

## MINUTA DE DISCUSIÓN:

### PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES A LA LEY N°19.628 , SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL<sup>1</sup>

(Boletín N° 8143-03)

## I. INTRODUCCIÓN

---

El día 11 de enero de 2012, mediante mensaje presidencial, ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto que pretende modificar sustantivamente la Ley de protección de la vida privada, N°19.628, con dos objetivos generales:

1. Permitir a los ciudadanos proteger sus datos personales y controlar su flujo.
2. Facilitar a las empresas nacionales y extranjeras desarrollar sus actividades que involucren el flujo de tales datos.

Con esos objetivos en mente, las modificaciones propuestas giran en torno a los siguientes ejes:

- a) Titularidad de los datos:** Se explicita que los titulares son los dueños de sus datos personales, desarrollando y haciendo valer su derecho de propiedad sobre ellos. Se incorpora además a las personas jurídicas respecto a sus datos susceptibles de protección.
- b) Mayor información:** Se exige que en toda recolección de datos, el responsable informe al titular sobre la existencia del registro de datos, quién es el encargado, el destino de ellos y los derechos del titular, entre otros. Así, se perfecciona el derecho a que se cuente con el consentimiento del titular para toda recogida de datos. Además, los responsables de los registros de datos deberán poner a disposición del titular de datos la información que tienen respecto de su persona a través de su sitio web.
- c) Cambios en derechos de acceso y oposición:** Se mejora el derecho de los titulares a conocer la información sobre ellos que se maneja en un registro de datos y a modificarla o eliminarla, si es errónea o no cumple la ley, tanto por parte de organismos públicos como privados.

---

<sup>1</sup> Documento de discusión elaborado por el equipo de ONG Derechos Digitales. <http://www.derechosdigitales.org>, editado por Francisco Vera H., [francisco@derechosdigitales.org](mailto:francisco@derechosdigitales.org) y revisado por Claudio Ruiz G., basados en comentarios iniciales de Alberto Cerda, director de estudios de la organización y aportes de don Mario Pino, pasante durante el año 2011 de la misma organización.

- d) Rol del SERNAC:** Entrega atribuciones al SERNAC para informar, promover y proteger los derechos de los ciudadanos respecto a sus datos personales, permitiéndole además presentar demandas colectivas.
- e) Portal web:** Se crea un sitio Web que permitirá a los ciudadanos excluir sus datos para que no sean usados en campañas comerciales sin su consentimiento.
- f) Servicios globales:** Impulsa la participación de Chile en la industria de servicios globales tales como procesamiento de base de datos, call centers, servicios de atención al cliente, etc. al establecer reglas claras para el comercio transfronterizo de datos.
- g) Procedimientos:** Agiliza los procesos judiciales para corregir las infracciones contra la privacidad de los datos o su mal uso. Esta reforma crea por primera vez ilícitos respecto a la violación de datos privados con sanciones de hasta 1.000 UTM.

## **II. ANTECEDENTES SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CHILE**

---

Desde su entrada en vigencia pesan innumerables críticas sobre la Ley N°19.628, de Protección de la Vida Privada, en relación con varios puntos diferentes, todos relacionados con el bajo estándar de protección que prodiga la misma Ley a los titulares de datos personales, esto es, a todos los chilenos.

La doctrina nacional acepta de modo uniforme que la Ley N°19.628 nació deficiente. En nuestro caso, no podemos decir que haya sido superada por los avances tecnológicos. Pareciera ser que, simplemente, el legislador desvió la atención respecto de que el bien protegido era un derecho fundamental, relativo a la protección de la vida privada de las personas. Con ello, finalmente la ley terminó facilitando la transacción de los datos personales en el mercado.

Ya el nombre original de la Ley es confuso. Mientras en ella se habla de “vida privada”, la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones comparadas han evolucionado en el sentido de apartar la vida privada como el derecho fundamental en juego, concediéndole autonomía progresiva a la protección de los datos personales como un derecho fundamental autónomo. Así queda claro en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra en artículos separados el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

La protección de datos personales como derecho fundamental va más allá de una concepción clásica de vida privada planteada en términos negativos y considera el concepto de autodeterminación informativa. Bajo este concepto, el hecho de que una persona haga público un dato, no debiera significar que al salir de su esfera privada se pueda hacer con él lo que se quiera. Así, es necesario establecer garantías que protejan al mismo en su tratamiento posterior.

En concreto, las principales críticas que ha hecho la doctrina a la actual Ley 19.628, sin que ello signifique suscribir todas ellas, son:

- a)** la omisión de las personas jurídicas como titulares de datos personales.
- b)** la falta de un deber de registro de las bases de datos para los privados.
- c)** que la ‘fuente accesible al público’ pasó, en la práctica, a ser la regla de clausura utilizada para habilitar legalmente el tratamiento de datos.
- d)** que no se requiera de autorización para el tratamiento de datos por la empresa, sus asociados y afiliados, con fines estadísticos, tarificación u otro de beneficio general para aquellos, lo que permite los llamados ‘clubes de datos’.
- e)** que no regula la transferencia internacional de datos.
- f)** no establece un órgano administrativo encargado de la protección de datos, lo que también repercute en que la ineficacia del procedimiento para hacer valer los derechos del titular de los datos.

La reciente pertenencia de Chile a la OCDE igualmente plantea desafíos en esta área. El mismo proyecto de ley los señala como parte de los objetivos que pretende alcanzar: calidad de los datos, especificación del propósito o finalidad, de limitación de uso, de seguridad de los datos, de acceso y oposición de su titular, y de transparencia.

En ese mismo marco, la implementación de los principios contemplados en los instrumentos de la OCDE<sup>2</sup> no se debe agotar en la mera transcripción de los mismos como principios generales orientadores, sino que también es necesario implementarlos en los mecanismos de exigibilidad de la Ley.

Pese a que desde la óptica de los derechos fundamentales la Ley N°19.628 se ha mostrado extremadamente deficiente y que Chile tiene desafíos nacionales e internacionales respecto a la protección de datos personales, el enfoque que han tenido sus propuestas de modificación tampoco han sido del todo alentadoras.

Los intentos de reforma a la ley se han estrellado con la poca sistematicidad que ha mostrado el legislador. A la fecha, las iniciativas legislativas presentadas al respecto demuestran que el concepto de protección de datos personales tiende a considerarse de manera sectorial o dispersa, redundando en la propuesta de creación de leyes que constituyen meros arreglos temporales o parches a problemas que, si bien son reales, muchas veces no se originan en el hecho o vacío legislativo que los legisladores tratan de subsanar.

Así, distintos proyectos de Ley han intentado abordar de manera fragmentada y con mayor o menor éxito problemas como los correos electrónicos no deseados o SPAM<sup>3</sup>, el monopolio legal que hoy existe respecto a la información comercial<sup>4</sup>, la ampliación de

---

<sup>2</sup> OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. [http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en\\_2649\\_34255\\_15589524\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_34255_15589524_1_1_1_1,00.html).

<sup>3</sup> Boletines 3796-07, año 2005 y 6196-07, año 2008.

<sup>4</sup> Boletín 6952-07, año 2010.

mecanismos de protección de datos personales<sup>5</sup>, una garantía constitucional de autodeterminación informativa<sup>6</sup>, una reforma fallida a la Ley de Protección de la Vida Privada<sup>7</sup>, el uso de medios tecnológicos en el trabajo<sup>8</sup>, la creación de registros de datos de ofensores sexuales<sup>9</sup>, la creación de registros de usuarios de cibercafés<sup>10</sup>, el establecimiento de una ley que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales<sup>11</sup>, la facultad de los usuarios de Internet de exigir a portales y redes sociales que eliminen sus datos personales<sup>12</sup>, entre otras iniciativas.

Esta enunciación de iniciativas legislativas, permite apreciar que en ellas se identifica separadamente el tratamiento de información comercial, de la protección de datos personales no comerciales, de la creación de registros de datos, en el entendido además que el mayor interés y resonancia pública se encontraría en las leyes que regulan la información comercial.

Esta concepción difusa impide concebir un modelo de defensa integral de la privacidad y datos personales. Uno de los ejemplos de lo anterior es una ley publicada durante el año 2012, establece el principio de finalidad en materia de datos personales comerciales<sup>13</sup>, en circunstancias que el derecho de información que ella establece podía haber sido perfectamente implementado como una obligación a todos los responsables de tratamiento de datos personales, incorporándose a la Ley N° 19.628

Un enfoque demasiado fraccionado en esta materia debilita el sistema de protección de datos personales, dado que regula algunos casos de forma casuística y sin integrarlos a un sistema de protección general, discriminando además sin justificación entre el tratamiento de determinados datos frente a otros.

Además de lo anterior, este enfoque se desentiende de un problema real y urgente respecto a la legislación de datos personales: la falta de autoridades públicas con atribuciones sustantivas en materia de control de datos.

---

<sup>5</sup> Boletín 4.466-03, año 2006.

<sup>6</sup> Boletín 6495-07, año 2009.

<sup>7</sup> Boletín 6120-07, año 2008.

<sup>8</sup> Boletín 5662-13, año 2008.

<sup>9</sup> Boletín 7178-07, año 2007.

<sup>10</sup> Actual Ley N° 20.526. Cabe señalar que el registro que incorporaba esa Ley fue rechazado por el Tribunal Constitucional por constituir una infracción al Derecho Fundamental de Protección de la vida privada.

<sup>11</sup> Actual Ley 20.575.

<sup>12</sup> Boletín 8208-07, año 2012.

<sup>13</sup> Ley que obliga a que los bancos de datos informen gratuita y periódicamente a los titulares de los mismos sobre la información que almacenan, y establece la obligación de declarar la finalidad con la cual se accede a los datos personales.

En Chile, la apuesta ha sido tener acciones judiciales sumarias que permitan obtener la defensa de los derechos de las personas ante Tribunales de Justicia. Sin embargo, como lo muestra la práctica de la aplicación de la Ley N°19.628, los Tribunales ordinarios no presentan el mejor ambiente para la atención y solución de problemas de esta clase, más aún cuando su estructura y funcionamiento no está adecuado a ello. Con suerte, se ha podido obtener una aplicación indirecta de esta Ley mediante la interposición de acciones de protección constitucional relacionando la Ley N°19.628 con la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°4 de nuestra Constitución Política de la República.

### III. ASPECTOS POSITIVOS DEL PROYECTO

---

El proyecto tiene puntos positivos que, a priori, son dignos de destacar, como los siguientes:

- a) **Objeto de la Ley:** determina adecuadamente el objeto de la ley, en el artículo 1.
- b) **Principios OCDE:** consagra de forma expresa los principios alentados por la OCDE, en cuanto al tratamiento de datos personales, en su artículo 3.
- c) **Mejoras en consentimiento:** presenta algunos avances relativos a la información y el consentimiento que antecede al tratamiento de los datos personales, en el artículo 4.

Todos estos aspectos constituyen positivos avances que contribuyen a mejorar la protección que es previsible encontrar en la ley y de que hoy se carece.

### IV. ASPECTOS OBJETABLES DEL PROYECTO

---

Pese a las mejoras expresadas, persisten problemas en la ley que generan inquietud a esta organización:

- a) El concepto de **fuentes accesibles al público** (artículo 2 i), debe precisarse lo más posible para evitar el tratamiento indebido e indiscriminado de datos personales. A la fecha, uno de los mayores problemas de la Ley N°19.628 es justamente el alcance de este concepto y la excepción a su respecto.

El proyecto sostiene que estos datos son aquellos “*cuyo acceso o consulta pueda ser efectuada por cualquier persona de manera gratuita*”, generando incertidumbre al no especificar si lo anterior debe ser garantizado por una disposición normativa o si la simple circunstancia de resultar accesible hace legítimo el tratamiento de los datos sin el consentimiento de los titulares.

Lo anterior implicaría continuar sin atender al origen de los datos, y la sola posibilidad de acceder gratuitamente a ellos bastaría para procesar los mismos, lo que abre paso a múltiples situaciones irregulares, particularmente cuando se trata de datos que son accesibles desde plataformas electrónicas.

- b)** Por otra parte, algunas instituciones que este proyecto pretende establecer no tienen una base empírica en la que se justifique su pertinencia, e incluso pasa por alto importantes experiencias internacionales.

Esto ocurre con el sistema de listados de exclusión de contacto (también conocidos como “*Listas Robinson*”), que permitiría a una persona informar que no desea recibir información a través varios medios (artículo 4 c); en los Estados Unidos se conoce como el sistema “*don’t call me*”, que en el proceso de alcanzar un nivel de observancia adecuado ha requerido de una serie de revisiones, fiscalizaciones, participación ciudadana, leyes estatales y otras medidas que no parecen de fácil adopción en nuestro país.

Adicionalmente, este mecanismo fue pensado para hacer frente a la emergencia del denominado ‘telemarketing’ por lo que su efectividad frente a formas actuales de utilización de información personal pareciera estar también mediada por su idoneidad para el cambio tecnológico.

- c)** Se le otorga un insuficiente y errado tratamiento al tráfico transfronterizo de datos personales.

La Unión Europea tiene reglas claras acerca de cómo y a dónde transferir datos personales, basadas en el reconocimiento a países fuera de la Unión que presenten un “nivel adecuado de protección”.

Dicho reconocimiento supone, entre otras cosas, oportunidades de negocio para empresas de países que, fuera de la Unión, cumplen con dichos estándares y por tanto pueden tratar datos personales de manera transfronteriza. Hoy, estas oportunidades de negocio son aprovechadas por Argentina y Uruguay, que disponen de dicho reconocimiento como países que brindan una protección adecuada. En los dos últimos años, diversos países de la región han modificado su legislación para lograr dicha adecuación: México y Colombia (2010), Perú y Costa Rica (2011).

La legislación chilena en materia de datos personales no entrega un nivel de protección adecuado ni es susceptible de ser declarada apta por la Unión Europea, al no contar con los niveles mínimos de protección demandados. De continuar en esta situación, Chile limita la competitividad de empresas locales respecto de sus pares en la región que sí cuentan con estándares adecuados.

El proyecto en comento no acusa recibo de este problema, remitiéndose a alentar la suscripción de contratos entre quienes tratan datos en Chile y en el extranjero (art. 5 A), asumiendo -erradamente- que nuestro país contará con estándares superiores de protección y estableciendo excepciones que desvirtúan el carácter vinculante de estas normas.

Estos mecanismos, además de dejar desprotegidos a los titulares de datos personales, resulta oneroso y complejo para quienes lo adopten, quedando en la práctica sólo disponible para empresas internacionales, dejando fuera a los innovadores y empresarios locales, quienes no tendrán solución a sus problemas en esta ley.

Para empeorar las cosas, una solución meramente contractual ha sido ya intentada en otros países, concretamente en Estados Unidos, con limitados, cuestionables e irreplicables resultados<sup>14</sup>. Ningún país logra adecuación internacional para prestar servicios globales sobre la base de contratos entre quienes tratan datos personales. La adecuación se logra sólo con un apropiado arreglo institucional, del cual el proyecto, desafortunadamente, carece.

- d)** Por otra parte, un nivel adecuado de protección a los datos personales supone el cumplimiento de dos requisitos esenciales: el reconocimiento de derechos a los titulares y obligaciones a los responsables de tratamiento; y la existencia de mecanismos que garanticen la observancia de la ley (*enforcement*).

El proyecto introduce mejoras en los derechos y obligaciones previstas por la actual normativa, aún cuando perfectible, según lo ya dicho. En cambio, el mecanismo de *enforcement* sigue siendo sumamente precario, no pudiendo garantizar un cumplimiento efectivo de la misma.

Actualmente el rol de fiscalización en la Ley lo tiene el Consejo para la Transparencia, pero solamente respecto del sector público, y hoy la ley carece de mecanismos que garanticen su observancia en el sector privado, existiendo solamente la acción judicial conocida como *habeas data*.

El proyecto de ley en análisis, lamentablemente, insiste en el mismo error de privatizar los mecanismos de *enforcement* en casos de tratamiento de datos personales fuera del sector público, instaurando tres mecanismos diversos para garantizar la observancia de la ley en el

---

<sup>14</sup> Nos referimos en particular al acuerdo adoptado entre los Estados Unidos y la Unión Europea conocido como “safe harbor”. Más información sobre el particular en <http://www.worldlii.org/int/journals/EPICPrivHR/2006/PHR2006-Transbor.html>

sector privado: acción judicial, reclamación ante el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), y mecanismos de autorregulación.

El control judicial de esta Ley, pese a las mejoras incorporadas, sigue siendo insuficiente al descansar exclusivamente en la iniciativa privada de los afectados y carecer de efectividad desde el punto de vista de los costos asociados y beneficios esperados. En cuanto al rol del SERNAC en el proyecto, éste no tiene facultades fiscalizadoras y mucho menos sancionadoras en caso de infracción a la Ley, pudiendo intervenir sólo como mediador, con lo cual se torna imposible equiparar a esta institución con otras autoridades de protección de datos como la Federal Trade Commission en Estados Unidos.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

---

Considerando los antecedentes expuestos, podemos concluir que el proyecto de Ley no cumple ninguno de los objetivos que se propone, por las razones que señalamos a continuación:

- a. Objetivo: **Permitir a los ciudadanos proteger sus datos personales y controlar su flujo.** este objetivo no se cumple puesto que la mayor protección de datos personales solamente se remite al otorgamiento de nuevos derechos, los cuales quedarían bajo un régimen de control y supervisión privado y judicializado, lo que mantiene el *status quo* en materia de *enforcement* de esta Ley, con una casi nula utilización de las acciones contempladas en la misma y una sensación generalizada en tanto en la comunidad jurídica como la población en general, de desprotección en materia de protección de datos personales.
- b. Objetivo: **Facilitar a las empresas nacionales y extranjeras desarrollar actividades que involucren el flujo de tales datos.** este objetivo no se cumple por la sola implementación de artículos que regulen este tráfico de datos, sino que mediante el cumplimiento de estándares de protección que garanticen a todos los actores económicos del país el acceso a transferir y tratar datos personales de otros países.

En ese sentido, el proyecto de Ley analizado solamente se centra en regular la transferencia de datos a países con un marco normativo menos exigente que el chileno, pero en ningún caso cumple el desafío de facilitar la transferencia y tratamiento de datos con países de estándares más exigente, debido a que ello implica asumir compromisos concretos de supervisión y cumplimiento de la Ley que no aparecen en este proyecto.

En suma, no basta con *regular* el flujo transfronterizo de datos, sino que también debe evaluarse la aptitud con que cuenta el sistema chileno para ser

aptos de recibir y tratar información personal desde ciertos países, más allá de la implementación de onerosos mecanismos contractuales.

En suma, el presente proyecto de ley discusión insiste en errores existentes en la Ley actual, donde el más importante sigue siendo la instauración de mecanismos de *enforcement* insuficientes para garantizar el cumplimiento de las garantías que establece la ley. Si no se le realizan mejoras pronto, sus propósitos de mejorar la protección de los datos personales no se cumplirán.

En el ámbito de las propuestas, estimamos que el nivel de precariedad del proyecto de ley analizado hace muy difícil formular propuestas específicas de mejora o indicaciones, sino que se requiere un diseño institucional y de observancia que asuma el desafío de mejorar los estándares nacionales en materia de protección de datos personales.

En relación con el entorno digital, la adopción de una ley con mejores estándares no necesariamente obsta a la innovación y el emprendimiento. Por una parte, una ley que otorgue un nivel de protección adecuado significaría contar con nuevas oportunidades acceso a mercados; mientras que por la otra, sólo en base a un sistema de observancia adecuado y efectivo será posible evaluar y discutir ciertas definiciones y excepciones que permitan la labor de ciertos actores económicos relevantes tales como los intermediarios tecnológicos y, más importante, favorezcan el ejercicio de otros derechos fundamentales tales como la libertad de expresión o el acceso a la información y el conocimiento.