



 /asuntospublicos

 @ced_cl

Novedades

16/04/2013

Política

Modificaciones para una efectiva regulación de datos personales en Chile

12/04/2013

Política

Crédito CORFO de pregrado: la deuda pendiente de una errada política pública

09/04/2013

Política

Un desarrollo más igualitario: La conexión entre la Economía y la Política

05/04/2013

Política

Desafíos del mercado del Trabajo: Propuestas para la incorporación gradual de salarios participativos en la economía chilena

02/04/2013

Política

Modernidad líquida en América Latina: las consecuencias políticas y cívicas del *unsicherheit* ciudadano para la democracia

27/03/2013

Sociedad

El Protestantismo y su nuevo modelo misionero

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe 1041

Política

16/04/2013

Modificaciones para una efectiva regulación de datos personales en Chile

Claudio Pérez Lillo (1)

Hoy en día, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), permite el almacenamiento y procesamiento de información a gran escala. Cualquier proveedor que disponga de algunos datos personales y que pueda acceder a datos de otro proveedor podrá cruzar ambas fuentes y sin mayor dificultad podrá construir un perfil detallado del usuario. Así los datos personales podrán ser utilizados en fines para los que no se ha consentido.

Basta recordar lo sucedido con los más de 5 millones de números de celulares que afirma tener Adimark. Se trata de datos personales, que resulta raro que una empresa los pueda poseer sin el consentimiento previo de sus titulares.

La Ley 19.628, de 1999, Sobre Protección de la Vida Privada, buscó establecer una serie de derechos para los titulares de datos personales (personas naturales) con el propósito de dar protección al bien jurídico intimidad y, más específicamente, a la autodeterminación informativa. Desde su promulgación esta ley ha sido criticada por la débil protección que otorgó. Las críticas que apuntan a la necesidad de adecuar nuestra legislación a nuevos estándares normativos y a los requerimientos de la industria del crédito de nuestro país para contar con mayor y mejor información sobre el endeudamiento de sus clientes, han conducido a que actualmente el Ejecutivo tenga en tramitación dos proyectos de ley. Uno, destinado a regular el tratamiento de la información sobre obligaciones de carácter financiero o crediticio (Boletín 7886-03) que se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (2) y un segundo proyecto, en primer trámite constitucional en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados que introduce modificaciones a la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal (Boletín 8143-03).

En este informe se analizará el segundo de estos proyectos, específicamente las normas referidas al consentimiento previo. Nos parece que este aspecto es fundamental en cualquier sistema de protección de datos personales. Una correcta determinación del consentimiento (forma, respaldo y oportunidad) permitirá un también correcto resguardo y la aplicación adecuada de las sanciones que se determinen.

Protección de datos personales en Chile: Ley 19.628 sobre protección de la Vida Privada.

La protección de datos personales en nuestro país se encuentra regulada por la Ley N° 19.628, sobre Protección de la vida Privada. Sin perjuicio de ello, la mayoría de de las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia relativas a la protección de datos personales, han sido otorgadas por la interposición de acciones constitucionales, específicamente recursos de protección, de modo que forma parte integrante del sistema de protección de datos el *derecho a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*, consagrado en el artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental, junto al derecho a *desarrollar cualquier actividad económica*, asegurado en el artículo 19 N° 21 (3).

La Ley 19.628 fue publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999 y su entrada en vigencia fue el día 27 de octubre de 1999, en virtud del artículo 1° transitorio, que dispuso un periodo de vacancia legal de 90 días. Su tramitación se prolongó por más de 6 años (4).

Esta ley se aplica a todos los tratamientos automatizados o manuales de datos personales que efectúen personas naturales o jurídicas, sean de carácter privado o público y protege a los titulares de datos personales respecto de los tratamientos manuales o automatizados que de ellos efectúen tanto las personas naturales o jurídicas, que sea realizado por órganos públicos o entes privados. De igual forma, la ley pretende tutelar los derechos fundamentales de las personas reconocidos en el ordenamiento jurídico en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal (5).

Críticas al modelo de protección de datos personales en Chile

La dictación de la ley 19.628 vino a hacer frente a los problemas sobre tratamiento de datos personales, recogiendo la mayor parte de los principios y derechos de los titulares de datos personales que se pueden encontrar a nivel comparado.

El carácter general de esta ley permite su aplicación en distintos contextos y ante diversas circunstancias de utilización de datos personales. Esto, que es algo positivo de la legislación, abre un gran desafío para el establecimiento de legislaciones específicas, que manteniendo la aplicación de la norma general, aborden de mejor forma la protección de determinados datos personales.

Desde su dictación la ley 19.628 ha sido objeto de constantes críticas. Así Francisco González Hoch (6) plantea las siguientes:

1. Inexistencia de un órgano de control, lo que obliga a los particulares a recurrir a los Tribunales de Justicia.
2. Inexistencia de un registro de bases de datos privadas, esto dificulta el ejercicio de los derechos, especialmente a personas naturales.
3. Multas que no significan disuasivos reales, el establecimiento de multas de monto relativamente reducido en relación al patrimonio de las administradoras de bases de datos y su volumen de negocios no establece incentivos suficientemente fuertes para cumplir la ley.

Por su parte, algunas de las críticas que plantea Paula Jervis Ortiz (7) son las siguientes:

1. La ley no propende a un equilibrio entre la información que poseen las instituciones privadas en el tratamiento de datos personales ya que sólo existe un registro de datos públicos, y éste ni siquiera es completo, lo que lleva a que los titulares de datos personales desconozcan quien trata su información personal y cómo lo hace.
2. Se debiera incluir a las personas jurídicas como sujetos de protección de la norma ya que no se logra vislumbrar desde un punto de vista práctico y económico el porqué sólo se protege a las personas naturales.
3. El régimen sancionatorio que establece penas irrisorias frente a infracciones a la norma no incentiva su cumplimiento.
4. No existe regulación respecto de la transferencia transfronteriza de datos, lo que hace que nuestro país no cumpla en esta parte con los estándares internacionales y se dificulte este tipo de transferencias, como así mismo, que nuevamente los titulares de la información que se transfiere tengan poco o nada que decir al respecto.

Parte de estas críticas son recogidas en el proyecto de ley que pasaremos analizar. Si bien no todas serán objeto del presente informe, nos parece importante señalarlas para comprender el contexto de reforma legislativa que se está realizando en la materia.

[Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y protección de datos de carácter personal \(Boletín 8143-03\)](#)

Como señalamos, la ley 19.628 desde su promulgación contó con críticas respecto de su contenido, por lo que hoy existe consenso entre los expertos en exponer que esta norma ha perdido eficacia. Por lo anterior, señala el mensaje del ejecutivo que “resulta fundamental reforzar la idea del control sobre los datos de los cuales se es titular, esto es, favorecer la protección de los datos de carácter personal frente a toda intromisión de terceros, sean éstos públicos o privados, y por tanto, establecer las condiciones bajo las cuales estos últimos podrán efectuar legítimamente el tratamiento de tales datos”.

Así, el objetivo general de este proyecto de ley es establecer las condiciones regulatorias que, en primer lugar, permitan a los ciudadanos proteger sus datos personales y controlar su flujo y, en segundo lugar, faciliten a las empresas nacionales y extranjeras desarrollar sus actividades que involucren el flujo de tales datos.

El mensaje del ejecutivo establece los siguientes objetivos específicos:

1. Reforzamiento de los derechos de los titulares de datos personales.
2. Cumplir con los compromisos adquiridos por Chile en virtud de su incorporación a la OCDE.
3. Incrementar los estándares legales de Chile para transformarlo en un país con un nivel adecuado de protección (“puerto seguro para el flujo de datos”).
4. Favorecer el desarrollo del mercado de los servicios globales en Chile como país receptor de dichas inversiones.

Autodeterminación informativa.

Para el análisis de este proyecto y especialmente para el consentimiento, consideraremos que la protección de datos personales se sustenta en una construcción a partir del derecho a la intimidad que nos conduce al derecho a la autodeterminación informativa. Como señala Alberto Cerda “el concepto tradicional que manifestaba una fas negativa del derecho, en cuanto imponía límites a la injerencia de terceros respecto de su titular, por motivo y obra de la informativa ha develado una faceta positiva, en cuanto confiere a su titular un haz de facultades para controlar la información que respecto de los datos personales que le conciernen puedan ser albergados, procesados o albergados informáticamente” (8).

Así, lo fundamental no es que los datos se refieran a la intimidad de una persona, sino que sirvan para individualizarla en un conjunto de personas, por lo que existe un legítimo derecho para saber qué información se tiene de otra persona y el uso que se le dará a esa información.

Señala Humberto Nogueira que un derecho a la autodeterminación informativa “requiere que las personas puedan conocer la existencia de los ficheros o archivos de registro de información, públicos o privados, sus finalidades y los responsables de ellos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos contenidos en dichos archivos o ficheros sobre su propia persona, teniendo el derecho de autorizar su recolección, conservación, uso y circulación, como asimismo, el derecho a actualizarla, rectificarla o cancelarla” (9).

De esta forma, en este informe analizaremos el consentimiento en el proyecto de ley, comprendiendo que lo que se debe resguardar es el derecho de toda persona a la autodeterminación informativa.

Consentimiento

El proyecto de ley regula en su artículo número 4° el consentimiento previo, señalando que:

1. Será lícito el tratamiento de un dato personal cuando el titular hubiere prestado expresamente su consentimiento previo para ello.
2. El consentimiento deberá constar por cualquier medio físico o tecnológico.
3. Este consentimiento deberá siempre otorgarse a través de una manifestación de voluntad libre, informada e inequívoca del titular de los datos.
4. El consentimiento previo podrá ser genérico o específico.
5. Para la validez del consentimiento previo genérico, se requerirá que su otorgamiento sea una manifestación expresa del titular de los datos, en que declare conocer que se abstiene de ejercer su derecho a otorgarlo en forma específica respecto de las actividades de tratamiento que se describen en la recolección de sus datos.
6. El consentimiento siempre podrá revocarse por su otorgante, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá constar en forma expresa por cualquier medio físico o tecnológico.
7. El titular de los datos no podrá autorizar el tratamiento indeterminado e indiscriminado de todos sus datos personales.

Como se aprecia, el proyecto de ley establece, al igual que la actual legislación, la licitud del tratamiento de un dato personal cuando su titular haya consentido expresamente para ello.

Sin embargo, el proyecto de ley establece que el consentimiento podrá constar por cualquier medio físico o tecnológico, con excepción de los datos sensibles cuyo consentimiento deberá constar por escrito. Lo anterior, constituye una diferencia importante con la legislación actual que establece en el artículo número 4° de la ley 19.628 que la *autorización debe constar por escrito*.

Si bien, los distintos avances tecnológicos permiten captar y procesar datos de forma mucho más rápida y eficiente, consideramos que, dado que al cruzar distintos tipos de datos personales se puede fácilmente construir perfiles de las personas, el consentimiento para el tratamiento de cualquier dato personal deber contar con un consentimiento escrito que permita efectivamente *una manifestación de voluntad libre, informada e inequívoca del titular de los datos*, como lo señala el proyecto de ley.

A lo anterior debemos agregar que el concepto de datos sensibles del proyecto de ley resulta ambiguo, al igual que el actualmente vigente. Así, el proyecto de ley define en su artículo número 2° a los datos sensibles como *“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”*.

Cabe preguntarse ¿Qué son los datos sensibles?, por ejemplo “tales como hábitos personales”, ¿se incluye en esto el registro de una empresa que vende entradas para asistir al teatro, cine o un partido de fútbol? ¿o el registro de los supermercados para acumular puntos en el que consta el número de bebidas, marca, sabor y tamaño que compra una persona mensualmente?, respecto de la “vida sexual”, ¿se incluye el registro para obtener un descuento en una farmacia, en el que consta la compra de medicamentos?

Comparto lo amplio del concepto de datos sensibles que utiliza el proyecto de ley, pero, esto hace que la mayoría, sino todos, los datos personales sean sensibles. De esta forma no se justifica que se permita que el consentimiento para el tratamiento de aquellos datos personales que “no son sensibles” pueda constar en cualquier medio tecnológico.

Excepciones al consentimiento previo.

Establece el artículo número 5° del proyecto de ley que no será necesario el consentimiento previo del titular de datos personales:

1. Si la recolección de datos personales se realiza desde fuentes accesibles al público;
2. Si el tratamiento de datos personales se realiza por un organismo público a propósito de una investigación criminal o en el ejercicio de sus funciones y atribuciones autorizadas expresamente por ley;
3. Si la interconexión, comunicación, transmisión o transferencia de datos personales se realiza entre organismos públicos, con el objeto de prestar servicios o conceder beneficios al titular que los solicita, en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la Ley N° 19.880;
4. Si la comunicación, transmisión o transferencia se efectúa a consecuencia de una relación contractual, científica o profesional con el titular y que sea necesario para la ejecución o cumplimiento del objeto de la relación contractual, científica o profesional respectiva;

5. Si el tratamiento de datos personales es con fines estadísticos, históricos o científicos y siempre que se utilice un procedimiento de disociación de tales datos;
6. Si el tratamiento de datos personales resulta necesario en caso de urgencia médica o sanitaria;
7. Si el tratamiento de datos personales recae sobre aquellos datos indispensables para identificar al titular de información comercial morosa o vencida; y
8. En los demás casos que expresamente señale la ley.

Como se aprecia, respecto a la recolección de datos personales que se realiza desde fuentes accesibles al público, el proyecto de ley establece que no se requerirá el consentimiento del titular. El proyecto de ley define en su artículo número 2° las fuentes accesibles al público como *“todos aquellos registros, ficheros, recopilaciones, listados, bases o bancos de datos personales, computacionales o manuales, públicos o privados, cuyo acceso o consulta pueda ser efectuada por cualquier persona de manera gratuita, tales como los registros del Conservador de Bienes Raíces, Notarías, Archivo Judicial y Archivo Nacional; las guías o repertorios públicos de telefonía y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación social”*.

La parte final de este artículo es la más preocupante, pues no distingue entre datos personales y datos personales sensibles respecto de la información contenida en los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación social. Cabe preguntarse qué sucederá si en un sitio web, como sucedió el año 2008 cuando se filtraron datos de más de seis millones de chilenos como el RUN, datos socioeconómicos, electorales, educacionales, direcciones y teléfonos particulares (10), se filtran bases de datos con diverso tipo de información desagregada, pudiendo incluir datos sensibles. Con el actual articulado del proyecto de ley no se sancionará el tratamiento de datos personales que no cuentan con el consentimiento de de los titulares si éstos han sido obtenidos de una fuente accesible al público, como un medio de comunicación social.

Así, si los datos personales para los que se requiere al consentimiento del titular se filtran en un sitio web, podrán ser tratados por cualquier persona, ahora sin el consentimiento del titular, atendido lo señalado en la letra a) del artículo 23° del proyecto de ley: *“son infracciones graves: a) Realizar tratamiento de datos personales sin consentimiento expreso del titular, salvo que proceda algunas de las excepciones establecidas en el artículo 4° A”*.

De esta forma, consideramos que para establecer si un dato personal obtenido de un *diario, boletines oficiales y medios de comunicación social*, como es internet o el sitio web de un servicio público (recuérdese los datos personales publicado por el Servicio Electoral en el primer semestre de 2012) pueda ser tratado sin el consentimiento del titular o no, se debe considerar el contenido del dato personal y no sólo la fuente de la que ha sido obtenida. En consecuencia, para un adecuado resguardo de la autodeterminación informativa debería eliminarse la parte final del artículo 2° del proyecto de ley.

- (1) Abogado Universidad de Chile. Director Ejecutivo CED.
- (2) Para un análisis de este proyecto de ley véase: Pérez, Claudio (2012). "Una primera mirada sobre la protección a la autodeterminación informativa". Asuntos Públicos. Informe N° 934.
- (3) ANGUIA RAMÍREZ, Pedro (2007): La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Editorial Jurídica de Chile. P. 289.
- (4) Su origen se encuentra en una moción parlamentaria presentada por el Senador Sr. Eugenio Cantuarias el 05 de enero de 1993.

- (5) ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. Op.cit. P. 293.
- (6) GONZALEZ HOCH, Alejandro (2001): Modelos comparados de protección a la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. En: Cuadernos de extensión jurídica (Universidad de los Andes) N° 5. Pp. 153-178. Pág. 177.
- (7) JERVIS ÓRTIZ, Paula (2006): Modelo de propuesta regulatoria al mercado de datos personales en Chile. Revista Chilena de Derecho Informático. N° 8. Pp. 151-175. Pág. 155.
- (8) CERDA SILVA, Alberto (2003): Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. Revista Chilena de Derecho Informático. Facultad de Derecho Universidad de Chile. N° 3. Pp. 47-75. Pág. 52.
- (9) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer. V. 2. Pp. 449-471. Pág. 451.
- (10) Disponible en <http://www.fayerwayer.com/2008/05/alerta-se-filtran-datos-personales-de-6-millones-de-chilenos-via-internet/>. 09.12.2012.