

Minuta

Comentarios al Boletín 6120-07, Proyecto de Ley que modifica las leyes 19.628 y 20.285

Renato Jijena Leiva
Profesor Derecho Informático PUCV
www.jijena.com

* Junto con agradecer la invitación formulada por la Comisión de Economía de la Honorable Cámara de Diputados, la presente minuta contiene los comentarios preliminares que nos surgen del análisis del Proyecto de ley referido, y que en un breve tiempo de exposición -estimo- pueden aportar al trabajo parlamentario.

1. De manera general, uno no puede sino estar de acuerdo con la mayoría de los cambios en estudio propuestos por el proyecto de ley (véase www.habeasdata.org.cl/2008/10/19/chile-bienvenidos-los-nuevos-aires-los-nuevos-nortes-y-los-tiempos-de-cambios-parte-primera/). Tuve la suerte de promover algunos, como asesor legal de la Estrategia Digital del Gobierno (...beneficiar con la tutela a las personas jurídicas y el cambio del concepto de "fuentes públicas" de información).

Compartimos lo que el Mensaje del Ejecutivo denomina (IV) "*Razones del Cambio*", en cuanto a la insuficiencia de la regulación, a la necesidad de que exista una autoridad de control y a la necesidad de adecuarnos a estándares y legislaciones internacionales -no sólo de la OECD, por cierto-.

No obstante la conformidad referida, es el momento de levantar -nuevamente, como lo hicimos en 1998- consideraciones y observaciones al texto propuesto y al contexto que lo rodea, sobre todo en cuanto a las nuevas competencias que se proponen para el Consejo de Transparencia, una entidad que aún ni siquiera opera en la práctica a la que se le traslada a un contexto y a un conflicto jurídico radicalmente distinto al que justificó su creación¹.

El derecho de acceso que todos los ciudadanos poseen reconocido constitucional y legalmente (artículo 8º, ley 20.285), para conocer los actos, contratos y documentos del Estado² (y que será el expertise del Consejo), es *radicalmente distinto* al derecho de acceso o habeas data que debe poseer toda persona para controlar y autodeterminar el uso y el eventual abuso sólo de sus datos y antecedentes personales y nominativos (ley 19.628)³.

Este ámbito, en Chile, está regulado desde 1999 por la ley 19.628, y desde antes de su entrada en vigencia hemos consignado sus múltiples errores y deficiencias (véase <http://sotoder.blogspot.com/2008/05/proteccion-de-datos-personales.html> y *paper* de la Universidad de los Andes); es *el artículo 12 de dicha ley el que consagra el llamado Derecho de Acceso, Habeas Data o Habeas Scriptum*, una garantía sólo de rango legal y procesal que vino a desarrollar la garantía del respeto y protección de la vida privada que contempla el artículo 19, número 4 de la Constitución Política.

Por su intermedio cada titular puede requerir a quien sea "responsable de una base o banco de datos" conocer y corregir, modificar o actualizar la información computacional, tratándose de datos personales, nominativos, o relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, particularmente si son los sensibles o referidos a características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como 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.

De aprobarse el proyecto como está, tendremos en realidad una nueva entidad, una de protección, control y resguardo de datos personales ante el requerimiento de sus titulares que quieren controlar y autodeterminar sus antecedentes nominativos (similar a la APD de España o al CNIL de

¹ La misma aportación la hicimos el año 1998 al Senado, antes de la aprobación de la ley 19.628, para que no se asignaran competencias orgánicas a la CGR, propuesta que como consta en el Informe respectivo de la Comisión, página 37, fue acogida a cabalidad.

² La norma legal, junto con crear un nuevo órgano llamado "Consejo de Transparencia", fue el resultado de una previa reforma constitucional, que contempló la incorporación de un nuevo artículo 8 dentro de las Bases de la Institucionalidad, que estableció que el ejercicio de las funciones públicas en Chile obligaba a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, y que declaró perentoriamente que son públicos los actos y las resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos utilizados, pudiendo establecerse por excepción y sólo mediante una ley de Quórum Calificado su reserva o secreto. Esta piedra angular vino a fortalecer, para los ciudadanos, el llamado 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.

³ El derecho de acceso a los actos, contratos y documentos en poder del Estado un tema relevante y esencial para las Sociedades del Siglo XXI, pero que -como aclaramos- no debe ser confundido con la garantía del "*Habeas Data*" y con el principio de la "*Autodeterminación Informativa*" que amparan, desde fines de la década del 70, el derecho de cada persona para controlar y decidir exclusivamente sobre el procesamiento de sus datos personales y nominativos, sea por entes estatales o por empresas particulares.

Francia), y no equivaldrá, de modo alguno, a la que a esta fecha y en virtud de la ley 20.285 está llamada a asegurar -para todos los ciudadanos- la transparencia y publicidad de los actos, contratos, documentos y antecedentes de la Administración del Estado.

Dicho de otra forma: ...porque asegurar la "*transparencia activa*" que exige la ley 20.285, en sede de protección de datos personales no existe; al contrario, acá, para garantizar el respeto del artículo 19, número 4 de la CPE, debe evitarse el libre flujo de datos personales que no sean públicos o provenientes de fuentes públicas, sea de oficio o a requerimiento de los titulares de los datos personales y sólo respecto de sus propios antecedentes.

2. Téngase presente: No estamos teorizando. El acucioso trabajo parlamentario de esta Comisión no puede ser teórico, sino que debe hacerse cargo, por ejemplo, (i) de los problemas de la red *Swift* -que también opera sin control en Chile y transfiere internacionalmente datos de los chilenos-, (ii) de los abusos de la empresa *Choicepoint*, (iii) de los excesos conocidos por el negocio entre una empresa funeraria y algunas *Isapre*, y (iv) de eventualmente ver que la nueva entidad garante y fiscalizadora del tratamiento de datos personales o nominativos de los chilenos tenga la capacidad jurídica que en España ha llevado a que la Agencia de Protección de Datos sancione a empresas como Telefónica o Terra por no resguardar la confidencialidad de los datos de sus clientes⁴.

3. Téngase presente: Lo que está en juego no es sólo un problema de implicancias económicas (...y deben estudiarse con acuciosidad los documentos sobre privacidad de la OECD, como tuve que hacer al contestar los cuestionarios de la entidad como asesor legal de la Estrategia Digital, documento que puedo remitir electrónicamente a la Comisión). Esto es relevante de percibirse, porque la razón de ser directa del proyecto y de la urgencia que el Ejecutivo desea -hay que señalarlo abiertamente- fue la de cumplir con los estándares que en materia de protección de datos personales y de la privacidad impone a sus asociados la OECD (ver www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html).

Lo que está en juego en el actual debate parlamentario es el tema de defender una garantía fundamental -el 19 N°4, el respeto y protección de la vida privada de las personas y sus familias- que legalmente en Chile y de cara al procesamiento computacional de datos personales o nominativos, fue protegida con gran falta de idoneidad el año 1999 por la ley 19.628.

Por eso es que, en paralelo, sería importante que avanzara la Moción que busca la *constitucionalización del habeas data* (ver www.habeasdata.org.cl/2008/06/05/%c2%bfhacia-la-constitucionalizacion-del-habeas-data-en-chile/)⁵. Este es el real nivel de protección jurídica que se necesita del ordenamiento jurídico chileno.

¿Una norma que carece de los contenidos dogmáticos, orgánicos, procedimentales y sancionatorios mínimos que una *data protection act* contiene y requiere?. La ley 19.628, salvo en lo relacionado con los plazos de publicación de datos sobre mora y protestos (que gracias al trabajo del Diputado Eugenio Tuma ha tenido gran aplicación y se conoce como la "*Ley Dicom*"), por sus errores de forma y de fondo y por sus insuficiencias no ha tenido casi ninguna aplicación práctica. La gente no la conoce ni percibe su importancia cotidiana (...ejemplos), la gente no la utiliza, no existen procedimientos judiciales de *habeas data* en curso, no existe un registro obligatorio para evitar el tráfico anónimo de los "*list brokers*" (en Francia, procesar sin estar registrado es delito penal) y no existe un ente administrativo al cual reclamar en forma sumaria y eficaz.

4. Desde la perspectiva de la estructura de las LPD:

(i) Todas las leyes de protección de datos poseen una estructura que puede ser resumida en 4 partes: una dogmática, una orgánica (para que lo dogmático no sean meras declaraciones de principios), una procedimental y una sancionatoria;

(ii) la ley 19.628 posee una parte dogmática débil, no tiene parte orgánica, no contempla procedimientos administrativos de tutela sino uno judicial, y no posee un arsenal sancionatorio adecuado;

(iii) el proyecto en comento, optimiza los aspectos dogmáticos, desarrolla la existencia de un órgano competente y crea un registro obligatorio de responsables de bases de datos, reemplaza el procedimiento judicial por uno administrativo, y mejora las eventuales sanciones (por cierto, sin contemplar sanciones penales o tipificar delitos, como si se hace en múltiples países, y creemos que la privacidad o la intimidad merece el máximo nivel de protección que puede ofrecer un sistema jurídico).

⁴ Véase www.guiaservicios.com/serv_noticia_detalle.php?pk_noticia=10 y www.diariojuridico.com/noticias/la-apd-multa-con-mas-de-840-mil-euros-a-telefonica-por-el-tratamiento-indebido-de-datos-personales.html

⁵ En concreto, propone: "Artículo único: Modifícase el artículo 19, número 4 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero: Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere. Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación."

5. A esta fecha, el artículo 33 letra m de la ley 20.285 ya asignó una competencia específica, restringida, y que desnaturaliza la razón de ser del Consejo de Transparencia (véase www.habeasdata.org.cl/2008/07/28/proteccion-de-datos-personales-a-proposito-de-la-transparencia-y-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-del-estado/). Lo obligó a fiscalizar el cumplimiento de la ley 19.628 exclusivamente por parte de los servicios públicos, que sólo pueden procesar datos personales dentro del ámbito de su competencia.

Señaló el artículo 33 de la ley 20.285 que el Consejo tendrá, entre sus funciones y atribuciones, la de *“velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”*. Es decir, se trata de un señalamiento genérico que asigna competencia fiscalizadora al Consejo por sobre los responsables de bases de datos de órganos públicos.

El proyecto de ley en comento radicaliza esta opción, y la extiende al ámbito del sector privado o de las empresas particulares y sus responsables de bases de datos, que es por cierto el más importante. Y el único modelo existente, Inglaterra, ha demostrado su ineficacia, se tradujo en la existencia de dos órganos diversos y a esta fecha se está modificando.

No nos parece la opción más conveniente para Chile. ¿Se visualiza al actual Consejo de Transparencia sancionando a Telefónica Chile al igual que la APD; se le visualiza investigando a la red Swift? *A esta fecha, tenemos la firme convicción de que es errada la opción del Ejecutivo contenida en el Mensaje.*

6. Para terminar y formular comentarios puntuales, nos parece relevante lo siguiente:

- Que se plantee la norma desde la óptica de los titulares de los datos y no de las empresas que lucran con el negocio (marketing directo, head hunters, distribuidoras de informes, burós crediticios) y se reconozca como primer derecho legal el de los titulares de datos personales a controlar y autodeterminar los mismos (un principio que en Alemania paró un censo).
- Que se apunte a subsanar los problemas derivados de la inexistencia de un registro público y obligatorio de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador autónomo o Autoridad de Control, que administre dicho registro (fin del anonimato).
- Que se establezca como regla general que la información no sea pública y que requiera de la autorización de sus titulares expresa (e incluso por escrito tratándose de datos "sensibles") para procesarse.
- Que se prohíba la transferencia internacional de datos personales a terceros países que no posean un adecuado sistema de protección, similar al de Chile.
- Que se exija aumentar las condiciones de seguridad informática o de sistemas en el tratamiento de datos personales, y debiera decirse expresamente que se haga en conformidad a los estándares y las normas ISO.
- Que se establezcan infracciones y sanciones fuertes, aún cuando no se hayan considerado las penales.
- Que se otorgue expresamente protección a las personas jurídicas.

7. ¿Una gran omisión del proyecto; temas pendientes? Los relacionados con Internet, con el *spam* (*e-mail*), las *cookies* y las políticas de privacidad, lo que va más allá que el tema de la transferencia internacional de datos personales y que, definitivamente, se presenta ajeno a las competencias del Consejo de Transparencia.