Informe de Asesoría Externa

Marzo de 2018

Honorable Senador Sr. Pedro Araya Guerrero

Asesor Robert Angelbeck Silva

CONTIENDA DE COMPETENCIA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / CORTE SUPREMA

Boletín N° S-9.915-03
6 marzo 2018

1. INEXISTENCIA DE UNA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Un primer punto, cuyas consecuencias se pueden evidenciar a lo largo del resto de los argumentos de esta minuta, es que en este caso no existe una verdadera contienda de competencia. Lo anterior, se sostiene no por el argumento formal en torno a que la Contraloría no está solicitando dictar sentencias y que la Corte Suprema no está dictaminando (que fue el argumento sostenido por la Corte Suprema), sino por el hecho de que la presunta contienda sólo se generó por el contenido del fallo de segunda instancia en el caso en cuestión, según se explicará.

Si en realidad se estuviera discutiendo sobre una contienda de competencia, esta debería haberse planteado antes de la dictación de la sentencia definitiva. Si bien no existe un plazo para la interposición de la contienda, la Contraloría General de la República nada dijo sino hasta que se dictó la sentencia de apelación. Cabe preguntarse entonces qué hubiese pasado si la sentencia de segunda instancia hubiese confirmado la de primera: Probablemente no se hubiese planteado contienda alguna. Entonces, más parece ser que es la sentencia de segunda instancia, y concretamente, su contenido, el que afecta –a juicio de la Contraloría General de la República –sus atribuciones privativas, ya que probablemente, si dicha sentencia se hubiese declarado incompetente en razón de corresponder a la Contraloría el pronunciamiento, no se generaría cuestión de competencia alguna. Por ende, lo que aquí se está intentando hacer es revertir un resultado adverso en tribunales, ya que la acción en sí, y la sentencia definitiva de primera instancia, no parecen afectar las atribuciones de la Contraloría General de la República, toda vez que rechazó la demanda.

En otras palabras, no hay objeción al hecho de que un tribunal conozca una acción como la impetrada, sino se objeta el hecho de que la sentencia definitiva dictada afecta las atribuciones privativas de la Contraloría General de la República. No es el conocimiento de la acción, es la sentencia de segunda instancia dictada.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN EJERCIDA

Durante la tramitación de la presente contienda se ha dado la discusión acerca de la naturaleza de la acción impetrada por los funcionarios de la DGAC. La importancia de dilucidar este punto parece estar en el hecho de que la Contraloría General de la República objeta la competencia del Poder Judicial para declarar de manera general y abstracta el régimen previsional de los funcionarios, lo que está más bien vinculado a la noción de una acción de mera certeza.

Si bien en la misma demanda los funcionarios de la DGAC la denominan "de mera certeza" o "declarativa", hubo práctico consenso, tanto por parte de los académicos que expusieron, como del Consejo de Defensa del Estado y de la propia Corte Suprema, en orden a considerar que la acción impetrada no corresponde a una acción de mera certeza, sino más

bien a una acción de condena. De hecho, el abogado de los funcionarios también concedió el punto al considerarla también así.

Bastan para estos efecto remitirse a la exposición del profesor Tavolari a efectos de corroborar que no se cumplen los requisitos para estar en presencia de una acción de mera certeza. A saber: a) existencia de un estado de invertidumbre jurídica; b) presencia de un legítimo contradictor; c) que no exista en el Ordenamiento Jurídico un órgano o institución llamado a esclarecer la duda que provoca la incertidumbre; y d) que se formulen la o las peticiones compatibles y propias con el requermiento que se deduce, procurando la certeza.

Ahora bien, si bien no existe una regulación legal respecto de la existencia de las acciones de mera certeza, es innegable su reconocimiento jurisprudencial. Con todo, si la Contraloría objeta su existencia –sea por falta de reconocimiento legal, sea por su falta de idoneidad –el argumento pierde peso cuando prácticamente todos los expositores, incluidos los propios actores, coinciden en que no se trata de una acción de mera certeza, sino de una de condena. Lo anterior también se ve claramente reflejado en la sentencia de la Corte de Apelaciones, en que expresamente se refiere en su parte resolutiva a "cada uno de los actores".

Por tanto, la discusión acerca de la naturaleza de la acción deducida es una cuestión de fondo, y en tal sentido, su análisis corresponde a la causa judicial que lleva adelante el Poder Judicial, no siendo su determinación concluyente para efectos de fallar la presente contienda en uno u otro sentido.

3. RELACIÓN ENTRE ESTA CONTIENDA Y AQUELLA PLANTEADA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal como es de público conocimiento, en causa judicial muy similar a la que dio origen a la presente contienda, el Contralor General de la Repúbica planteó cuestión de competencia ante el Tribunal Constitucional (Rol TC: 3283-16-CCO).

En primer lugar, señalar que pueden coexistir sentencias –incluso contradictorias – entre distintos órganos del Estado. El valor que tiene la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional para este Senado, es el reconocimiento al valor que se le debe dar a sus argumentos, y no resulta vinculante de manera alguna para resolver la presente contienda. Es cierto que no es lo óptimo, y que es deseable que el Estado actúe bajo un único criterio, sin embargo en cuanto la sentencia del Tribunal Constitucional no resulta a mi juicio del todo apropiada, no resulta imperioso darle valor de precedente.

La sentencia que dictó el Tribunal Constitucional más que dirimir la contienda, entra a fallar el fondo del asunto, pronunciándose más allá de lo requerido y dictando una especie de "sentencia de reemplazo". En tal sentido, incluso contiene un acápite sobre "régimen previsional de las fuerzas armadas"[1], en el cual si bien dice no entrar a analizar el fondo, en definitiva lo hace, manifestando expresamente su parecer sobre el fondo de la contienda que fue llamado a conocer.

[1] Página 10 sentencia rol 3283-16-CCO, Tribunal Constitucional.

Por otra parte, en el caso conocido por el Tribunal Constitucional realmente puede entrarse a discutir sobre la existencia de una contienda de competencia, toda vez que se planteó en una etapa preliminar del proceso, y por ende, no existía sentencia dictada a esa fecha, a diferencia de lo que acontece en la contienda que actualmente conoce el Senado, en que ya existen dos sentencias definitivas, luego de las cuales se planteó la contienda.

Por tanto, y tal como sucede en el marco de los procesos judiciales, es perfectamente dable la existencia de 2 sentencias o resoluciones de contiendas de competencia en sentidos diversos sin generar problemas institucionales, sino más bien situaciones distintas a raíz de antecedentes distintos.

4. DETERMINACIÓN DEL SISTEMA PREVISIONAL COMO MATERIA DE LEY

Hay un punto sobre el cual parecen coincidir todos los actores en la presente contienda, y respecto del cual también coincide plenamente el Tribunal Constitucional en su sentencia, y es que de los artículos 63 Nº 4[2] y 65 inciso 4º, numeral 6[3] de la Constitución Política de la República, queda de manifiesto que la determinación del sistema previsional es materia de ley, y más específicamente, corresponde a una materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

En tal sentido, la resolución sobre el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, y de toda persona, le corresponde en abstracto a los órganos co-legisladores, pero en esta oportunidad, tratándose de los 1331 funcionarios que han demandado, no corresponde que se pronuncie el Senado.

Esto lleva a reforzar la idea de la inexistencia de una real contienda de competencia, toda vez que en realidad, quien debiera resolver sobre el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC –si se considerare que aún no está resuelto –es al Poder Legislativo, previo envío de un Mensaje Presidencial sobre la materia.

5. GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y PRINCIPIO DE INEXCUSABILIDAD

Entre los argumentos constitucionales que se han expuesto para la resolución de la presente contienda están por una parte aquellos derechos fundamentales de acceso a la justicia, radicados principalmente en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, y por otra parte, aquellos relativos al principio de inexcusabilidad que guía el actuar de los tribunales, contemplado en el artículo 76 inciso 2º del mismo texto fundamental.

En tal sentido, los funcionarios de la DGAC han planteado una demanda ante los tribunales de justicia, la cual cumplió con los requisitos formales para su ingreso a trámite y que ha llevado adelante un procedimiento legalmente tramitado, al menos hasta esta fecha. De este modo, están haciendo legítimo ejercicio del derecho que subyace a todas las garantías

---

[2] Artículo 63.- Sólo son materias de ley: 4) Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social;

[3] Artículo 65 inciso 4º: Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 6º.- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

jurisdiccionales contempladas en la Constitución, toda vez que mal podrían asegurarse éstas si no se permitiera el más elemental de todos los derechos: el acceso a la justicia.

Por su parte, el principio de inexcusabilidad implica el derecho de recurrir ante tribunales "aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". Esto significa que los tribunales, siempre que se cumpla con las formalidades exigidas, no puede efectuar una especie de análisis de admisibilidad respecto de una materia sometida a su conocimiento. Simplemente debe emitir un pronunciamiento, sea en uno u otro sentido. Llevado a este caso, si se estima que no existe un vacío legal y que en realidad no debiera alterarse el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, el Poder Judicial –en la instancia que corresponda –deberá declararlo así en una sentencia judicial, pero no podemos pretender hacer un antejuicio a fin de que el tribunal sepa si es competente o no, más aun considerando que no se ha hecho valer ninguna excepción de incompetencia durante sus dos instancias. En tal sentido, compete al Poder Judicial la declaración sobre la existencia o no de tal vacío, y no a la Contraloría ni a este Senado.

En esta línea, los tribunales civiles no realizan un juicio de admisibilidad respecto de la materia sobre la cual conocen, ni mucho menos pueden analizar si el contenido de lo demandado tiene o no solución legal expresa. La única alternativa que tienen al respecto es declarar su incompetencia absoluta, situación que no aconteció de oficio, ni tampoco fue solicitada por ninguna de las partes. Ha de tenerse presente que la excepción de incompetencia es de aquellas que –excepcionalmente –pueden oponerse en segunda instancia como incidentes[4], lo que tampoco ocurrió. De este modo, los aspectos de fondo se deben zanjar en la sentencia definitiva, y en el presente caso, claramente el aspecto de fondo es la solicitud de cambio de régimen previsional.

La contienda de competencia en esta caso se trabó en contra de la Corte Suprema. Ha de tenerse presente que la competencia de dicha magistratura para conocer de la materia, viene dada por la regla de competencia conocida como regal del grado, que está consagrada en el artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales[5], además de otras normas del mismo Código que expresamente le entregan competencia para conocer de los recursos de casación en el fondo. En tal sentido, no se trata de una arrogación de facultades por parte de la Corte Suprema. ¿Podría esta simplemente negarse a conocer del recurso? La respuesta es negativa, toda vez que la ley la obliga a pronunciarse atendido el proceso previamente tramitado. Si bien se ha matizado esto, con el hecho de que la contienda se formuló contra la Corte Suprema en atención a que ahí se encontraba el proceso judicial, y que en realidad se trata de una contienda en contra de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema, en ninguna instancia previa se ha hecho cuestión alguna de la competencia del Poder Judicial para conocer de este proceso. Si bien a este respecto la Contraloría ha manifestado que no tenía noticia del procedimiento judicial, lo cierto es que el Consejo de Defensa del Estado si lo tenía y tampoco objetó en tal sentido.

---

[4] Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

[5] Art. 110. Una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia.

Existen por ende fuertes argumentos constitucionales que en definitiva llevan a la conclusión de que el ente competente para fallar el presente caso, son los tribunales de justicia.

En lo personal, si se ponen en la balanza por una parte derechos que la Constitución asegura a todas las personas, y por la otra, distribuciones de competencia entre órganos del Estado, debe darse primacía a aquella opción más garantista de los derechos de las personas, y no hay mejor garantía que permitir a los tribunales de justicia que evalúen el mérito de la acción interpuesta.

6. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE LA CONTIENDA

Un aspecto que surgió durante la tramitación de la contienda fue la postura de la Corte Suprema en orden al estado en que quedaría la causa judicial a raíz de acogerse la contienda de competencia a favor de la Contraloría. En tal sentido, se expuso que de acogerse, quedaría firme la sentencia de 2ª instancia, y con ello, precisamente el efecto contrario al buscado por el Contralor con la interposición de esta contienda[6].

Para el caso en que el Senado decidiera dar lugar a la contienda de competencia, resulta fundamental aclarar que se rechaza dicha interpretación, atendido el tenor restringido de la misma. Es cierto que la contienda se planteó en contra de la Corte Suprema, pero en atención al lugar en que se encontraba al momento de trabarla. Darle el sentido que le atribuye la Corte Suprema, equivale a dejar sin relevancia alguna lo que este Senado decida, ya que cualquiera sea el veredicto, el resultado práctico sería el mismo. Por lo mismo, si se adopta esta solución, se debe aclarar que ni la Corte Suprema, ni la de Apelaciones de Santiago, tenían competencia para conocer de la demanda que se trata[7].

En cuanto a la afirmación de que los funcionarios de la DGAC estarían solicitando al Poder Judicial que declare de manera general y abstracta, la situación previsional de los mismos, tal como lo da a entender la Contraloría General de la República, implica desconocer el efecto relativo de las sentencias judiciales. Incluso es más, dicho temor quedaría disipado incluso si quedara firme la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que ella se refiere expresamente a "cada uno de los actores" en su parte resolutiva.

Si bien esto último se relaciona con la naturaleza de la acción ejercida (antes revisada), aunque se considerara que se trata de una acción de mera certeza, esta naturalmente solo produce efectos para las partes que en ella han intervenido, por lo tanto se debe descartar completamente la posibilidad de un pronunciamiento judicial con efecto general y obligatorio según se ha dado a entender.

De tal manera también, se debe dejar en claro que la resolución de esta contienda también tiene efecto relativo, es decir, sólo afectará a las partes en cuestión y en este caso

---

[6] Jorge Cortes-Monroy está de acuerdo con esta postura en caso de acogerse la contienda.

[7] Y esta es una debilidad para el caso en que se acoja la contienda. Se diría que Cortes son incompetentes, pero que tribunal de primera instancia sí era competente, lo cual resulta del todo extraño y deja en mayor evidencia el hecho de que la "contienda" se generó con la sentencia de segunda instancia, y no con el mero conocimiento de la cuestión materia del juicio. Una alternativa para salvar esa debilidad, sería decir que el tribunal de primera instancia tampoco es competente en atención al fallo del Tribunal Constitucional, pero eso implicaría desconocer el efecto relativo de dicha sentencia.

concreto. Es decir, si se llegara a dar lugar a la contienda, ello no significa que en el futuro no se pueda volver a recurrir ante tribunales por estos hechos, debiendo en tal caso, emitirse un nuevo pronunciamiento.

7. CONCLUSIONES

La atribución que tiene el Senado de conocer de las contiendas de competencia es una atribución jurídica, y como tal, debe basarse en argumentos de Derecho, y no basarse en la equidad o en otras consideraciones políticas o de otra índole. Esto queda claro si se contrasta la redacción del artículo 53 Nº 3 de la Constitución que contempla esta atribución versus el numeral 1 del mismo artículo[8], el que faculta al Senado a resolver "como jurado" la acusación constitucional. En tal sentido, se tornan especialmente relevantes los argumentos jurídicos que lleven a resolver en uno u otro sentido.

Se puede concordar o no con los dictámenes que de manera constante y uniforme ha dictado la Contraloría General de la República sobre la situación previsional de los funcionarios de la DGAC, sin embargo ello no es obstáculo para el ejercicio del derecho de los funcionarios de recurrir a los tribunales de justicia a fin de que zanjen el problema.

De hecho, la misma Contraloría cita jurisprudencia en que se reconoce su facultad exclusiva para pronunciarse sobre la materia[9]. Precisamente, si existe jurisprudencia al respecto, es porque tribunales de justicia se han pronunciado en sus sentencias definitivas sobre esta facultad exclusiva. Curiosamente, dado que los fallos le han sido favorables, no se ha generado ninguna cuestión de competencia. Lo anterior viene a confirmar la idea de que en realidad no se genera una contienda de competencia por el conocimiento de una causa, sino por el contenido de la sentencia.

Por otra parte, se debe tener en consideración el principio jurídico de que el juez conoce el Derecho, o *iuria novit curia* como se lo conoce en latín, por lo tanto, pese a que las partes no hayan hecho alegación de estos hechos, el juez, o los jueces, tampoco hicieron cuestión de su competencia pese a que tienen –o debieran tener –conocimiento acerca de la facultad dictaminadora exclusiva de la Contraloría General de la República, pese a la cual, fallaron.

En reiteradas oportunidades se ha hecho énfasis en que el Senado no se debe pronunciar sobre el fondo del asunto. Enfatizo y comparto esta apreciación, sin embargo, pronunciarse a favor de la contienda de competencia, implica indirectamente pronunciarse sobre el fondo, toda vez que la Contraloría ya ha manifestado en reiteradas oportunidades su parecer mediante dictámenes respecto a la materia. En cambio, rechazada la contienda, el

---

[8] Artículo 53.- Son atribuciones exclusivas del Senado:

1) Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.

El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

(…)

3) Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia;

[9] Página 9 de la Contienda, cita fallo del 3er Juzgado Civil de Santiago, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

fondo deberá ser resuelto por los tribunales de justicia, y concretamente, por la Corte Suprema, por tanto, la única forma de emitir un pronunciamiento sin tener a la vista el resultado de fondo, es rechazar la contienda de competencia.

No está en discusión la necesidad de que la Administración del Estado cuente con márgenes de actuación discrecional, los cuales son necesarios para alcanzar la eficacia. En general se dice que estos aspectos no son susceptibles de control jurisdiccional, salvo en cuanto se aparten del marco legal o se abuse de dicha facultad. Sin embargo mal podría evaluarse tal abuso si se niega al tribunal la facultad de siquiera conocer sobre los hechos que dan lugar a la actuacuón abusiva o fuera del marco legal.

Debe tenerse presente que con este voto no se está poniendo en duda la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República. Esta sigue existiendo y sigue siendo una facultad privativa del órgano Contralor, sin embargo, su existencia no puede constituir una traba para el acceso a la justicia. Por otra parte, tampoco pueden los tribunales desconocer esta facultad privativa, reemplazando a la Contraloría en el ejercicio de tales atribuciones.

Si los argumentos expuestos por la Contraloría General de la República son tan sólidos, convincentes y están firmemente confirmados por distintas vías, no me cabe duda que la Corte Suprema sabrá ponderarlos, pero para ello, resulta elemental confirmar su competencia para fallar.

MINUTA PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Boletín Nº 8.924-07

7 de marzo de 2018

I. ESTADO DE TRAMITACIÓN

Inicio:	Moción[1]
Trámite Constitucional:	Tercer Trámite Constitucional, Senado
Urgencia:	Suma urgencia
Trámite reglamentario:	Discusión en particular en Comisión de Derechos Humanos Nacionalidad y Ciudadanía.

II. ENMIENDAS INTRODUCIDAS EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL

Entre las principales modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados al proyecto, se destacan las siguientes:

1. Se reordenaron algunas de las normas aprobadas por el Senado, pero manteniendo el espíritu de las mismas.
2. Agregó una serie de principios vinculados a la identidad de género: no patologización, no discriminación arbitraria, confidencialidad, dignidad en el trato, interés superior del niño y autonomía progresiva.
3. Se incorporaron normas relativas a la posibilidad de que los menores de edad cambien de sexo, sin embargo, no se reguló (se rechazó por la Sala) el procedimiento para el cambio de sexo por parte de éstos.
4. Se incorpora una norma para regular la situación del solicitante con vínculo de convivencia civil vigente.
5. Se adaptaron normas relativas al procedimiento para mayores de edad sin vínculo matrimonial.
6. Debido a un rechazo en Sala, se eliminó la norma procedimental respecto de menores de edad y mayores de edad con vínculo matrimonial vigente.
7. El cambio de sexo se puede hacer una sola vez, pero en caso de menores, se permite una adicional una vez llegado a la mayoría de edad.

III. ESTRUCTURA ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY

Título I: Del derecho a la identidad de género

Artículo 1°. Derecho a la identidad de género y la rectificación de sexo y nombre registral.

Artículo 2°. Garantía derivada de la identidad de género.

Artículo 3°. Garantías derivadas del derecho a la identidad de género.

Artículo 4°. Principios del derecho a la identidad de género.

[1] Moción de los senadores Camilo Escalona, Ricardo Lagos W., Juan Pablo Letelier, Lily Pérez y Ximena Rincón.

Artículo 5°. Del ejercicio del derecho de las personas a ser identificadas conforme a su identidad de género.
Artículo 6°. Derecho a intervenciones quirúrgicas y tratamientos.

Título II: Del procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral
Artículo 7°. Del órgano competente para conocer de la solicitud de rectificación de sexo y nombre.
Artículo 8°. De la solicitud de rectificación de sexo y nombre registral, en general.
Artículo 9°. De la solicitud de rectificación de sexo y nombre registral efectuada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial.
Artículo 10. De la orden del tribunal para efectuar la rectificación de la partida de nacimiento y de los documentos de identificación.

Título III: De la rectificación de la partida de nacimiento y documentos de identificación en razón de la identidad de género y sus efectos
Artículo 11. De la emisión de nuevos documentos y de su información
Artículo 12. De los efectos de la rectificación prevista en esta ley
Artículo 13. Prohibición de discriminación arbitraria.
Artículo 14. De la reserva del procedimiento y de la confidencialidad de los documentos rectificados

Título IV: Adecuación de diversos cuerpos legales
Artículo 15. Modifícase el artículo 42 de la ley N° 19.947, de matrimonio civil
Artículo 16.- Modifícase el artículo 1792-27 del Código Civil
Artículo 17.- Modifícase el artículo 2 de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación
Artículo 18.- Reglamento

Disposiciones transitorias

Asignaciones parlamentarias			
Senador	**2017**	**2018**	**Variación**
Personal de apoyo	$ 7.052.742	$ 8.247.657	$ 1.194.915
Asesoría externa	$ 3.239.525	$ 3.435.444	$ 195.919
Gastos operacionales	$ 8.873.328	$ 8.544.000	-$ 329.328
	Sublímites		
	Telefonía	$ 500.000	
	Traslación (amortización)	$ 193.000	
	Traslación (combustible)	$ 542.000	
	Difusión	$ 1.111.000	
	Actividades regionales	$ 759.000	
	Servicios menores	$ 100.000	
Comité			
Personal de apoyo	$ 988.702	$ 1.388.794	$ 400.092
Asesoría externa	$ 2.878.146	$ 1.423.160	-$ 1.454.986
Gastos operacionales	$ 23.997	$ 33.734	$ 9.737

MINUTA PROYECTO DE LEY PARA ESTIMULAR LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES

Boletín Nº 11.518-11
19 de marzo de 2018

I. ESTADO DE TRAMITACIÓN

Inicio:	Moción[1]
Trámite Constitucional:	Primer Trámite Constitucional
Urgencia:	Sin urgencia
Trámite reglamentario:	Discusión general con informe de la Comisión de Salud

II. CONTENIDO DE LA MOCIÓN

La moción pretende incorporar actividad física diaria en la jornada escolar como medida tendiente al mejoramiento de la salud física y psíquica de los alumnos, así como otras medidas de estímulo, fomento y educación en materia de deporte y actividad física.

En tal sentido, se proponen las siguientes modificaciones:

- Incorporar el acceso a la práctica de actividad física como un deber de promoción del Estado.
- Obligación de 30 minutos de actividad física al inicio de cada jornada escolar y 5 minutos de actividad de baja intensidad al inicio de cada asignatura.
- Se amplía la prohibición de venta de alimentos "altos en" (según ley de etiquetado) a las afueras de los establecimientos educacionales.

La moción fue modificada en gran parte por una indicación sustitutiva del Ejecutivo, las cuales fueron tratadas por la Comisión de Salud, todas las cuales fueron aprobadas, sin embargo ellas no alteraron lo sustancial del proyecto.

III. DISCUSIÓN EN LA COMISIÓN DE SALUD

Durante la discusión, se abordó el proyecto desde la perspectiva de Salud y Educación, siendo ambos ministerios, junto al del Deporte (del Gobierno anterior), de opinión favorable al mismo.

De la discusión legislativa queda claro que el proyecto no pretende alterar las mallas curriculares de los distintos niveles educativos –facultad que compete al Consejo Nacional de Educación –sino más bien sobreponerse a ella, de modo de no afectar a otras asignaturas, sino potenciarla con los beneficios de la actividad física.

Producto de las indicaciones presentadas, respecto del proyecto se presentaron las siguientes modificaciones de fondo:

---

[1] Moción de los senadores Pedro Araya, Carlos Bianchi, Francisco Chahuán, Guido Guirardi y Rabindranath Quinteros.

- Se aumentó el tiempo de actividad física a 60 minutos diarios, ampliando la modalidad de cumplimiento de éste, e incorporando deberes de promoción de actividad física a los establecimientos.
- Reemplaza la posibilidad de eximirse, por un deber de contar con actividades adaptadas a la salud del alumno.
- Reemplaza la prohibición de venta de alimentos "altos en", por un deber de adoptar medidas para el cumplimiento de dicha ley (Ley N° 20.606, Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad), a los establecimientos educacionales.
- Se incorpora norma sobre entrada en vigencia de esta ley (indicación de los Senadores Goic, Guirardi y Quinteros).

IV. OBSERVACIONES

No tengo observaciones que realizar. Se recomienda aprobar todo el articulado.

SOLICITUD DE OFICIO

Destinatario: Felipe Larraín Bascuñán
Cargo: Ministro de Hacienda
Remitente: H. Senador Pedro Araya

Por intermedio del presente, solicito a Ud. se sirva informar respecto las razones técnicas que motivaron la creación de una Secretaría Regional Ministerial de Hacienda en la Región de Antofagasta. En tal sentido, solicito se informe los costos de instalación y operación de dicha Seremía, tales como cantidad de personal que se contratará, remuneraciones del mismo, lugar de funcionamiento y monto del arriendo a pagar –en su caso –así como el presupuesto que se pretende destinar a dicha entidad, desglosado por item. Finalmente, solicito se me informen las funciones que desempeñará el Secretario Regional Ministerial de Hacienda en la región de Antofagasta.

PEDRO ARAYA G.
SENADOR

MINUTA PROYECTO DE LEY 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
21 de marzo de 2018

I. ESTADO DE TRAMITACIÓN

Inicio:	Moción[1] (11.092-07) y Mensaje (11.144-07)
Trámite Constitucional:	Primer Trámite Constitucional
Urgencia:	Sin urgencia
Trámite reglamentario:	Discusión general con informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento.

II. INTRODUCCIÓN (SIRVE DE INTERVENCIÓN)

El presente proyecto de ley tiene por objeto modernizar y actualizar la regulación existente en torno a los datos personales, que hoy se encuentra contenida principalmente en la Ley N° 19.628 sobre Protección de la vida privada.

Dicho cuerpo normativo data de 1999, y si bien en su momento significó poner a nuestro país a la vanguardia en materia de protección de los datos personales, claramente los avances tecnológicos del último tiempo han derivado en la obsolescencia de dichas normas, siendo necesaria una reforma integral en la materia.

El mercado de los datos hoy en día ha tomado tal relevancia que en muchos casos incluso ha venido a sustituir a los mercados de bienes tangibles. La era digital, el uso de redes sociales, el comercio electrónico y la masificación y automatización del tratamiento de datos es hoy cuestión del día a día, y justamente por ello, requiere de una normativa acorde a las necesidades de estos tiempos, que cumpla con los estándares internacionales. En tal sentido, se han tenido a la vista los estándares OCDE, así como normas de la Unión Europea en materia de tratamiento de datos, que son hoy en día, las más avanzadas a nivel global.

De este modo convergen en esta materia, 2 intereses legítimos que se deben tutelar: por una parte está la libre circulación de la información, y por otro –aún más importante –la protección de los datos personales. Es decir, que el flujo de datos que se realiza hoy en día, se haga siempre con respeto de los derechos de las personas titulares de dichos datos.

Un aspecto innovador también que se aborda en este proyecto, es la transferencia internacional de datos personales, figura que dada la globalización en que nos encontramos insertos, resulta cada vez de mayor y más frecuente ocurrencia, permitiendo así que incluso en tales casos, se respeten los derechos de los titulares de datos, siendo más estricto con aquellos países que no cuentan con niveles adecuados de protección.

En esta línea existe práctico consenso en orden a requerir de una autoridad de control que se haga cargo de dar eficacia al marco normativo de protección de datos que se crea mediante

[1] Moción de los senadores Pedro Araya, Alfonso De Urresti, Alberto Espina, Felipe Harboe y Hernán Larraín.

esta ley, situación de la que también se encarga este proyecto. Ahora bien, la naturaleza jurídica de esta entidad, así como su grado de autonomía son uno de los puntos que ha generado mayor discusión.

En cuanto a la tramitación legislativa, cabe hacer presente que si bien se trata de la discusión en general que se somete a votación de la Sala, existió un trabajo importante ante la Comisión de Constitución: en primer lugar se constituyó una comisión técnica compuesta por asesores de Senadores y de los Ministerios de Hacienda y Economía, encargada de hacer converger un texto único entre la Moción parlamentaria y el Mensaje presidencial, luego de lo cual, se trabajó el texto introduciendo las modificaciones que se fueron acordando durante la discusión. De este modo, el texto cuenta con relativo consenso entre los miembros de la Comisión de Constitución y del Ejecutivo, y por ende, resulta un gran avance la aprobación del texto en su estado actual.

III. CONTENIDO (RESUMEN)

A modo de resumen del contenido que presenta el proyecto hoy, podemos enunciar lo siguiente:

1. Determinación del objeto y el ámbito de aplicación de la ley, así como de sus exclusiones
2. Actualización de definiciones legales
3. Incorporación de principios en materia de protección y tratamiento de datos.
4. Ampliación de los derechos de los titulares: Derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) y de Portabilidad.
5. Regulación más estricta de las obligaciones, deberes y del régimen de responsabilidades que realizan los responsables de datos (quienes tratan)
6. Aumento de los estándares para el tratamiento de datos personales sensibles, así como regulación especial para ciertos tipos de datos sensibles: datos personales relativos a la salud, datos personales biométricos y datos personales relativos al perdil biológico humano.
7. Regulación especial para los datos personales de niños, niñas y adolescentes
8. Regulación más clara y fijación de estándares mínimos para el tratamiento de datos realizado por organismos públicos
9. Regulación de la transferencia internacional de datos personales
10. Creación de la Agencia de Protección de Datos: autoridad de control de carácter técnico y autónomo, encargada de la protección de los derechos y libertades de los titulares de datos, de regular y fiscalizar el tratamiento de los mismos.
11. Catálogo de infracciones leves, graves y gravísimas, sanciones, circunstancias agravantes y atenuantes, y un registro nacional de cumplimiento y sanciones.
12. Creación de procedimientos administrativos de tutela de derechos, por infracción de ley (sancionatorio), y procedimientos de reclamación judicial frente a éstos.
13. Creación de un modelo de prevención de infracciones que incentiva y promueve el cumplimiento de la ley por parte de los responsables de datos.

Facebook enfrenta su mayor crisis tras filtración de datos privados

Autor: Catalina Göpel

MAR 20 MAR 2018 | 08:00 PM

MINIATURAS DE TRABAJADORES JUNTO AL LOGO DE FACEBOOK. FOTO: REUTERS

El escándalo ha despertado la molestia de congresistas de Estados Unidos y Reino Unido, quienes exigen que el presidente ejecutivo de la compañía, Mark Zuckerberg,

termine con su silencio y acuda a testificar ante la justicia por manipulación de información.

Un escándalo de enormes proporciones e impensadas consecuencias complica por estos días la reputación de Facebook. La red social más popular del mundo vive su mayor crisis producto de nuevas revelaciones sobre manipulación de datos de sus usuarios, lo que podría generar un impacto en la regulación de las leyes electorales a nivel global.

A pesar de que Facebook negó cualquier tipo de responsabilidad en el caso, la situación ha provocado una tormenta política a escala mundial, con congresistas desde Estados Unidos y Reino Unido exigiendo al presidente ejecutivo de la compañía, Mark Zuckerberg, romper su silencio y acudir a testificar ante la justicia por la fuga de información de 50 millones de clientes para generar perfiles de votantes.

Durante el fin de semana, una investigación realizada por The New York Times y The Observer, denunció que desde 2015 Facebook tuvo conocimiento del acceso indebido por parte de Cambridge Analytica, una empresa de recopilación de datos, a antecedentes de miles de usuarios con el objetivo de influir en su decisión en elecciones como la del Brexit en Reino Unido en 2016 y las elecciones en Estados Unidos ese mismo año.

MÁS SOBRE **ESCÁNDALO**

Desde el Capitolio existe una creciente presión sobre los entes reguladores para tomar cartas en el asunto y exigir a la red social todo tipo de responsabilidades en el caso.

La demócrata de Minnesota, Amy Klobuchar, emplazó a Zuckerberg a comparecer ante el Comité Judicial del Senado para esclarecer lo ocurrido con el robo de datos. Además los procuradores generales de Massachusetts y Nueva

York enviaron una carta a Facebook con el objetivo de iniciar una investigación conjunta y solicitar documentos sobre violaciones de los términos del servicio.

La situación podría llegar a tal punto que si la indagatoria arroja que Facebook violó un decreto que regula el permiso a terceros para recoger información de la aplicación antes de compartirla, deberá pagar millonarias multas.

Desde Reino Unido también están intentando aclarar los hechos para saber si la compañía de Zuckerberg hizo lo suficiente como para proteger los datos de sus clientes, después de que su equipo fue advertido que la consultora política contratada para la campaña de Trump, tomó información de manera inapropiada.

Damian Collins, presidente del comité de Asuntos Digitales de la Cámara de los Comunes señaló este martes durante que es necesario que alguien asuma la responsabilidad del caso. “Es momento de que Zuckerberg deje de esconderse detrás de su página de Facebook”, dijo.

La comisaria europea de Justicia, Vera Jourová, que prepara su pronta llegada a Washington, anunció que pedirá declaraciones de los implicados para identificar cualquier tipo de uso fraudulento de información. “Horrible si se confirma”, escribió en su cuenta de Twitter y agregó: “No queremos esto en la Unión Europea”.

Como si fuera poco, la Comisión Europea, que se encuentra afinando detalles para aplicar un nuevo impuesto a gigantes digitales (entre ellos Facebook), también instó a aclarar el asunto.

Las consecuencias

La crisis que enfrenta Facebook ha generado un mar de dudas sobre la necesidad de aplicar cambios en la legislación electoral actual. También ha puesto de manifiesto sobre si ya llegó el momento de regular las actividades de la red social

de cara a un importante ciclo mundial de comicios en 2018, especialmente en América Latina.

“Esta es una pregunta de vital importancia, no solo por lo que ha hecho Facebook, sino por la amenaza regulatoria en Europa y EE.UU”, dijo a La Tercera William Barclay, de la Michigan State University. Según el experto, mirar a la red social como una plaza pública en la que los ciudadanos aparecen voluntariamente, no genera expectativas de privacidad ni confidencialidad. “La única forma de prevenir es establecer por ley y regulación un requisito que los terceros no puedan tomar nota o hacer uso de tales divulgaciones”, sentenció.

Para el cientista político, Michael Cornfield, “el problema de privacidad no radica en Cambridge Analytica sino en Facebook, Google, Twitter y otras plataformas de medios sociales que venden información sobre individuos a los anunciantes”. En esta misma línea, el encuestador y analista estadounidense, John Zogby, sostiene que pese al escándalo “no habrá ningún tipo de implicancia política, simplemente porque este tipo de situaciones han ocurrido durante años”.

Pero mientras Facebook decidió suspender la cuenta de Cambridge Analytica, desde la cuestionada firma se jactaron de su rol para lograr que Donald Trump fuera electo en noviembre de 2016.

Altos mandos de la compañía afirmaron que utilizaron publicidad “no atribuible y no rastreable” para apoyar a sus clientes en los comicios. Según información revelada por The Guardian, Alexander Nix, CEO de Cambridge Analytica, confirmó que se reunió en reiteradas ocasiones con Trump y que además su equipo estaba detrás de la campaña para derrotar a Hillary Clinton. “Simplemente colocamos información en el torrente sanguíneo de internet y luego la vemos crecer”, concluyó.

MINUTA PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE OTORGA RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Boletín Nº 8.805-07
14 de marzo de 2018

I. ESTADO DE TRAMITACIÓN

Inicio:	Moción[1]
Trámite Constitucional:	Comisión Mixta
Urgencia:	Sin urgencia
Trámite reglamentario:	Discusión informe Comisión Mixta por rechazo de modificaciones en Cámara de Origen (Senado)

II. CONTENIDO DEL PROYECTO

El proyecto contempla 2 modificaciones en la Constitución. En primer lugar, incorpora en el artículo 8º de la Constitución Política, adicionalmente al principio de probidad, el de transparencia. Esta modificación viene a salvar una discusión jurisprudencial en orden a si la Constitución contiene o no el principio de transparencia entre sus bases de la institucionalidad. Con esta modificación, esta discusión para a estar zanjada, dejando claro que los titulares de los órganos públicos, así como quienes ejercen funciones públicas, quedan obligados por el principio de probidad y de transparencia en todas sus actuaciones.

En segundo lugar, el proyecto modifica el artículo 19 Nº 12 de la Constitución, el cual contiene el derecho de toda persona a la libertad de opinión y de informar, agregando dentro de este numeral, un inciso para garantizar a las personas el acceso a la información pública.

III. DISCUSIÓN EN COMISIÓN MIXTA

La comisión mixta se conformó luego de que el Senado rechazara las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputados.

La discusión se centró en los siguientes aspectos:

1. Discusión acerca del alcance de la expresión "órganos del Estado", en el sentido de circunscribirlo a entidades estatales únicamente, o si también abarca a todo aquel que realice funciones públicas, sea este estatal o no.

2. Quórum que se exigirá a la ley que debe regular la forma y condiciones para acceder a la información pública: En tal sentido se discutió si para ello bastaba ley simple o si debía ser de quórum calificado. Se optó por el quórum calificado.

3. Las "condiciones" que debe fijar la ley de acceso a la información pública: Se debatió sobre si es correcto que la ley pueda condicionar la aplicación de este precepto

[1] Moción de los senadores Isabel Allende, Soledad Alvear, José García Ruminot, Hernán Larraín y Eugenio Tuma.

constitucional, optando por mantener la frase de conformidad a lo aprobado por el Senado.

IV. INFORME COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN MIXTA

Si bien en un primer informe de la Comisión mixta se optó por mantener el quórum calificado a aquella ley encargada de regular la forma y condiciones para el acceso a la información pública, luego de una reflexión del senador Larraín –principal promotor de tal quórum –y antes de que la Sala del Senado se pronunciara, se optó por solicitar un informe complementario a la Comisión Mixta a fin de revertir dicha situación y de este modo reducir el quórum al de ley simple.

V. DISCUSIÓN EN SALA

Durante la discusión en la Sala, el Senador Letelier planteó dos puntos respecto de la interpretación de esta norma: en primer lugar, respecto de qué información va a ser pública, cómo se usará, quién podrá acceder a ella; y en segundo lugar, respecto de la vigencia de leyes secretas o reservadas, dado que él consideró que quedarían tácitamente derogadas con esta reforma.

Además, durante la discusión en la Sala se plantearon dudas acerca de los actos, opiniones o expresiones (en general, del debate) que da lugar a un acto jurídico administrativo. Es decir, si todos esos "antecedentes" también pasarán a ser públicos.

Dada dicha intervención, que generó polémica y confusión en algunos senadores, motivó que se pida un nuevo informe complementario a la Comisión Mixta para aclarar dichos puntos.