

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN



DATOS PERSONALES

Nº 341 | 26 de enero 2022



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

Actualmente en el mundo se observa un rápido avance en el desarrollo de tecnologías, que dan cuenta de un flujo de transacciones respecto a datos personales que en nuestra legislación no se encuentran amparados ni legislados de la forma adecuada al contexto. Urge que el país avance en la línea de regularizar la protección de los datos personales, y actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de ley que se encamina en la dirección correcta. En el presente *Ideas & Propuestas* se analizará el marco general de los datos personales, la legislación comparada que existe al respecto, y cómo en Chile se trabaja para resolver la falta de legislación actualizada en la materia.

I. INTRODUCCIÓN

La serie de avances en el mundo de la tecnología, durante los últimos años, ha permitido un aumento considerable en el desarrollo de la economía digital, lo que ha traído enormes beneficios para la población. Sin embargo, se ha permitido un flujo no regulado de los datos personales, frente al cual existe consenso en la necesidad de actualizar la regulación a las tendencias que existen en la práctica internacional.

Nuestra Constitución Política de la República actualmente vigente asegura a todas las personas, en su artículo 19 N°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”¹. Lo anterior, constituye el primer acercamiento que la legislación chilena tiene respecto al tratamiento de datos personales.

Existe además la actual ley N°19.628 del año 1999, la cual usó como base las leyes europeas del periodo 1978-1984, lo que generó que exista un desfase de cerca 30 años entre la legislación vigente y la que existe en otros países, aumentando aún más la necesidad

de contar con una normativa más actualizada y *ad hoc* a los tiempos actuales.

Se hace hincapié en la necesidad de legislar al respecto, e innovar en las estructuras legales que existen hoy, porque no se regula en detalle los derechos de los titulares, no se cuenta con una autoridad de datos personales, las sanciones que existen son bajas y por ende su efectividad también es escasa. Y, además, no especifica las obligaciones de los responsables de datos.

Es por eso, que el escenario en Chile es que existe la **urgencia** de una adecuada protección de datos, teniendo en cuenta principalmente, la naturaleza del bien que se pretende proteger. La institucionalidad existente debe ser robustecida, para poder avanzar hacia una protección a la privacidad más eficaz y de acorde a la realidad actual.

En el presente informe se analizará la situación chilena respecto a los datos personales y la protección que estos requieren, y se evidenciarán los argumentos y estructura con que el Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la agencia de protección de datos personales cuenta en su primer trámite constitucional.

¹ Constitución Política de la República.



Foto: thejakartapost.com

II. MARCO GENERAL DE LOS DATOS PERSONALES

En el artículo 2º letra f) de la Ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal se definen los datos personales como aquellos “relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

Por su parte, la doctrina ha definido los datos personales como “aquel conjunto de conocimientos sobre una persona física, identificada o identificable, que han sido adecuadamente representados para su tratamiento informático, y que nos va a permitir ampliar o precisar el conocimiento que sobre esa persona ya tuviéramos”².

Con lo anterior, es posible afirmar que no solo se trata de aquellos datos consistentes en información íntima, sino que se amplían a otros aspectos con el objetivo de evitar ciertos peligros y filtraciones que

no solo afecten al derecho fundamental establecido, en el caso de Chile en el artículo 19 N°4 de la Constitución, sino que también al resto de garantías tuteladas por la ley fundamental.

Tanto en el nivel público como en el privado, existe una serie de datos sobre las personas, que en ocasiones han sido suministrados o entregados voluntariamente por ellos mismos, pero en otros casos las distintas instituciones o lugares que concentran esos datos los han obtenido sin el consentimiento del titular, como ocurre cuando se obtienen desde un tercero o es obligatoria su entrega por parte de su titular. Es más, la realidad ha demostrado que en múltiples ocasiones las personas entregan datos personales para una determinada finalidad en específico, y que posteriormente son utilizados por las mismas receptoras, pero con una finalidad desviada y distinta.

² Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales, Ana Garriga Domínguez, año 2004.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

La evolución en la protección de datos personales mirado desde una perspectiva internacional se ha desarrollado en forma asimétrica, aunque exista la profunda necesidad de generar estándares comunes que estén a la altura de todos aquellos riesgos que supone el desarrollo de la tecnología.

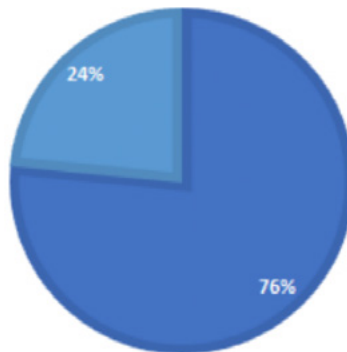
Además, existen diferencias respecto a la forma en cómo se ha tratado el tema, y sobre todo en la unificación o no de la Agencia de protección de datos. Por un lado, está el **sistema unifuncional** que solo apuntan a la protección de datos personales, como es el caso de Austria, Canadá, España, Noruega, Francia, Turquía, entre otros; y por el otro, aquellas

naciones que cuentan con un **sistema mixto** que incluye la protección de datos personales y el acceso a la información pública, como es el caso de Alemania, Australia, Hungría, México, Reino Unido, entre otros.

Por ejemplo, en Alemania se encuentra el caso del llamado Comisionado Federal para la Protección de Datos y Libertad de información, en Argentina la Agencia de Acceso a la información Pública y en México el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales; todos ellos órganos con competencia en derecho de acceso a la información y en protección de datos personales.

% PAISES OCDE SEGÚN SISTEMA

■ SISTEMA UNIFUNCIONAL (SOLO PDP) ■ SISTEMA MIXTO (PDP/AIP)



Fuente: OCDE.



Foto: cincodias.elpais.com

Respecto a la creación de una nueva institucionalidad, cuando existe una actual, como es el Consejo para la Transparencia en el caso chileno, ha existido amplia discusión. Por un lado, existe una posición que afirma que la existencia de dos instituciones significaría inseguridad jurídica, conflictividad y no le entregaría un verdadero servicio a la ciudadanía, además de ser contrario a la tendencia mundial.

Sin embargo, en base a la experiencia internacional, a pesar de que del total de los países miembros de la OCDE sólo 5 optaron por un modelo o sistema mixto, se ha logrado confirmar, por ejemplo, con el caso de España, que la idea de separar el rol de la autoridad de transparencia de la de datos es la correcta. Esto porque aquellos países que tienen concentradas ambas funciones en un solo organismo desde un inicio trataron ambos temas en conjunto. Sin embargo, tratándose de una incorporación novedosa en la legislación vigente, se ha demostrado que es mejor mantener estas funciones en un esquema

separado, como lo demuestran los logros de la experiencia española.

Además, se debe considerar que la Comunidad Europea, a quién busca asimilarse Chile con el proyecto actualmente en trámite, ha señalado que para el tratamiento de datos se requiere un alto nivel de especialización, con conocimientos tecnológicos, administrativos y jurídicos que permitan tener conciencia de la evolución que ellos implican. Es en razón de ello que resulta sumamente complejo solicitarle al Consejo para la Transparencia que asuma ese gran desafío cuando ya tiene otras funciones y finalidades asociadas y encomendadas.

Finalmente, resulta de gran relevancia garantizar la independencia asociada al órgano encargado, y ha sido la OCDE la que ha recomendado que las autoridades de datos deben tomar las decisiones de la forma más libre posible, alejadas de influencias de carácter político, para que así sea posible mantener sus objetivos establecidos y la integridad de sus funciones.

IV. LA LEGISLACIÓN CHILENA

En el año 2018 se incorporó y consagró de forma expresa en nuestra Constitución el derecho a la protección de los datos personales, dado que previo a dicha reforma, tanto la doctrina como la jurisprudencia, lo consideraba protegido bajo el derecho del respecto y la protección de la vida privada.

Sin embargo, el análisis que motivó la reforma radicó en la diferencia existente entre el derecho de la intimidad y el relativo a la protección de los datos personales, porque, tal como una Sentencia del Tribunal Constitucional español estableció, “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino 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 (...), sino los datos de carácter personal”³.

Además, nuestra legislación recoge normativa asociada a los datos personales en otros textos, como el caso de la Ley 19.628 sobre protección a la vida privada, la ley 19.496 relativa a la protección al consumidor en su artículo 15 bis y la ley 20.285 al referirse al Consejo para la Transparencia que

establece en su artículo 33 letra m que dentro de las funciones y atribuciones se encuentra el “velar por el adecuado cumplimiento de la ley N°19.628, de la protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

Respecto a la ley actual N°19.628 es necesario señalar que fue publicada en el año 1999, y se redactó teniendo como base las leyes europeas que se habían dictado entre los años 1978 y 1984, es decir, su entrada en vigencia inició con un desfase de entre 30 y 40 años respecto a la regulación vigente en otros países, y en el presente no entrega una regulación detallada sobre los derechos de los titulares, sus sanciones son bajas y poco efectivas, no existe una autoridad especializada de datos personales y tampoco especifica las obligaciones de los responsables de los datos en cuestión.

Por lo dicho, y ante la evidente necesidad de contar con una legislación actualizada y acorde a los desarrollos tecnológicos que suceden día a día en el mundo y nuestro país, se encuentra en tramitación un proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de datos personales.

³ El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la constitución chilena, Pablo Contreras, año 2020.

V. PROYECTO DE LEY BOLETÍN Nº11.144-07

El Proyecto de ley tiene su origen en un Mensaje de la ex Presidente de la República, Sra. Michelle Bachelet, y en la Moción de los Senadores Harboe, Araya, De Urresti, y de los ex Senadores Espina y Larraín. Ambos proyectos fueron refundidos en atención a que contaban con ideas matrices comunes. El proyecto, ingresado en marzo de 2017, ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de su tramitación, siendo la más reciente una serie de indicaciones formuladas tanto por senadores como por el Ejecutivo, las que fueron ingresadas en octubre del 2021, y estudiadas por la Comisión de Hacienda del Senado.

La iniciativa legal establece, en su primer artículo, el objetivo al cual apunta el proyecto, consistente en regular la forma y condiciones en la cual se efectúa el tratamiento y protección de los datos personales de las personas naturales, conforme a lo establecido en el artículo 19 nº4 de la CPR, es decir, Se busca regular todo tratamiento de datos privados que realice una persona natural o jurídica, incluidos los órganos públicos, en función de respetar los derechos y libertades de las personas.

En el proyecto además se introducen los derechos del titular de datos, los que corresponden al derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad de sus datos personales. Los cuales son considerados como derechos personales, irrenunciables e intransferibles, y que no podrán ser limitados por ningún acto o convención.

Además, se establecen ciertos principios por los cuales se regirá el tratamiento de los datos personales, entre los cuales se encuentra el principio de licitud del tratamiento, el de confidencialidad, el de finalidad, proporcionalidad, entre otros.

Los responsables de los datos deberán implementar mecanismos y herramientas tecnológicas que permitan que el titular ejerza sus derechos en forma expedita, ágil y eficaz.

Se establece un procedimiento ante el responsable de datos personales, que consiste en una solicitud o requerimiento escrito ante el responsable, en el que se debe contener al menos:

- Individualización del titular y su representante legal o mandatario
- Indicación de un domicilio o una dirección de correo electrónico.
- Identificación de los datos personales o del tratamiento determinado respecto de los cuales se ejerce el derecho
- En el caso que se requiera rectificación, indicar las medicaciones o actualizaciones, acompañado de los antecedentes necesarios.



Foto: t13.cl

Recibida la solicitud, el responsable debe acusar recibo de ella y pronunciarse a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de ingreso. El responsable deberá responder por escrito al titular a su domicilio o correo electrónico.

Si transcurre el plazo de 15 días hábiles sin respuesta, el titular podrá formular una reclamación ante la Agencia.

Se establece que la regla general en el tratamiento de datos consiste en que será lícito el tratamiento de los datos personales que le conciernen al titular, cuando otorgue su consentimiento para ello. Y dicho consentimiento deberá ser siempre:

- Libre, informado y específico en cuanto a sus finalidades.
- Manifestado de forma inequívoca, mediante declaración verbal, escrita o expresada a través de un medio electrónico, o un acto afirmativo que dé cuenta con claridad de la voluntad del titular.
- Si es otorgado por un mandatario, debe encontrarse expresamente premunido de esa facultad.

Además, en el proyecto se establece un listado de las obligaciones que le corresponden al responsable de los datos personales, dentro de los que se encuentran el informar y poner a disposición del titular los antecedentes que acrediten la licitud del tratamiento de datos que realiza; el asegurar que los datos sean recogidos de fuentes de accesos lícitas, con fines específicos, explícitos y lícitos; comunicar o ceder información exacta, completa y actual; entre otros.

El responsable y el encargado de los datos deberán reportar a la Agencia las vulneraciones a las medidas de seguridad en caso de ocurrir.

Por otro lado, este proyecto cuenta con una innovación, creando una autoridad de control en materia de protección de datos personales, llamada Agencia de Protección de Datos Personales, la cual será una corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico, descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se va a relacionar con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y cuyo rol será velar por la protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales.

Además, debe fiscalizar el cumplimiento de la ley.

Dentro de sus funciones se encuentra las siguientes:

- Dictar instrucciones para regular las operaciones de tratamiento de datos personales conforme a la ley.
- Aplicar las disposiciones legales en materia de protección de datos personales
- Fiscalizar el cumplimiento de la ley, pudiendo requerir toda la información necesaria para ello.
- Determinar infracciones e incumplimientos y sancionarlos.
- Proponer normas legales y reglamentarias para asegurar la debida protección de los datos personales.
- Prestar asistencia técnica a organismos del Estado en la dictación y ejecución de normativas internas que involucran el tratamiento de datos personales.
- Relacionarse y colaborar con los órganos públicos en el diseño e implementación de políticas de protección de datos personales.
- Certificar, registrar y supervisar modelos de prevención de infracciones
- Administrar el Registro Nacional de Cumplimiento y Sanciones
- Otras encomendadas por la ley.

En cuanto a su estructura, la Dirección Superior le corresponderá al Consejo Directivo de la Agencia, que estará

integrado por 3 consejeros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado por 2/3 de sus miembros, y esos consejeros deberán ser reconocidos por su prestigio profesional o académico en materia de protección de datos personales, tendrán una duración de 6 años en el cargo y se exigirá dedicación exclusiva.

Otro punto importante y que durante la discusión del proyecto se solicitó fortalecer, es lo relativo a las sanciones. En este caso, se decidió continuar con el modelo que utiliza la Comisión para el Mercado Financiero, que establece que el monto de las multas se determina de acuerdo con criterios de gravedad, falta de diligencia o cuidado, perjuicio producido, beneficio económico obtenido, sensibilidad de los datos tratados, capacidad económica del infractor, reincidencia y otras circunstancias atenuantes o agravantes.

En caso de reincidencia la multa podría ser triplicada, y el desglose de las multas es el siguiente:

- Las infracciones leves serán sancionadas con amonestación escrita o multa de 1 a 100 unidades tributarias mensuales.
- Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 101 a 5.000 unidades tributarias mensuales.
- Las infracciones gravísimas serán sancionadas con multa de 5.001 a 10.000 unidades tributarias mensuales.

En cada caso, la Agencia señalará las medidas tendientes a subsanar las causales que dieron motivo a la sanción, las que deberán ser adoptadas en un plazo no mayor a 60 días, de lo contrario se impondrá un recargo de 50% a la multa cursada.

VI. CONCLUSIONES

Con la legislación actual que tiene Chile respecto de la protección de datos personales, el contexto internacional con un rápido avance en el desarrollo tecnológico, y el efecto acelerador de la transformación digital que generó la pandemia del COVID-19, se reafirma la urgencia de la existencia de una adecuada infraestructura normativa de protección de datos personales, teniendo en cuenta la naturaleza del bien que se pretende proteger, y que en nuestro caso, está recogido en la Constitución actualmente vigente, por lo cual existe también un mandato constitucional expreso que exige su cumplimiento.

Otro punto por considerar es el aumento del volumen de los datos y su capacidad de cómputo, en un mundo globalizado, donde las tecnologías van en aumento y el auge de lo digital también.

Además, los tratados internacionales que nuestro país ha comprometido o espera ser parte exigen de una legislación como la planteada. Un ejemplo de ello es el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Europa, en el que la Unión Europea ha puesto el

tema relativo al tratamiento de datos como claves para lograr un acuerdo.

La falta de regulación actualizada en materia de datos personales al país solo le está generando perjuicios, tanto en materias económicas, sociales y políticas. La nula protección debido a la falta de acciones de tutela efectivas y reales y la falta de un estándar de seguridad de la información no posicionan a Chile como un país competitivo a nivel regional respecto a exportación de servicios de telecomunicaciones, computación e información, con lo cual se queda atrás respecto al resto de los países.

Con el proyecto de ley en trámite se avanza en la dirección adecuada, y se espera su pronta aprobación, porque se ha logrado llegar a consensos, sobre todo respecto a la necesidad de que exista una Agencia independiente del Consejo para la Transparencia, para que este último continúe con su labor fundamental para el desarrollo de la democracia, y así pueda existir una Agencia especializada con los conocimientos necesarios para la adecuada protección de los datos personal.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman