

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

ACTUALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN AMÉRICA LATINA. EL CASO DE CHILE

Renato Jijena Leiva²³⁹

SUMARIO: I. Normativa vigente. Luces y Sombras. II. Proyectos de ley modificatorios y de constitucionalización del Habeas Data. III. Jurisprudencia judicial que demuestra la confusión acerca de la naturaleza y alcances del habeas data o derecho de acceso de la ley 19.628 con el acceso a los actos, contratos y documentos en sede de la ley 20.285.

I. Normativa vigente. Luces y Sombras

1. Ley 19.628, sobre tratamiento de datos personales y protección de la vida privada.

1.1 Contenido y estructura.

"En agosto de 1999 se aprobó la Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, transformándose Chile en el primer país de América Latina en contar con legislación respecto al tema. Esta ley fue modificada el año 2002 por la Ley N° 19.812 en materia de datos personales comerciales y económicos, estableciendo límites a las empresas tratadoras de esta información para comunicar datos de deudores de casas comerciales o del sistema financiero con el objeto de facilitar la reinserción laboral".

Se afirma por muchos que *"la intención del legislador con ambas leyes, fue otorgar una real garantía de protección a los ciudadanos, pero en la práctica esta legislación ha sido insuficiente pues sólo se ha regulado el tratamiento de datos y no el derecho de titulares a controlar los mismo"*, que es, por cierto la premisa que se recoge en los fundamentos de uno de los proyectos de ley que a esta fecha buscan modificar la ley 19.628.

La ley 19.628 consta de un Título Preliminar sobre Disposiciones Generales (artículos 1º, 2º y 3º); de un Título I sobre la Utilización de Datos Personales (artículos 4º al 11º); de un Título II sobre Derechos de los Titulares de Datos (artículos 12º a 16º); de un Título III acerca de la Utilización de Datos Personales relativos a Obligaciones de Carácter Económico, Financiero, Bancario o Comercial (artículos 17º a 19º); *de un Título IV sobre Tratamiento de Datos por Organismos Públicos (artículos 20º, 21º y 22º)*; de un Título V acerca de la Responsabilidad por las Infracciones a esta Ley (artículo 23º); de un Título Final que modifica el Código Sanitario (artículo 24º); y de tres disposiciones transitorias.

²³⁹ Profesor de Derecho Informático PUCV; Magister (c) Egob UTEM; Postgraduado en Derecho Informático por la Universidad de Zaragoza (España, 1990); Asesor Legal de la Subdirección de Informática del Servicio de Impuestos Internos de Chile. www.jijena.com

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

En esencia, existen "*datos personales*" o nominativos que le pertenecen a sus titulares y que son "*tratados*" manual o automatizadamente, tanto por órganos públicos como por empresas o personas particulares, a quienes la ley califica como "*responsables del registro o banco de datos*".

La regla general formalmente declarada por el texto legal es que dicho "*tratamiento de datos personales*" sólo puede hacerse en virtud de autorización legal o del titular de los datos, pero del contexto de las normas se desprende que la mayoría de los datos provienen de "*fuentes de acceso público*" (por lo cual no se requiere de autorización para su tratamiento) y se consagran importantes y amplias excepciones sobre todo en materia de datos "*personales-patrimoniales*", lo cual transforma a la regla general en una mera declaración de principios.

El mecanismo de resguardo recogido parcialmente del Derecho Comparado se denomina *Derecho de Acceso o Habeas Data*, y éste, después de ejercerse ante quien aparezca como responsable sólo puede reclamarse ante los tribunales ordinarios de justicia.

El artículo 1º establece que se sujetará a las disposiciones de esta ley el *tratamiento de los datos de carácter personal*, definidos por el artículo 2º como los relativos a cualquier información concerniente a *personas naturales identificadas o identificables*, contenidos en registros o bancos de datos y procesados tanto por organismos públicos como por entidades particulares.

La ley chilena sobre protección de datos personales, N°19.628 del año 1999, fue redactada con la asesoría directa de grupos, gremios y empresas interesadas en asegurar el negocio que constituye el procesamiento de datos personales, lo que se sumó al desconocimiento de los parlamentarios que la impulsaron. Estas afirmaciones resultan evidentes del análisis comparado con las dos normas en que los parlamentarios dijeron haberse fundado, la ley francesa de 1978 y la española de 1992, con las cuales existen diferencias radicales, de forma y de fondo.

Las causas de la falta de real aplicación de la ley en Chile se deben a sus graves errores de fondo y de estructura, que desde 1999 han impedido su vigencia efectiva. A la ley chilena le faltan aspectos orgánicos esenciales, como la existencia de un registro de bases de datos particulares, de un ente fiscalizador, de un procedimiento de reclamo administrativo y de sanciones eficaces. La norma ha transformado al hábeas data en una mera declaración de intenciones, ya que por la vía de las excepciones y por establecer como regla general una enorme libertad en materia de procesamiento de datos personales, se permite su "*tratamiento*" sin autorización de los titulares.

A lo anterior, se agrega que el derecho de acceso se sometió a la competencia de los tribunales y no de un ente administrativo eficaz y especializado (cuando en contrario, incluso se había propuesto una Superintendencia de Bases de datos); y porque "para no encarecer los costos del negocio", dicen las Actas, se eliminó la obligación de que se informara una vez al año a los titulares de los datos sobre su procesamiento, con lo cual

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

se permitió el anonimato que hoy cubre el tráfico indiscriminado de información nominativa.

Aunque el tema de los "datos personales o nominativos procesados computacionalmente" va mucho más allá que el problema de los protestos, de la morosidad comercial y de los archivos históricos almacenados en bancos de datos por cierto lapso de tiempo, esta es la principal connotación que se le ha dado en Chile a la Ley 19.628.

De verdad que no es grato caminar por el mundo jurídico criticando o "denunciando" errores de las normas positivas. Pero ahora nuevamente hay que hacerlo, con la tranquilidad de haber "anunciado" previamente, publicando un libro sobre el tema en 1992 y habiendo hecho llegar sendos informes durante la tramitación de los proyectos e indicaciones que dieron origen a la ley 19.628 de Agosto de 1999, tanto a la Cámara de Diputados como al Senado de la República.

Creo también necesario que el análisis normativo en materia de protección de la *privacy* debe ir mucho más allá de lo meramente "técnico-jurídico", esto es, que porque sin duda estamos en el mundo o en el ámbito de la necesaria defensa de quizás la garantía más importante de las personas en las nuevas sociedades de la información, deben consignarse en los trabajos de investigación consideraciones "meta jurídicas" o darse a conocer los alcances de fondo o las razones de hecho que explican el porque de la promulgación de tal o cual norma positiva. Dicho directamente y a manera de ejemplo: ...la ley chilena sobre protección de datos personales fue redactada a instancias de la asesoría de los grupos y empresas interesadas en asegurar el lucrativo negocio que constituye el procesamiento de datos personales²⁴⁰, lo que se sumo a la ignorancia inexcusable de los parlamentarios que día a día siguen jactándose de su autoría con fines de marketing.

Estas duras afirmaciones resultan evidentes de un breve análisis comparado con las dos normas e que los parlamentarios dicen haberse fundado, a saber, la ley francesa de 1978 y la española de 1992. A la ley chilena le faltan aspectos orgánicos esenciales como la existencia de un registro de bases de datos particulares, de un ente fiscalizador, de un procedimiento de reclamo idóneo y de sanciones eficaces. Y a la ley chilena la oscurecen errores dogmáticos incomprensibles, como el haber transformado al habeas data en una mera declaración de intenciones o principios generales, desnaturalizándolo por la vía de las excepciones y por el hecho de establecer como regla general una enorme libertad en materia de procesamiento de datos personales.

1.2 Sombras.

²⁴⁰ Nos referimos a la empresa Dicom S.A. (filial de la transnacional norteamericana Equifax), a la Asociación de Marketing Directo de Chile, a la Cámara de Comercio de Santiago y a la Cámara Nacional de Comercio de Chile.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

a) Omisión de las personas jurídicas como titulares de datos o sujetos de tratamiento automatizado. Nada dice la ley respecto a los datos "personales" de las personas jurídicas, las que también poseen atributos de su personalidad aunque su naturaleza jurídica emane de una ficción legal. Son sujetos de información cuyos antecedentes también son "tratados" computacionalmente, y por definición quedan al margen de la ley que expresamente sólo rige en relación a "titulares" personas naturales²⁴¹.

Ocurre que la información sobre las personas jurídicas es tan relevante como la de las personas naturales y también merece ser resguardada. Esta tutela jurídica por ende permanece en el ámbito de las reglas generales del derecho, por lo que cualquier persona jurídica respecto de la cual se abuse de sus antecedentes propios o bien éstos sean procesados en forma errada (datos obsoletos, caducos, inexactos), deberá recurrir a los procedimientos, acciones y recursos generales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Estimamos que si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto éstos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas e identificables. En la realidad actual del procesamiento de datos, no se explica como el legislador no consideró de manera alguna esta situación.

Contrariamente y demostrándose la comprensión del tema, el inciso segundo del artículo 1º de la ley argentina establece expresamente que las disposiciones serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.

b) Respecto a las bases de datos públicas o administradas por organismos públicos, la ley contempla un Título específico -el IV-, compuesto por los artículos Nº20, 21 y 22. El artículo 22 alude a la obligación de que sea el Servicio de Registro Civil el ente que llevará un Registro Público de Bancos de Datos, pero sólo en relación a entes estatales y excluyendo de la obligación de registro a las empresas particulares. Esta disposición es de difícil comprensión porque en sí no lleva envuelta el establecer una instancia o grado de fiscalización alguno, que es la razón de ser en las leyes de protección de datos de la existencia de órganos ad hoc. ¿Cuáles son las sanciones a aplicar al órgano público que no se registre?; ¿puede el Servicio de Registro Civil realizar algún control al efecto y con qué facultades, si en Derecho Público sólo puede hacerse aquello que esté expresamente permitido?.

Nunca se entendió la importancia de que la ley contemplara un órgano de fiscalización y la existencia de un registro ad hoc. Durante la tramitación parlamentaria

²⁴¹ Debe reconocerse que el punto no es unánime sino discutido en el Derecho Comparado, sobre todo para quienes consideran que existen otros mecanismos jurídicos para resguardar los atributos de las personas jurídicas, a saber, el derecho de sociedades, las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, las normas sobre libre competencia, etcétera, todas las cuales, empero, de manera alguna resguardan el eventual tratamiento abusivo que se haga por las empresas que prestan servicios de información.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

inicialmente no se abordó el tema bajo el débil argumento de "no querer ser burocráticos"; posteriormente se propuso que fuera la Contraloría General de la República; luego se estableció que sería un organismo público el encargado de llevar un registro de los bancos de datos tanto públicos como privados; la solución final elaborada en la Comisión Mixta para hacer el sistema aún menos restrictivo para las empresas dedicadas al procesamiento de información, es insuficiente, porque ni siquiera incluye la obligación de registro para empresas o personas privadas. Debe calificarse como "omisión grave" que respecto a las bases de datos administradas por entidades particulares se haya excluido toda obligación de que los responsables de las mismas estén anotados en algún registro.

c) "Fuentes accesibles al público". Una novedad de la ley chilena es la incorporación en términos amplísimos del concepto de "fuentes accesibles al público" en la letra i) del artículo 2º, las que legalmente han sido transformadas en la regla general. Se definen amplia y ambiguamente como "los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado (es decir permitido) a los solicitantes". La consecuencia práctica de esta norma es que al ser los datos legalmente públicos, cualquiera puede procesarlos y comercializarlos, validándose definitivamente el lucrativo negocio de la venta de datos personales.

La primera cuestión a dilucidar es determinar cuáles son los registros "de datos personales públicos o privados de acceso no restringido o reservado a los solicitantes", porque los que no detenten esta calidad, aquellos cuyo acceso sea permitido, constituirán fuentes accesibles al público. La Ley no hace una categorización. En Chile existen algunas fuentes de información que son de acceso restringido ya que existen leyes que previamente así lo han establecido al darle a los datos el carácter de reservados o confidenciales. Nos referimos a lo menos al secreto estadístico (IN), al secreto tributario, al secreto bancario o al secreto de la filiación política. Al existir tales normas, son de acceso restringido; si no existieran (que es la regla general) serían de acceso permitido o fuentes públicas.

d) Análisis del artículo 4º²⁴². Ubicada en el Título I sobre la utilización de datos personales, se trata de la norma más conflictiva y confusa, misma que, en nuestra opinión,

²⁴² **Artículo 4º.** *El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.*

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito.

La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

es clave para entender que estamos frente a una normativa que apuntó a proteger y legalizar el negocio del procesamiento de datos personales desde la perspectiva de las empresas del ramo, más que a resguardar los derechos de los titulares a quienes aluden o a quienes se refieren los datos personales o nominativos.

El artículo sienta un principio general en materia de procesamiento de datos personales, el que, atendidas las excepciones que luego consagra, no es sino una mera "declaración de principios". Señala que el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello. Fácil es concluir que se transformará en una amplia cláusula tipo, especialmente en los contratos de adhesión, aquello de que "por el presente instrumento se autoriza desde ya a.."²⁴³.

La norma consagra diversas excepciones en los incisos quinto y sexto, en relación a la autorización del titular requerida para el tratamiento de los datos. Establece que en determinados casos no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de "fuentes accesibles al público" (que ya sabemos son, por definición, la regla general).

e) A diferencia de lo que se establece en el artículo 12 de la ley argentina, la ley 19.628 no contiene normas idóneas relacionadas con lo que desde antiguo —si es que en materia de data protection act puede hablarse de "antiguo"— se llamó el "flujo de datos transfronteros" o la transferencia internacional de datos personales. Y en nuestra opinión la razón es una sola: ...las empresas chilenas que han sido adquiridas por empresas transnacionales como la norteamericana Equifax pueden operar libremente y sin restricción alguna desde servidores ubicados en el extranjero y mediante la red Internet, con la salvaguarda de que la norma chilena es territorial y no los puede alcanzar más allá del límite jurisdiccional de Chile²⁴⁴.

El artículo 5° establece que, tratándose de datos que sean de acceso restringido o reservado, el responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. Surge una pregunta: ¿quién calificará que el resguardo de los derechos es adecuado y que se adecua a los fines de quienes tienen acceso a la red?. La ley establece

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

²⁴³ Estas cláusulas no son ajenas al actual sistema financiero chileno. Así por ejemplo, en las Condiciones Generales de la solicitud de productos de una Financiera se señala que el solicitante faculta a la entidad "para proporcionar a sus empresas relacionadas todos los datos referidos a mi individualización que he facilitado en la presente solciitud de crédito, tales como nombre y apellidos, estado civil, domicilio, profesión u oficio, Carnet de Identidad Nacional, Rut, y si fuera requerido para ello, lo faculto para informar a sus empresas relacionadas acerca de los depósitos y captaciones que mantengo y las obligaciones que he contratado...".

²⁴⁴ Así por ejemplo, la prohibición de que existan bancos de datos históricos con antecedentes sobre morosidad comercial de más de 7 años puede vulnerarse fácilmente almacenando dicha información —para comercializarla y elaborar mejores perfiles— en un servidor de Internet ubicado en un país distinto a Chile.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

que no se aplicarán las limitantes de este artículo cuando se transmitan datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en tratados y convenios vigentes, ni cuando se trate de datos personales accesibles al público; es decir, y entendiéndose que éstos últimos son la regla general, en la práctica las restricciones no se aplicarán nunca.

f) Aspectos procesales. Se trata ahora de poner en práctica o hacer operar procesalmente el Derecho de Acceso consagrado en el artículo 12°. Ante la inexistencia de un órgano administrativo ad hoc, la acción civil que contempla la ley en favor del titular de los datos personales se ejercerá directamente ante los tribunales ordinarios de primera instancia, cumpliéndose un presupuesto esencial, esto es, haber accionado previamente ante el responsable para informarse, eliminar, cancelar o bloquear datos y que éste no haya respondido en el plazo de dos días.

2. Decreto Supremo 100 sobre tratamiento de datos personales en los sitios web de los Servicios Públicos.

En el marco de una norma técnica y reglamentaria, mínima y obligatoria o recomendada (son de ambas naturalezas las propuestas), para el desarrollo y la operatoria de los sitios WEB del Estado, esto es, el Decreto Supremo N°100 del 22 de Junio y publicado el 12 de Agosto del año 2006 por el Comité de Normas para el Documento Electrónico (a su turno, creado por el Reglamento de la ley 19.799) para dar cumplimiento al Instructivo Presidencial que en Mayo del 2001 dispuso que el Minsegres velara por los estándares de contenidos de las páginas WEB de los servicios públicos, se incluyó un artículo 9º que establece que todos los órganos de la administración del Estado deberán adoptar, mantener y declarar una política de privacidad en su respectivo sitio WEB. Ella deberá encontrarse accesible en el sitio WEB y contener una serie de menciones mínimas que se establecen.

Los cinco numerandos del *artículo 9º* -incluido en el Título II- aluden a la necesidad de que se contengan las siguientes menciones y/o declaraciones:

(i) a la individualización del servicio público tratante al que corresponde el sitio WEB;

(ii) a declaraciones claras y precisas sobre los fines del tratamiento realizado a los datos personales recopilados en el sitio WEB (que nunca podrán ser "*no legales*"), indicándose el nombre del banco de datos personales, el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, los tipos de datos almacenados y una descripción de la categoría de personas a que alude;

(iii) a las condiciones de confidencialidad y garantías existentes o adoptadas, y una referencia al hecho de que los datos sean transferidos a terceros;

(iv) a la declaración sobre los derechos de acceso o habeas data que poseen los ciudadanos en cuanto titulares -y propietarios- de los datos personales; y,

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

(v) a la indicación de una dirección electrónica de contacto para que el usuario solicite y obtenga en forma digital información sobre los datos personales que se mantienen registrados.

Luego de consagrarse la obligación general de que en los sitios WEB de los servicios públicos se adopte, mantenga y declare una política de privacidad, se señala que ella debe encontrarse accesible desde su primera página e incluir "*a lo menos*" -como piso mínimo- las referidas menciones.

3. Ley 20.285, sobre acceso y transparencia de la información administrativa del Estado, del 2008.

En *Agosto del año 2008* se promulgó en Chile la ley 20.285 sobre transparencia de la función pública y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado²⁴⁵, la que, junto con crear un nuevo órgano llamado "*Consejo para la Transparencia*", fue el resultado de una previa reforma constitucional.

La modificación previa a la Constitución Política de 1980 el año 2005²⁴⁶ contempló la incorporación de un nuevo artículo 8^o²⁴⁷, en cuya virtud y dentro del Capítulo acerca de las "*Bases de la Institucionalidad*", se estableció, en primer lugar, 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. En segundo lugar, se declaró perentoriamente que "*son públicos*" (i) *los actos y las resoluciones de los órganos del Estado*, (ii) *sus fundamentos* y (iii) *los procedimientos utilizados*, pudiendo establecerse por excepción y sólo mediante una ley de Quórum Calificado su reserva o secreto en consideración a cuatro determinadas y genéricas causales (lo que dejó sin respaldo legal a los múltiples Decretos de reserva y secreto dictados en años anteriores y lo que demuestra que el derecho de acceso no es absoluto).

Dentro de la causal "*los derechos de las personas*" caben los reconocidos por el artículo 19 N°4 de la Constitución y por la ley 19.628 en el ámbito del tratamiento de datos personales o nominativos, que formen parte de la esfera y de la vida privada o íntima de una persona y de su familia. Esencial, genérica y principalmente, el derecho de acceder a

²⁴⁵ Véase la URL <http://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/>

²⁴⁶ La modificación se hizo en la misma época en que, por su parte, la Contraloría General de la República ya había consignado la existencia de app. 100 resoluciones que establecían secreto o reserva de actos administrativos.

²⁴⁷ Por cierto, la importancia que le damos a la regulación constitucional no implica desconocer la relevancia de otros antecedentes previos como la Ley de Probidad Administrativa de 1999 que incorporó a la LGBAE el Principio de Transparencia, o los debates y recursos presentados contra el secreto o la reserva administrativa definida libremente vía Decretos, considerados aquellos desde siempre como la regla general, gracias al procedimiento administrativo de acceso a la información del Estado que también se creó en 1999 para el evento que un servicio público se negara a entregar una información que le fuera solicitada.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

ellos, de controlarlos y de autodeterminarlos al momento de su tratamiento o procesamiento -principal más no exclusivamente- electrónico, informático o telemático²⁴⁸.

¿Acceso para la transparencia" de la información administrativa versus "acceso para la autodeterminación" de la información nominativa?. (i) Una perspectiva -la de la ley 20.285-, apunta al objetivo de acceder a actos administrativos, contratos administrativos, documentos y resoluciones, para generar transparencia y publicidad ante el requerimiento de cualquier ciudadano y sin expresión de causa o motivo; (ii) la otra -la de la ley 19.628-, busca acceso para asegurar el control, la autodeterminación y la reserva de los datos o antecedentes nominativos de una persona determinada, legitimada activamente por estar en juego sus propios antecedentes personales, que le pertenecen y que lo identifican actualmente o lo hacen identificable a futuro.

La norma legal consta de siete Títulos. El Primero contiene disposiciones generales; el Segundo, alude a la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado; el Tercero a la denominada transparencia activa; el Título Cuarto, al derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado o a la transparencia pasiva; el Título Quinto, al Consejo "para la Transparencia"; el Sexto establece infracciones y sanciones; y el Séptimo, contiene diversas disposiciones transitorias²⁴⁹.

El artículo 33 letra m) lleva al Consejo a velar porque los servicios públicos cumplan con la ley 19.628 en materia de protección de datos personales²⁵⁰⁻²⁵¹, pero esta facultad se contempló o se agregó en forma paralela o al margen de la previa institucionalidad del

²⁴⁸ Por eso es dable sostener que la protección legal de tratamiento de datos personales es una limitante al ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa del artículo 10° de la ley 20.285, ya que ellos, los datos nominativos, por regla general son protegidos constitucional y legalmente con una esfera de secreto o reserva. En efecto, si el objetivo esencial de la ley de acceso y transparencia ha sido lo que se refiere como un "...abrir los espacios públicos al escrutinio ciudadano"; o, como consigna SOTO, si "la letra y el espíritu de la ley están contruidos para incentivar la apertura y la transparencia en el ejercicio de la función pública", esa apertura, esa mayor sensibilización con la necesidad de exigirse y generarse rendiciones de cuentas ante la gestión de los servicios públicos, debe reconocer -necesariamente- límites y restricciones en la protección de la privacidad y de los datos nominativos de los mismos ciudadanos.

²⁴⁹ La síntesis de sus contenidos está dada en el artículo 1°, según el cual la ley regula (i) *el principio de transparencia de la función pública*, (ii) *el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado*, (iii) *los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo*, y (iv) *las excepciones a la publicidad de la información o las causales de reserva o secreto*.

²⁵⁰ Y así por ejemplo, debiera instruir para que los servicios fueran ágiles al contestar los Habeas Data del artículo 12 antes de las 48 horas o de los dos días hábiles que establece el artículo 16 de la ley 19.628 y de que el ciudadano recurrente acudiera a los tribunales.

²⁵¹ Emulando quizás al Comisionado de Información Inglés (http://www.ico.gov.uk/about_us/other_languages/espanol.aspx), señala el artículo 33 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 por sobre los responsables de bases de datos de órganos públicos. Queda pendiente, en esta pasada, el tema de la regulación de los responsables de bases de datos privadas o particulares.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

acceso a la información de la gestión del Estado cuya probidad se busca controlar, y no se puede extender al punto de considerar que estemos -en virtud del sólo artículo 33 letra m)- frente a la nueva Autoridad o Agencia de Protección de Datos chilena y que el Consejo, por ende, tenga competencia procesal y administrativa para conocer de reclamos en que se invoque la no aplicación o respeto de la ley 19.628²⁵².

La protección de los datos personales-sensibles de los ciudadanos es una excepción a las normas de transparencia activa del artículo 7° de la ley 20.285. El Título III de la ley 20.285 se denomina *"De la Transparencia Activa"*, y el artículo 7° establece expresamente que los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°²⁵³, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios web electrónicos de la red Internet²⁵⁴, diversos antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes.

Se dispone que al transparentarse activamente *"...el diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución"*,consagra, como excepción legal y para proteger a los beneficiarios, una referencia expresa al artículo 2° de la ley 19.628 que se transcribe, al decir que *"no se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"*.

²⁵² La concreta posibilidad legal para que sólo su titular acceda a datos personales tratados por los servicios públicos y solicite conocerlos e incluso su eventual rectificación, modificación, cancelación, eliminación o bloqueo es la vía de la ley 19.628, y cualquier servicio público al que se recurra con este único objetivo invocándose el artículo 10° de la ley 20.285 y luego el Consejo conociendo del eventual amparo de acceso del artículo 24, debieran rechazar la solicitud por no tratarse de la vía jurídica idónea por medio de la cual recurrir. Más que ser complementarios ambos derechos de acceso, lo que jurídicamente ocurre es que el Habeas Data de la ley 19.628 prima por especialidad, y que el acceso de la ley 20.285 no es una acción amplia o *"universal"* que pueda sustituir o comprender a la anterior.

²⁵³ Señala: *"Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente"*.

²⁵⁴ No son muchas las definiciones legales de temas tecnológicos; en este caso, el número 6 del artículo 1° dispone que los sitios electrónicos *"también denominados sitios web"*, son dispositivos tecnológicos que permiten transmitir información por medio de computadores, líneas telefónicas o mediante el empleo de publicaciones digitales.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Luego de velar en el artículo 20 porque los terceros eventualmente afectados por una solicitud de acceso puedan hacer valer sus derechos, y al margen de que esta oposición de un tercero se haya verificado o no (es decir, aún cuando pueda entenderse legalmente que el tercero afectado accedió a la publicidad de la información), el artículo 21 establece -como herramienta para los órganos de la Administración- la tipificación de *"las únicas causales de secreto o reserva"* en cuya virtud se podrá denegar *"total o parcialmente"* el acceso a la información, que son las contenidas en los cinco números del artículo. Ergo, el derecho de acceso no es absoluto.

Señala el número 2 que es una causal de secreto o reserva, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento *afecte los derechos de las personas, "particularmente"* -a modo de ejemplos los cita la ley- tratándose de (i) su seguridad, de (ii) su salud, de (iii) *la esfera de su vida privada* o de (iv) sus derechos de carácter comercial o económico.

No es casualidad que la causal aluda a que se afecten los derechos de las personas, *"particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico"*. Esto ratifica la percepción de que la causal puede extenderse o ampliarse en su interpretación y aplicación -lo que potencialmente abre la posibilidad de restringirse el derecho al acceso de la ley 20.285-, porque pueden invocarse como presuntamente conculcados con la publicidad y por ende sujetos a reserva otros derechos o garantías relacionadas con la seguridad, la salud, la esfera de la vida privada o los derechos de carácter comercial o económico de una persona.

II. Proyectos de ley modificatorios y de constitucionalización del Habeas Data.

1. Para reformar la Constitución Política:

a) Para reformar la Constitución Política se ha presentado por un grupo de Diputados un Boletín N° 5883-07 de Junio del 2008, que incorpora en el 19 N°4 la garantía constitucional de la protección de datos personales y dispone la creación de una autoridad de control independiente para el cumplimiento y aplicación de la ley.

En parte dice: ***"...el derecho fundamental a la intimidad, como un concepto de carácter estático, debe ser dejado de lado, ya que protege aspectos que no se encuentran vinculados con el desarrollo tecnológico. Se impone entonces, una concepción más dinámica y abierta, que permita la relación armónica de las nuevas tecnologías -absolutamente necesarias para el actual desarrollo humano- lo que implica el reconocimiento no solo de un derecho, sino que de nuevos instrumentos de protección, por lo que se hace indispensable su incorporación en sede constitucional"***.

En concreto, propone: *"Modificase el artículo 19 N° 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*

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

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."

b) En Abril del año 2009, esta idea de que al recurso de amparo y al recurso de protección se agregue una nueva acción de rango constitucional incorporada por el Constituyente al ordenamiento jurídico chileno, para velar por el respeto de la garantía fundamental de la privacidad, ha sido compartida por el Senador Jorge Pizarro. Concretamente, el Boletín 6495-07 propone que en el artículo 19 N°4 se diga que toda persona tiene derecho a controlar la información que le concierne, de modo de obtener un adecuado resguardo a sus derechos fundamentales, y que en el ejercicio de su derecho podrá conocer sus datos personales y los que le afecten personalmente o a su familia, y obtener su rectificación, complementación y su cancelación, si estos fueren erróneos o afectaren sus derechos constitucionales, de acuerdo con las regulaciones establecidas por la ley.

c) En Julio del 2009 y mediante el Boletín 6594²⁵⁵, se presentó un proyecto de reforma constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Muñoz Aburto, Escalona y Gazmuri, con la que inician un proyecto de reforma constitucional que crea una Agencia de Protección de Datos Personales, y que en un único artículo dice: *Incorpórese, en el artículo 19°, numeral 4° de la Constitución Política de la República, a continuación de la expresión "familia" un punto seguido y la oración "Habrá una Agencia, autónoma y con personalidad jurídica, encargada de velar por la adecuada de los datos de carácter personal, resguardar la aplicación de las leyes y los derechos de los ciudadanos en la materia y los responsables de los registros privados o públicos".*

2. Para modificar la ley 19.628:

a) El Boletín N° 6120-07 de Octubre del año 2008, que modifica la ley 19.628, ha sido uno de los más importantes relacionados con las modificaciones a la norma legal, e implicó un cambio radical o un viraje de 180° en comparación a la institucionalidad jurídica existente²⁵⁶. Hubo un cambio notable de escenario o de perspectiva, porque desde lo que era una normativa dictada para legalizar, validar o blindar jurídicamente el negocio de las empresas responsables de bases de datos, se migró o se pasó a centrarse en la real protección de los derechos de los titulares de datos personales o nominativos, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas o empresas -mismas que, sin justificación válida, habían sido preteridas como titulares de derechos en la ley 19.628 del año 1999-.

²⁵⁵

Véase

la

URL

http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20090710/pags/20090710164630.html

²⁵⁶ Véase la URL <http://www.habeasdata.org.cl/2008/10/19/chile-bienvenidos-los-nuevos-aires-los-nuevos-nortes-y-los-tiempos-de-cambios-parte-primera/>.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Embarcado el Gobierno el año 2008 en un proceso de incorporación a una entidad comercial e internacional como la OECD, quedó en evidencia que las deficiencias de la legislación nacional estaban siendo e iban a seguir siendo una barrera de entrada - solucionada en la práctica con verdaderos "parches" jurídicos²⁵⁷ - para la incorporación de Chile a la entidad, y a consecuencia de esta traba, no tuvieron otra opción que la de presentarse ante los evaluadores europeos promoviendo e impulsando los cambios en materia de Políticas Públicas y las normas chilenas relacionadas, y comprometiendo formalmente ante el ente internacional la posterior aprobación en el Parlamento de las modificaciones legales necesarias para la estandarización o adecuación normativa a las directrices y Políticas del órgano europeo.

Desde que fue aprobada en 1999 la ley 19.628 habían transcurrido varios años, que demostraron cabalmente y sin lugar a dudas que la norma era insuficiente y que no se ajustaba a los estándares internacionales; ella puso énfasis en el derecho a tratar datos de carácter personal para las empresas y entidades gremiales y no reconoció, como primer derecho, el de los titulares de datos personales a controlar los mismos, de la mano de la falta de anonimato que posibilita un registro y del apoyo administrativo de un órgano ad hoc.

El proyecto contenido en el Boletín 6120 busca, esencialmente y adecuándose a los estándares de la Unión Europea y de la OECD, lo siguiente: (i) subsanar la inexistencia de un registro de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador autónomo o Autoridad de Control, *asignando competencia al Consejo de Transparencia, un error*²⁵⁸ *compartido por la nueva ley mexicana de protección de datos personales que a la IFAI en el órgano de control y protección de datos;* (ii) mejorar los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales y, conferir las competencias y herramientas necesarias a una autoridad autónoma para velar por el adecuado cumplimiento de las normas sobre protección de datos; (iii) establecer como regla general que la información no sea pública y que requiera de la autorización de sus titulares para procesarse; (iv) prohibir la transferencia internacional de datos personales a terceros países que no tuvieran un adecuado sistema de protección; (v) aumentar las condiciones de seguridad de sistemas en el tratamiento de datos; (vi) establecer infracciones y sanciones; y, (vii) otorgar protección a las personas jurídicas.

²⁵⁷ En efecto, y a modo de ejemplo: "...al ser considerado actualmente Chile como un país con un nivel no adecuado de protección en materia de datos personales, ha debido someterse al mecanismo de las cláusulas tipo en los respectivos contratos que se suscriben con empresas españolas, con el fin de alcanzar las autorizaciones que correspondan por la Agencia Española de Protección de Datos cuando se pretenden realizar transferencias internacionales de los mismos (servicios globales). Es este el obligado camino que nuestro país deberá seguir mientras no se estatuya una legislación que le permita solicitar a la Comisión Europea la declaración de adecuación de la protección". Citado de la URL http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html

²⁵⁸ Señalamos en una columna de opinión que esta opción implicaría "desnaturalizar" al referido Consejo; véase la URL http://www.latercera.com/contenido/895_146299_9.shtml; insistimos sobre el mismo punto en la URL <http://www.habeasdataorg.cl/2010/06/27/transparencia-y-no-datos-personales/>.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Citados a exponer a la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados con ocasión de la tramitación del Boletín 6120 en curso, modificadorio de la ley 19.628, planteamos la necesidad de una distinción esencial²⁵⁹. A saber: *que el derecho de acceso que todos los ciudadanos poseen reconocido constitucional y legalmente para conocer los actos, contratos y documentos de los órganos de la Administración del Estado* (y que es el expertise principal del Consejo de Transparencia a esta fecha), *es radicalmente distinto al derecho de acceso o Habeas Data que posee desde 1999 toda persona para controlar y autodeterminar el uso y el eventual abuso únicamente de sus datos y antecedentes personales y nominativos, al tenor de las disposiciones de la ley 19.628*²⁶⁰.

Hicimos presente que lo que estaba en juego en el 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 falta de idoneidad el año 1999 por la ley 19.628, lo que por cierto, se hace mucho más patente en el sector privado que en el sector público²⁶¹.

Hoy, al presentarse propuestas de modificaciones legales tan radicales, es de esperar que se reflexione acerca de la negligencia y falta de acuciosidad del legislador originario de la ley 19.628, y de cómo en aquel entonces (1999) no existía la convicción de estar velándose por proteger la privacidad de los chilenos, porque de haberla habido, la norma local no habría sido tan poco idónea, no habría carecido de los elementos esenciales de toda ley de protección de datos personales, ni habría estado tan alejada de las normas extranjeras en que se dijo se fundamentó el estudio previo²⁶².

De aprobarse el proyecto el nuevo rol primordial del Consejo de Transparencia jugará en el conocimiento del "Derecho de Acceso" o "Habeas Data" del artículo 12 de la

²⁵⁹ El contenido de la exposición puede verse en la URL <http://www.derecho.ucv.cl/jijenacam.pdf>

²⁶⁰ 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 N°4 de la Constitución debe evitarse el libre flujo de datos personales que no sean públicos o provenientes de fuentes públicas, y cuyo tratamiento no esté autorizado o por el propio titular o por la ley en forma supletoria de su voluntad.

²⁶¹ Esta idea no es casualidad y no obedeció a una Política Pública previamente debatida y consensuada en Chile. Esta idea fue impulsada por una urgencia derivada de la incorporación de Chile a la OECD, por la misma persona que antes de 1999 al promulgarse la ley 19.628 era parlamentario y proponía el despropósito de que la Autoridad Chilena de Protección de Datos fuera "la Contraloría General de la República", y hoy es Ministro de Estado. Él por la prensa había declarado que la nula aplicación de la ley 19.628 desde su entrada en vigencia derivaba de la falta de conocimiento de la gente, cuando ha sido por sus errores de fondo (que liberalizan y no permiten fiscalizar el procesamiento clandestino) y porque ella carecía de la institucionalidad y de las normas necesarias para su empoderamiento social. Este mismo Ministro, declaraba en 1999 en una conferencia en el Ex Hotel Carrera, con dolorosa ligereza, que Chile había alcanzado los mismos estándares que los países europeos de cara a la protección de datos personales, cuando no costaba mucho tan solo "mirar" a normas como la de Francia de 1978, la española de 1992 o la Convención Europea de 1995 para darse cuenta de todo lo contrario.

²⁶² Ocurre que los estándares de la tan mencionada OECD no son de modo alguno novedosos, sino que arrancan desde normas locales de fines de los 70 y de Directivas Europeas de la Década de los 80.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

ley 19.628, esto es, en el ejercicio por cada uno de los titulares de sus propios datos y antecedentes nominativos del mecanismo legal que existe para materializar el control y la fiscalización de los eventuales abusos que se comentan, ya no sólo por los Órganos del Estado sino además en el sector privado.

En efecto, será el momento de fiscalizar, establecer medidas de seguridad, aplicar multas ante infracciones en el mercado y en los sistemas de, por ejemplo, bancos, AFP, Isapre, Colegios Profesionales, multitiendas comerciales, compañías de seguro, líneas aéreas y empresas de marketing, entre muchos otros. Si bien es clave en las modificaciones a la ley 19.628 de protección de datos nominativos la existencia de una Autoridad de Control, que aplique sanciones administrativas y que administre un registro obligatorio de responsables de bases y bancos de datos, es radicalmente cuestionable que esa tarea la asuma un servicio creado y formado con otros fines también, radicalmente, distintos.

(i) Hoy en Chile se conoce del mal uso de datos personales entre Isapre y farmacias, tema que no es nuevo pero es bastante menos grave que casos anteriores en que los datos sensibles de salud eran adquiridos por empresas funerarias; (ii) hoy se cuestiona, con mucha razón y fundamento, que se publiquen datos de morosidad patrimonial de las empresas de servicios básicos bajo el resquicio legal de que lo publicado no es el dato "deuda" sino el documento "pagaré" que da cuenta de ella; (iii) hoy operan en el país empresas transnacionales que elaboran perfiles privados únicamente con fines de lucro y sin ninguna fiscalización; (iv) hoy se hace necesario regular el tráfico indiscriminado en el mercado negro de bases de datos; y, (v) hoy se pretende con otro proyecto de ley consolidar información personal patrimonial negativa y positiva, en el que expresamente se alude a la competencia fiscalizadora del Consejo. No obstante este "Estado del Arte", resulta cuestionable que so pretexto de "echar mano" a un servicio ya creado se llegue a resultados que en Europa son aislados y han probado su negligencia de cara al resguardo de la privacidad, ya que la especialización que requiere la protección de la privacidad tanto en el sector público como en el privado no es la misma, de modo alguno, que la del expertice que en el marco de la ley 20.285 adquirirá el Consejo de Transparencia²⁶³.

b) *"Los Boletines 5309-03, 5356-07, 6298-05 y la indicación sustitutiva del Ejecutivo que refunde y reemplaza los tres proyectos. En resumen se derogan las disposiciones relativas a los datos comerciales y económicos de la ley 19.628. Con esto se establece*

²⁶³ De un conflicto que se presenta en el Estado, que se relaciona con faltas de probidad o negocios y actuaciones ilegales y que se resuelve permitiendo que cualquier ciudadano acceda a toda la información sobre actos, contratos, documentos y resoluciones de los servicios públicos, la idea de legislar que cuestionamos (y que por cierto deberá aprobarse con quórum de Ley Orgánica Constitucional) traslada la nueva Institucionalidad "Pro Acceso" al mundo de la necesaria protección de los datos privados o íntimos de las personas naturales y jurídicas -donde el resguardo legal es más necesario en el ámbito del negocio y/o tráfico que existe en el sector privado- y que se resuelve permitiendo que una persona, únicamente respecto de sus propios antecedentes, pueda accionar mediante el mecanismo del "Habeas Data" para controlar y autodeterminar el uso y evitar el abuso que de ellos se haga en las sociedades de la información.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

una legislación especial en la materia que entre varias cosas, incorpora la deuda positiva (esto es la deuda al día) en los actuales informes financieros de las personas, pues se fundamenta que un sistema de información comercial basado en la noción del incumplimiento, resulta perjudicial para el acceso al crédito. Por otra parte se establece el acceso gratuito y al menos una vez año a los datos que manejan los bancos de datos comerciales, sobre su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento, organismos a los se transmiten los datos, etc. Por último, y relacionado con lo anterior, se elimina el actual Boletín Comercial creando un sistema consolidado de deudas".

c) Un par de noticias en la prensa han dado cuenta, como una novedad inédita en la política chilena, de la elaboración de un nuevo Anteproyecto de ley para proteger los datos personales o nominativos, privados y sensibles de las personas naturales y jurídicas. Lo han hecho los cinco miembros dice la nota de prensa- de la Comisión de Economía del Senado de la República. La Comisión de Economía del Senado entendió que, junto a la necesaria regulación de un mercado desregulado que permite el tráfico anónimo de listas, bases y bancos de datos personales con fines de lucro, era esencial entender la perspectiva de proteger una garantía fundamental como la privacidad, en Chile vulnerada cotidianamente.

Durante tres meses de jornadas, en el análisis y estudio de casos reales de abusos, del contenido de normas extranjeras (Francia, España y Argentina especialmente) y del articulado específico de las leyes vigentes en Chile a esta fecha, todo en pos de la formulación de una Política Pública y de un nuevo marco general normativo para la protección de todo tipo de datos personales en su conjunto, que se estableció en 1999 al promulgarse la ley 19.628.

Como profesor de la Escuela de Derecho de la PUCV inicialmente y como asesor de la Comisión de Economía posteriormente, colaboramos para (i) sistematizar cuáles deberían ser los contenidos al proponer un anteproyecto acerca de la regulación de todo el "Sistema Chileno de Tratamiento de datos Personales" y sus subsistemas específicos; (ii) hacer un levantamiento o catastro de las principales normas vigentes y propuestas como Mociones parlamentarias o Mensajes del Ejecutivo; y (iii) redactar un concreto anteproyecto de ley global que, con el Norte de establecer una Política Pública clara y centrada en la tutela de la privacidad de los chilenos y en el fortalecimiento de sus derechos como titulares y propietarios de los datos, la Comisión de Economía propondrá en forma transversal.

Los cuatro principios asumidos como esenciales por los Senadores -que en parte menciona la nota de prensa- para la nueva Política Pública de Chile han sido:

- (i) Buscar proteger la garantía del artículo 19 N°4 de la Constitución, ante el procesamiento computacional de datos personales;
- (ii) Legislar desde la perspectiva del titular y propietario de datos personales, para dotarlo de mecanismos jurídicos idóneos y eficaces que le permitan ejercer el "habeas data" del artículo 12 de la ley 19.628, autodeterminando, autorizando (casi sin excepciones) y controlando el procesamiento de sus antecedentes;

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

- (iii) Subsanan los problemas derivados de la falta de un registro público de responsables de bases de datos y de un órgano fiscalizador y de control autónomo y descentralizado funcionalmente; y,
- (iv) Establecer nuevos estándares legales que modifiquen las condiciones, cargas, obligaciones y responsabilidades de los operadores, agentes o responsables de bases y bancos de datos nominativos, tanto del sector público pero muy especialmente del sector privado, que es donde se presenta con mayor gravedad el conflicto y en forma reiterada los casos de abusos.

Otros de los principios generales que inspiran la nueva ley, son los siguientes:

1. Se modifica el concepto de fuentes públicas, para restringirlo a aquellas que por su naturaleza son públicas.
2. Se contempla una real exigencia de autorización previa, expresa e informada de los titulares de los datos personales que serán procesados y se termina con la fórmula del actual artículo 4° (primacía de las excepciones o casos de no necesidad de autorización para el procesamiento de datos).
3. Se eliminan las excepciones legales que permiten tratamiento de datos personales sin autorización de sus titulares.
4. Se agregan a las "*personas jurídicas*" como titulares del derecho de acceso del artículo 12 y de la protección de la ley 19.628.
5. Se repone el artículo del proyecto inicial que originó la ley 19.628 que contemplaba la obligación de que todo responsable de bases de datos personales informara al menos una vez al año a los titulares de los antecedentes nominativos que poseía, lo que hoy en día puede hacerse permitiendo su consulta en Internet.
6. Se sancionan con fuertes multas el uso de los datos para un fin distinto al declarado al momento de su recopilación (artículo 9° ley 19.628). Debiera contemplarse la fiscalización del uso de datos realmente conforme fines declarados e informados al momento de la recopilación y que no hacerlo, genere infracciones concretas.
7. Se incorpora la existencia de un registro público y obligatorio para evitar el anonimato de los "responsables de bases de datos" y la existencia de un mercado informal donde se trafican listas de antecedentes nominativos.
8. Institucionalmente, se considera crear un órgano ad hoc fiscalizador y responsable de administrar el registro obligatorio, para responder al ejercicio del derecho de acceso por los titulares de los datos mediante procedimientos administrativos breves y sumarios y con competencias normativas.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

9. Se contemplan exigencias específicas y rigurosas en materia de seguridad de sistemas, impartidas transversalmente por una autoridad de control y que primarán por especialidad sobre otras como las de la banca. Serían normas distintas a las establecidas, por ejemplo, por el Capítulo 1-7 de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

10. Se contemplan nuevas infracciones y sanciones para los responsables de bases de datos personales y se establecen incluso sanciones penales.

11. Desde el punto de vista procesal (*...el cauce para el reclamo ante una autoridad ante la imposibilidad de ejercerse el derecho de acceso del artículo 12*), se contempla un procedimiento administrativo breve y no el actual procedimiento ante los tribunales ordinarios a que alude el artículo 16, siempre con los costos del patrocinio de abogados.

12. Se regulan los convenios de intercambio de datos personales entre servicios públicos, con fines de servicio público.

13. Se reafirma lo que dispone el DS 100, en cuanto a la obligación de protección de la privacidad de los ciudadanos que se registran en los sitios web de los servicios públicos.

III. Jurisprudencia judicial que demuestra la confusión acerca de la naturaleza y alcances del habeas data o derecho de acceso de la ley 19.628 con el acceso a los actos, contratos y documentos en sede de la ley 20.285²⁶⁴.

Hoy, cuando invocando el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública consistente en actos y documentos de los órganos estatales, que consagra la ley 20.285, se ha requerido de acceso a diversos servicios públicos (los Dictámenes pueden verse en la URL www.consejodetransparencia.cl) resulta preocupante ver como ante la opinión pública se desnaturaliza otra garantía muy poco conocida-. Ella se relaciona específica y exclusivamente con la posibilidad de que las personas controlen, autodeterminen y accedan a todos aquellos datos personales o nominativos que les afecten por referirse a ellos, a su vida privada, intimidad o privacidad, sea que ellos sean procesados -o "tratados" dice la ley 19.628- tanto por órganos públicos como -especialmente- por empresas particulares²⁶⁵.

²⁶⁴ Véase la URL <http://www.habeasdata.org.cl/2010/01/25/desnaturalizacion-del-habeas-data-en-los-tribunales-de-justicia-chilenos/>

²⁶⁵ En Chile es al 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 N°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

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Lo que se intenta clarificar dista mucho de ser una cuestión meramente doctrinaria o purista, toda vez que, desde el año 2009, la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer de un reclamo de ilegalidad interpuesto contra el llamado Consejo de Transparencia confundió abierta y expresamente el recurso de habeas data o derecho de acceso a los datos personales o nominativos del artículo 12 de la ley 19.628, con el recurso de amparo al derecho de acceso a la información del Estado del artículo 10 de la ley 20.285.

La causa original que dio lugar al Recurso de Ilegalidad fue un Amparo por denegación de solicitud de información -contemplado en la ley 20.285 y no en la 19.628- interpuesto por un señor Pérez Castro en contra del Banco Estado, respecto al cual el citado Consejo resolvió que no era competente para conocer del amparo por tratarse de un recurso en contra de una empresa pública a cuyo respecto sólo tenía competencia en materia de Transparencia Activa (esto es, para fiscalizar lo que obligatoriamente debe publicarse en Internet). Más específicamente, el Consejo había estimado por mayoría que no se trataba de una denegación ante el Amparo deducido sino de una declaración de incompetencia.

La Corte de Apelaciones de Santiago hizo público un fallo de la Séptima Sala en el cual resolvió por unanimidad rechazar el Recurso de Ilegalidad por considerarlo "extemporáneo" (se había presentado fuera de fecha, ya que la ley 20.285 otorga un plazo máximo de 15 días para la interposición ante la Corte de Apelaciones), pero -y acá radica el error conceptual y jurídico- en la misma resolución determinó que el Consejo para la Transparencia era **"plenamente competente para conocer del reclamo de habeas data deducido por el recurrente contra el Banco del Estado."**

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.