud del planeta. En ese sentido, comentó que se pretende establecer regulaciones para que esa investigación tenga equilibrio con el respeto a los pacientes.

Luego, el **Prorector de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, señor Andrés Varela**, sugirió que pueda darse mayor énfasis al planteamiento de la ley en clave de derechos fundamentales. En ese sentido, opinó que debería haber una parte introductoria de la ley es que se hiciera referencia a este tema y que diera mayor relevancia a esa lógica. Añadió que en el proyecto hay una definición de neuroderecho, en que se le reconoce como un derecho fundamental, pero no está mayormente utilizada o recurrida en la ley.

Por otra parte, señaló que en la lectura del proyecto hay un enfoque o

perspectiva general de la medicina de la investigación. Sin embargo, observó que hay otros ámbitos de acción de los neuroderechos que no están mencionados, siendo especialmente relevantes aquellos en que existe una relación de desigualdad, tales como en la actuación de las policías o investigaciones judiciales, o en el ámbito de los derechos laborales, todos ámbitos en los cuales existe un sujeto que es legitimado por el legislador para ejercer un poder.

Al respecto, cuestionó cuáles son las garantías que tendría la persona afectada por ese poder para que su consentimiento pudiera ser absolutamente libre e informado. Por ello, propuso ampliar la mirada a ámbitos de aplicación más generales y cotidianos, puesto que el avance tecnológico tendrá relevancia no sólo en el laboratorio o en la medicina, sino que, en muchos otros asuntos, pues se está haciendo cada vez más accesible al resto de personas.

El Honorable Senador señor Girardi señaló que los temas a que se refiere el señor Andrés Varela serán incorporados. Además, explica que se está trabajando en una regulación complementaria a la que se discute, que es la regulación de plataformas. Explica que muchos de los aspectos señalados por el señor Andrés Varela tienen relación con la neuromanipulación y la neuroprogramación a través de la captura de datos que tiene lugar en las plataformas, y, en general, con cualquier decisión que el ser humano haga en tanto a modificar el ámbito de la toma de decisiones, cediendo poder a entidades no humanas.

A su vez, la **Jefa de la Carrera de Licenciatura en Filosofía, de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, señora Lorena Echeverría**, concordó con lo planteado por el señor Pedro Maldonado respecto al artículo 5, que señala el deber de “indicar los posibles efectos físicos de su aplicación, los eventuales efectos cognitivos y emocionales de los mismos”.

Opinó que hablar de estos efectos cognitivos y emocionales es algo bastante

inabarcable, sin embargo, desde el área de la bioética, y tomando en cuenta la importancia del consentimiento informado, es importante hacer énfasis en el hecho de que no se pueden obviar estos eventuales efectos, porque los futuros pacientes o personas que utilicen estas neurotecnologías tienen que estar al tanto de que existen esos riesgos. Indicó que quizás no se pueda profundizar completamente en cuáles son dichos efectos, pero no se puede obviar la entrega de esa información, que es necesaria para saber a qué atenerse.

En tanto, la **profesor del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Chile, señora Paulina Ramos** explicó que hay que distinguir entre el ámbito de la investigación y el ámbito de terapias. Desde el punto de vista de la investigación opinó que esta ley tiene que conversar con el tema de ensayo clínico, del cual ya hay un cierto desarrollo en el Código Sanitario. Al respecto, recordó que el artículo 28 está siendo materia de discusión en la Comisión de Salud del Senado, porque la interpretación de dicha norma dejó prácticamente fuera a las personas con discapacidad.

Señaló que ese es uno de los problemas que pueden tener lugar con este tipo de leyes, y es por eso por lo que hay que tener mucha atención con los verbos, las prohibiciones y las limitaciones. En cuanto a las terapias, opinó que esta ley debe interactuar con los estatutos y la Ley de Derechos y Deberes del Paciente.

Por su parte, el **Rector de la Universidad Alberto Hurtado, señor Eduardo Silva**, destacó la convocatoria multidisciplinar para la discusión de este proyecto de ley. Explicó que hay profesionales que pueden informar de lo posible, como también hay otros que pueden guiar en lo que es razonable. Opinó que esa dualidad es necesaria en la discusión de estas materias.

El **Honorable Senador señor Girardi** señaló que el desafío más apasionante del siglo XXI será conjugar la ciencia, con la filosofía, la ética y el arte. Añadió que la tecnología y la ciencia otorgan un poder gigantesco, pues permite no

sólo cambiar o transformar la mente humana, sino el cuerpo. Entonces, cabe preguntarse y decidir democráticamente hasta dónde se está dispuesto a transformar al ser humano. Explicó que el ser humano pasa a ser motor del proceso evolutivo, pues a través del diseño inteligente puede cambiarse a sí mismo y a otros seres vivos, con lo cual se hace necesario acudir a la ética y a la filosofía para orientar ese poder.

Reiteró que el transhumanismo ejerce su influencia en grandes empresas, universidades e incluso religiones e iglesias.

El neurobiólogo de la Universidad de Columbia, señor Rafael Yuste, destacó la importancia de esta iniciativa. Señaló que tanto España como Estados Unidos ya se encuentran interesados en legislar en esta materia, y se tiene como referencia lo que ha pasado en Chile. Asimismo, explicó que en la industria privada también ha tenido un impacto, especialmente en las empresas de desarrollo de neurotecnología, quienes asumieron la necesidad de desarrollar dichas tecnologías de una manera ética, tomando al modelo chileno como el modelo de referencia. Agregó que, además, el modelo chileno ha sido objeto de discusión en foros públicos en la academia como, por ejemplo, en la última reunión de la Sociedad Internacional de Neuroética, lo que representa un apoyo exterior a esta iniciativa legislativa.

El Honorable Senador señor Girardi señaló que independiente que se aprueben en general los proyectos, la Comisión se allanará a recibir a todos aquellos que manifiesten interés en opinar.

La Honorable Senadora señora Goic anunció su voto favorable a ambas iniciativas, pues consideró que era un orgullo lo que se está haciendo al legislar esta materia desde Chile con un grupo de personas tan talentosas, señalando que ese es el sentido que tiene la Comisión Desafíos del Futuro, al poder anticiparse al debate que viene, el cual es relevante para las personas y para el sentido de lo humano.

A su vez, el **Honorable Senador señor Chahuán** señaló que la materia legislada nos pone en la vanguardia mundial del pensamiento crítico, haciendo historia en ambos proyectos, la reforma constitucional y el proyecto de ley. Añadió que han sido analizados consistentemente en la Comisión, y que marcarán un hito relevante desde el punto de vista de la protección de los neuroderechos a nivel global.

Por su parte, el **Honorable Senador señor Coloma** consideró que los proyectos tienen naturaleza distinta, ya que primero técnicamente tiene que aprobarse la reforma constitucional para dar curso a la legislación constitucional. Compartió que es un gran paso, no exento de responsabilidades, ya que al regular sobre la materia se está innovando en el mundo.

Agregó que también es un proyecto lleno de humanidad, ya que en este escenario científico de tanto avance, desarrollo, también hay escenas que dicen relación con el sentido del ser humano, lo cual nos ayuda a resguardar conceptos tan importantes como la “intimidad”, la “capacidad de resolver por sí mismos”, por la capacidad de dar esa autonomía tan propia del mundo y que es la que da la libertad, por lo que agregó que en lo personal votará favorablemente esta reforma que es la que en definitiva va a validar el cambio en la legislación, materias que deben ser enriquecidas, pero bien orientadas en sus principios.

Luego, el **Honorable Senador señor Girardi** señaló que votará a favor, declarando que esta Comisión, desde su inicio, ha trabajado siempre con los Rectores de diversas universidades y con la Academia de Ciencias, de manera de unir la ciencia con la política, generando políticas públicas innovadoras en los temas de frontera.

Respecto a la iniciativa comentó que el proyecto presenta una característica que dice relación con la colaboración entre la academia de Ciencia Chilena, pero

donde también se debe reconocer que partió de una iniciativa del Congreso del Futuro liderada por Rafael Yuste, director mundial del “Proyecto Brain”, que dirige 750 centros de neurociencia. Agregó que este proyecto tiene una característica, el de ser una iniciativa de la comunidad científica mundial junto con nuestras universidades.

Recordó que en este proyecto participaron activamente la Universidad Católica y sus equipos, reuniéndose con todos sus decanos de diversas facultades, asimismo con la Comisión de Ética de la Universidad Católica, y de la Universidad de Chile, así mismo junto a otras universidades que participaron en este proyecto. También valoró el esfuerzo que hicieron Ciro Colombara y los demás asesores de los miembros de la Comisión.

Destacó que las instituciones democráticas deben tener la capacidad de resolver los problemas que plantean el desarrollo de tecnologías que están fuera del alcance de las instituciones, por lo que considera que es fundamental adelantarse, y, en ese sentido, esta legislación es sumamente importante en cuanto se está legislando al mismo tiempo que se está desarrollando la neurotecnología que, como ha sido señalado en la Comisión, no solamente tienen problemas si no que representan gigantescas oportunidades para los seres humanos.

Pero, prosiguió, estas tecnologías pueden ser que se usen para el bien o para el mal, y esta comisión quiere que esta tecnología sea empleada para el bien de la humanidad, de manera de contribuir al desarrollo de una sociedad más equitativa y justa, para resolver problemas de salud mental, de procesos neurodegenerativos, que sirvan de apoyo de muchos seres humanos que sufren daños neuronales.

Agregó que también está en juego una tecnología que puede poner en riesgo la dimensión más propia del ser humano, que es el libre albedrío, su libertad,

autonomía. Al respecto, recalcó que lo que se busca no es el de impedir el uso de estas tecnologías, sino que lo que se busca es impulsarlas, pero garantizando que serán tecnologías pro humano, pro-equidad, pro mejor humanidad. Añadió que aquí también está en juego una discusión de fondo respecto a las tendencias ideológicas, donde él comparte una visión de humanismo liberal en donde se rescate al humano, sin que eso obstruya el desarrollo científico y tecnológico.

También agradeció el apoyo del Ministro señor Couve, y señaló que el Presidente Piñera tiene gran interés en este proyecto, quien propuso llevarlo a Prosur, proponiendo constituir dos comisiones de alto nivel, una liderada por Rafael Yuste y los principales neurocientíficos a nivel internacional y chilenos, lo cual confirma que existe un respaldo transversal desde el ámbito político.

Puesto en votación el proyecto fue aprobado, en general, por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorable Senadora señora Goic y Honorables Senadores señores Chahuán, Coloma, Girardi y Letelier.

- - -

TEXTO DEL PROYECTO

En mérito del acuerdo precedentemente expuesto, vuestra Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación tiene el honor de proponer que aprueben, en general, el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

“Artículo Primero.- Establécese la ley sobre la neuroprotección, que regula, además, el desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías:

Título I

Disposiciones generales

Artículo 1.- Esta ley tiene como objetivos:

- a) Proteger la integridad física y psíquica de las personas, por medio de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho a la autonomía o libertad de decisión individual, y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumento de las capacidades psíquicas.
- b) Fomentar la concordancia entre el desarrollo de neurotecnologías e investigación médico-clínica con los principios éticos de la investigación científica y médica, y así sean favorables al bien y beneficio común.
- c) Garantizar la información a los usuarios de neurotecnologías sobre sus potenciales consecuencias negativas y efectos secundarios, y el derecho al control voluntario sobre el funcionamiento de cualquier dispositivo conectado a su cerebro.

Artículo 2.- Para efectos de esta ley, se entenderá por:

- a) Neurotecnologías: el conjunto de dispositivos, métodos o instrumentos no farmacológicos que permiten una conexión directa o indirecta con el sistema nervioso.
- b) Interfaz cerebro computadora (ICC): sistema electrónico, óptico o magnético que:
 - i) Mide la actividad del sistema nervioso central y la convierte en una salida conectada a una maquina o computadora, o
 - ii) Genera una respuesta artificial que reemplaza, restaura, complementa o

mejora la respuesta del sistema nervioso natural y, por tanto, modifica las interacciones en curso entre el sistema nervioso y su entorno externo o interno.

c) Datos neuronales: aquella información obtenida, directa o indirectamente, a través de los patrones de actividades de las neuronas, cuyo acceso está dado por neurotecnología avanzada, incluyendo sistemas de registro cerebrales tanto invasivos como no invasivos. Estos datos contienen una representación de la actividad psíquica, tanto consciente como subconsciente, y que corresponden al más íntimo aspecto de la privacidad humana.

d) Neuroderechos: nuevos derechos humanos que protegen la privacidad e integridad mental y psíquica, tanto consciente como inconsciente, de las personas del uso abusivo de neurotecnologías.

Título II

De las medidas para proteger la integridad y privacidad mental

Artículo 3.- Queda prohibida cualquier intromisión o forma de intervención de conexiones neuronales o intrusión a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro-computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, que no tenga el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas, aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

En el caso de aquellas áreas de investigación clínico-médico, será necesario aquel consentimiento determinado en el Título V del Código Sanitario y en el reglamento respectivo.

Artículo 4.- Queda prohibido cualquier sistema o dispositivo, ya sea de neurotecnología, interfaz cerebro-computadora u otro, cuya finalidad sea acceder o

manipular la actividad neuronal, de forma invasiva o no invasiva, si puede dañar la continuidad psicológica y psíquica de la persona, o sea, su identidad individual, o disminuya o dañe la autonomía de su voluntad o capacidad de toma de decisión en libertad.

El límite de cualquier intervención de conexiones neuronales será siempre la protección de los sustratos mentales de la identidad personal.

Las únicas excepciones admitidas a la alteración de la continuidad psíquica o autónoma serán en casos de investigación o terapia clínico-médicas, en cuya situación se aplicará el Código Sanitario vigente.

Artículo 5.- Todo formulario donde se solicite consentimiento para la intervención, invasiva o no, de neurotecnologías, interfaz cerebro-computadora u otro dispositivo, debe indicar los posibles efectos físicos de su aplicación, los eventuales efectos cognitivos y emocionales de los mismos, los derechos y deberes, normas sobre privacidad y protección de la información, medidas de seguridad adoptadas y contraindicaciones.

Artículo 6.- Los datos neuronales constituyen una categoría especial de dato sensible de salud conforme a la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

Artículo 7.- La recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión de los datos y la actividad neuronales de las personas se ajustará a las disposiciones contenidas en la ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, en cuanto le sea aplicable, y las disposiciones del Código Sanitario respectivas.

Del desarrollo de la investigación y el avance de las neurotecnologías

Artículo 8.- Las actividades de investigación neurocientífica, la neuroingeniería, neurotecnología, neurociencia, y todas aquellas actividades científicas cuyo enfoque y fin sea el estudio y/o desarrollo de métodos o instrumentos que permitan una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso, tendrán siempre como límite las garantías fundamentales, en especial, la integridad física y psíquica de las personas conforme a los señalado en el artículo 1.

Artículo 9.- El Estado propenderá el desarrollo de investigación beneficiosa, promoviendo oportunidades para la ciencia y tecnología, en especial, en el marco de las neurotecnologías y neurociencias socialmente deseables, emprendidas en el interés y bien público.

Artículo 10.- El Estado velará por la promoción y acceso equitativo a los avances en neurotecnología y neurociencia.

Artículo segundo.- Modifícase el Código Sanitario, cuyo texto fue establecido por el decreto con fuerza de ley N° 725, del Ministerio de Salud Pública, en el siguiente sentido:

“Agrégase en el artículo 145°, la siguiente oración final, nueva:

“Lo mismo aplicará para el aprovechamiento de la actividad y los datos neuronales obtenidos a partir de ella.”.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 26 de octubre, 2, 23 y 30 de noviembre, de 2020, con asistencia del Honorable Senador señor Guido Girardi Lavín

(Presidente), de la Honorable Senadora señora Carolina Goic Borojevic y de los Honorables Senadores señores Francisco Chahuán Chahuán, Juan Antonio Coloma Correa y Juan Pablo Letelier Morel.

Sala de la Comisión, a 4 de diciembre de 2020.

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE DESAFÍOS DEL FUTURO, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS NEURODERECHOS Y LA INTEGRIDAD MENTAL, Y EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y LAS NEUROTECNOLOGÍAS

(BOLETÍN N° 13.828-19)

I. OBJETIVO DEL PROYECTO: regular el contenido del derecho a la integridad y la indemnidad mental en relación con el avance de las neurotecnologías, o neuroderechos.

II. ACUERDO: aprobado en general, unanimidad, 5x0.

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO: consta de dos artículos permanentes.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no tiene.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: Senado. Moción de los Honorables Senadores señora Carolina Goic y señores Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma, Alfonso De Urresti y Guido Girardi.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 7 de octubre de 2020.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe, en general.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- Constitución Política de la República.

2.- Declaración Universal de Derechos Humanos.

3.- Código Sanitario.

4.- Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

5.- Ley N° 19.451, establece normas sobre trasplantes y donación de órganos.

Valparaíso, a 4 de diciembre de 2020.

Julio Cámara Oyarzo

Secretario de la Comisión

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19&fbclid=IwAR20C81udV7yKzRCnKetunR6g_0dy7-zU67kfivOEJxs5DQ-OxhrejxiW0l

Tramitación

Ingreso de proyecto 07/10/2020.

Actualmente en Primer trámite constitucional / Senado Mensaje/Moción

Según su Sesión/Legislatura con indicación de su Fecha; la Subetapa a que corresponde; su Etapa; en algunos casos genera algún Documentos los que luego se pueden ver conforme avanza su tramitación.

Al día 11 de noviembre de 2021 informa como último reporte¹⁴⁵.

https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19&fbclid=IwAR20C81udV7yKzRCnKetunR6g_0dy7-zU67kfivOEJxs5DQ-OxhrejxiW0l

101 / 368 07/10/2020

Cuenta de proyecto . Pasa a Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación

Primer trámite constitucional / Senado

14/12/2020 Primer informe de comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación.

Primer trámite constitucional / Senado Informe Comparado

¹⁴⁵ https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19&fbclid=IwAR20C81udV7yKzRCnKetunR6g_0dy7-zU67kfivOEJxs5DQ-OxhrejxiW0l

131 / 368 15/12/2020

Cuenta de primer informe de comisión . Primer trámite constitucional / Senado

132 / 368 16/12/2020 Discusión general . Aprobado en general Se fija como plazo para presentar indicaciones el 05/03/2021

Primer trámite constitucional / Senado Diario Video

155 / 368 03/03/2021

La Sala acuerda ampliar el plazo de indicaciones hasta el 31 de marzo de 2021 a las 12:00 horas en la Secretaría.

Primer trámite constitucional / Senado

6 / 369 30/03/2021

La Sala acuerda ampliar el plazo de indicaciones hasta el lunes 5 de abril, a las 12:00 horas, en la Secretaría.

Primer trámite constitucional / Senado

12 / 369 05/04/2021

Cuenta del Mensaje 034-369 que hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

08/04/2021 Boletín de indicaciones . Primer trámite constitucional / Senado
Indicación

25 / 369 04/05/2021

Cuenta del Mensaje 072-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

36 / 369 01/06/2021

Cuenta del Mensaje 104-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

52 / 369 06/07/2021

Cuenta del Mensaje 154-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

60 / 369 03/08/2021

Cuenta del Mensaje 182-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

60 / 369 03/08/2021

La Sala acuerda un nuevo plazo para presentar

indicaciones hasta el 4/08/2021, a las 12:00 horas, en la Secretaría de la Comisión.

Primer trámite constitucional / Senado

03/08/2021 Nuevo plazo para indicaciones.

Se amplía plazo para presentar indicaciones hasta el 09/08/2021 a las 12:00 en la Secretaría de la Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación

Primer trámite constitucional / Senado

71 / 369 31/08/2021

Cuenta del Mensaje 216-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Primer trámite constitucional / Senado

79 / 369 28/09/2021

Cuenta del Mensaje 242-369 que retira y hace presente la urgencia Simple
Primer trámite constitucional / Senado

87 / 369 02/11/2021

Cuenta del Mensaje 270-369 que retira y hace presente la urgencia Simple

Reseña del libro Autodeterminación Informativa y Neuroderechos

De Marcelo Eduardo Huerta Miranda

En la más reciente y pulcra obra del Dr. Marcelo Eduardo Huerta Miranda, "Autodeterminación informativa y neuroderechos", se despliega ante nosotros un vasto y erudito panorama sobre el intrincado entramado que conforma el neurolaw.

Con una pluma que destila sapiencia y un dominio del léxico que evoca a los maestros de antaño, el autor nos invita a sumergirnos en las profundidades de un tema tan contemporáneo como espinoso. La premisa fundamental, propone que el comportamiento humano, anclado firmemente en una base biológica susceptible de modificación, abre la puerta a la regulación de los neuroderechos.

Huerta Miranda, con una erudición que roza lo sublime, discurre sobre cómo la categorización de la anormalidad social como una disfunción cerebral plantea un desafío titánico a la libertad personal, en un mundo donde la consensuada aceptación de tratamientos involuntarios de salud merma peligrosamente.

Nos advierte del peligro latente que suponen estas intervenciones, a menudo realizadas al margen del consentimiento del individuo, y nos invita a reflexionar sobre el potencial uso de estas prácticas para normalizar comportamientos mediante una civilización neurocentrada.

Con una prosa que es un deleite para el intelecto, el texto avanza, entreverando referencias cultas y un léxico que desafía la comprensión del lector medio, hacia la tesis audaz propuesta por Huerta Miranda. Marcelo Huerta, es un visionario de la neurocivilización, aboga por la modificación de comportamientos antisociales a través de la autodeterminación informativa y los neuroderechos.

El Dr. Huerta Miranda no solo ilumina las complejidades del debate sino que también plantea interrogantes cruciales sobre los límites de la libertad cognitiva y la inviolabilidad del cerebro frente a intervenciones estatales o de terceros.

"Autodeterminación informativa y neuroderechos" es, en esencia, una obra maestra que desafía nuestras concepciones más arraigadas sobre la libertad individual y la ética de la intervención neurológica. El Dr. Huerta Miranda, con una habilidad narrativa que solo puedo calificar con la palabra "genio"; nos ofrece un texto que no solo informa sino que transforma al lector, invitándolo a una reflexión profunda sobre el futuro de la humanidad en la era de la neurotecnología.

Este libro es un imprescindible para aquellos con el ánimo dispuesto a desentrañar los misterios de nuestra constitución más íntima y los derechos que de ella emanan en el crepúsculo de la modernidad tecnológica.

Una feliz lectura!

2024

www.marcelohuerta.com

"Autodeterminación informativa y neuroderechos" es, en esencia, una obra maestra que desafía nuestras concepciones más arraigadas sobre la libertad individual y la ética de la intervención neurológica. El Dr. Huerta Miranda, con una habilidad narrativa que solo puedo calificar con la palabra "genio"; nos ofrece un texto que no solo informa sino que transforma al lector, invitándolo a una reflexión profunda sobre el futuro de la humanidad en la era de la neurotecnología.

Con una prosa que es un deleite para el intelecto, el texto avanza, entreverando referencias cultas y un léxico que desafía la comprensión del lector medio, hacia la tesis audaz propuesta por Huerta Miranda Marcelo Eduardo. El autor, es un visionario de la neuro-civilización, aboga por la modificación de comportamientos antisociales a través de la autodeterminación informativa y los neuroderechos.

El Dr. Huerta Miranda no solo ilumina las complejidades del debate sino que también plantea interrogantes cruciales sobre los límites de la libertad cognitiva y la inviolabilidad del cerebro frente a intervenciones estatales o de terceros.

Este libro es un imprescindible para aquellos con el ánimo dispuesto a desentrañar los misterios de nuestra constitución más íntima y los derechos que de ella emanan en el crepúsculo de la modernidad tecnológica.

Marcelo Eduardo Huerta Miranda