Minuta
Nuevo Proyecto de Ley de Reforma de Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Boletín 11.144-07)

I. Proyecto de Ley.

Con fecha 15 de marzo de 2017, el gobierno presentó un proyecto de ley que "regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la agencia de protección de datos personales" (el "Proyecto de Ley"), para modificar la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (la "Ley"). Para efectos de este análisis, se incluirán también comentarios en relación con el proyecto de ley sobre protección de datos personales (Boletín N° 11.092-07), de los Honorables Senadores Harboe, Araya, De Urresti, Espina y Larraín, de fecha martes 17 de enero de 2017 (el "Proyecto Senadores").

II. Comentario general.

Desde la Cámara Nacional de Comercio (CNC), creemos que Chile cuenta con la oportunidad de contar con un marco de protección de datos personales que proteja la privacidad y que a la vez que facilite los usos beneficiosos e innovadores de los datos en un entorno de negocios y tecnológico en constante evolución, lo cual en última instancia garantizará la competitividad económica del país.

No obstante lo anterior, esta oportunidad de mejorar nuestros estándares de protección, no debe implicar una sobre regulación, que se traduzca en aumentos en las estructuras de costos, especialmente para la pequeña y mediana empresa, haciéndolas menos competitivas en relación al resto de las empresas no solo a nivel local sino también a nivel mundial.

Además, la CNC recomienda que en esta nueva normativa: **(a)** se sigan los principios de la OECD, organismo del cual Chile es parte y no se siga normativa de tratados, de los cuales Chile no es parte como la Unión Europea; **(b)** no se discrimine respecto de ninguna industria. La CNC solicita respetuosamente no se discrimine a empresas que efectúan tratamiento automatizado de datos (Artículo 15 ter del Proyecto de Ley) y empresas denominadas tecnológicas (artículo 33 del Proyecto Senadores), porque en la mayoría de las veces, estas discriminaciones afectarán nuevas tecnologías, y las discriminaciones a nuevas tecnologías, afectan la innovación y el desarrollo de los países.

III. Comentarios específicos.

1. FALTA DE DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE APLICACIÓN DE LA LEY.

Las leyes de datos personales, siempre han tenido por eje central al responsable de una base de datos y a la base de datos misma. Llama la atención que en el Proyecto de Ley, el elemento base de datos sea disminuido, casi desapareciendo.

Basta ver los siguientes ejemplos de propuesta de normativa del Proyecto de Ley, que omiten referirse a una base de datos:

Artículo 1° inciso 1° del Proyecto de Ley: *"Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con el propósito de asegurar el respeto y protección de los derechos y libertades de quienes son titulares de estos datos, en particular, el derecho a la vida privada.*

Artículo 2 Literal m del Proyecto de Ley, que define al responsable de datos: *"m) Responsable de datos o responsable: persona natural o jurídica, pública o privada, a quien compete decidir acerca del tratamiento*

de datos personales, con independencia de si los datos son tratados directamente por él o a través de un tercero o mandatario, y de su localización."
Artículo 2 literales p) q) r) s) y t), que define derechos de acceso, rectificación cancelación, oposición y portabilidad.

"p) Derecho de acceso: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable confirmación acerca de si sus datos personales están siendo tratados por él, acceder a ellos en su caso, y a la información prevista en esta ley."

"q) Derecho de rectificación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable que modifique o complete sus datos personales, cuando están siendo tratados por él y sean inexactos o incompletos."

"r) Derecho de cancelación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable que suprima o elimine sus datos personales, de acuerdo a las causales previstas en la ley."

"s) Derecho de oposición: derecho del titular de datos que se ejerce ante el responsable con el objeto de requerir que no se lleve a cabo un tratamiento de datos determinado, de conformidad a las causales previstas en la ley."

"t) Derecho a la portabilidad de los datos personales: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del responsable en un formato electrónico estructurado, genérico y de uso habitual, una copia de sus datos personales y comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos."

Comentarios. Entonces, sobre qué datos debe responder un responsable de datos? Cómo sabemos qué datos son de su responsabilidad y qué datos no lo son? Que quiere decir el Proyecto de Ley cuando señala que una persona es responsable de los datos, sin importar su localización? Por eso, el elemento base de datos es esencial, para establecer qué datos se encuentran bajo la esfera de control de un responsable.

Recomendación. Revisar aplicación de término de base de datos, durante todo el Proyecto de Ley, a fin de incluir el término cuando fuere necesario.

Por lo anterior,

(i) Se propone la siguiente redacción para el inciso 1° Artículo 1° del Proyecto de Ley: *"Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular el tratamiento de los datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas,* ***en bases de datos,*** *con el propósito de asegurar el respeto y protección de los derechos y libertades de quienes son titulares de estos datos, en particular, el derecho a la vida privada."*

(ii) Se propone la siguiente redacción para el responsable de datos o responsable: ***"m) Responsable de base de datos personales, persona natural o jurídica, pública o privada, a quien compete decidir acerca del tratamiento de datos personales, en una base de datos, con independencia de si los datos son tratados directamente por él o a través de un mandatario."***

(iii) Se propone i**ncorporar definición de responsable de base de datos en las definiciones de derechos, para lograr las siguientes redacciones:**

"p) Derecho de acceso: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del ***responsable de una base de datos****, confirmación acerca de si sus datos personales están siendo tratados por él, acceder a ellos en su caso, y a la información prevista en esta ley."*

"q) Derecho de rectificación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del ***responsable de una base de datos****, que modifique o complete sus datos personales, cuando están siendo tratados por él y sean inexactos o incompletos."*

"r) Derecho de cancelación: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del ***responsable de una base de datos****, que suprima o elimine sus datos personales, de acuerdo a las causales previstas en la ley."*

"s) Derecho de oposición: derecho del titular de datos que se ejerce ante el ***responsable de una base de datos****, con el objeto de requerir que no se lleve a cabo un tratamiento de datos determinado, de conformidad a las causales previstas en la ley."*

"t) Derecho a la portabilidad de los datos personales: derecho del titular de datos a solicitar y obtener del ***responsable de una base de datos****, en un formato electrónico estructurado, genérico y de uso habitual, una copia de sus datos personales y comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos."*

2. POSIBLE AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PROYECTO DE LEY.

El propuesto Artículo 1° del Proyecto de Ley, no debería solo confirmar la garantía constitucional, de libertad de expresión para los medios de comunicación social, sino que debe hacerlo, para todas las personas que ejerzan la garantía constitucional del Artículo 19 número 12 de la Constitución Política del Estado ("CPE").

De no tomarse en consideración lo anterior, se corre el riesgo que el Proyecto de Ley no sólo regule datos personales, sino que además regule opiniones e información, afectando así la garantía constitucional de libertad de expresión. Así, no deben excluirse de la protección constitucional de no censura, las opiniones emitidas por ejemplo, en una plataforma electrónica o en redes sociales.

Recomendación. En sentido, se recomienda, (i) eliminar la referencia a "los medios de comunicación social" del inciso tercero del propuesto Artículo 1° del Proyecto de Ley, (ii) reemplazar "que realicen" por "que se realice" y (iii) eliminar "regulado por las leyes" quedando dicho artículo de la siguiente forma:

"El régimen de tratamiento y protección de los datos personales establecidos en esta ley no se aplicará al tratamiento de datos que se realice en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, a que se refiere el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, ni al que efectúen las personas naturales en relación con sus actividades personales.".

En este sentido, el Proyecto Senadores no restringe la protección de la garantía constitucional de libertad de expresión, en exclusiva a los medios de comunicación social. El inciso 3° del Artículo 1° del Proyecto Senadores señala que: *El tratamiento de datos personales que se realice en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, se regulará por las leyes a que se refiere el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República. En todo caso, los medios de comunicación social se regirán por esta ley en lo referido a las bases de datos personales que mantengan para finalidades distintas a las de opinar e informar, tales como las bases de datos de clientes y personal."*

3. DEFINICIONES. EN MATERIA DE DEFINICIONES, SE EFECTÚAN LOS COMENTARIOS SIGUIENTES.

(a) Definición de fuentes de acceso público.

Una definición restrictiva de datos de fuentes de acceso púbico, claramente afectará el normal uso de la información, considerando que los datos de fuentes de acceso público, deben poder ser tratados libremente, sujeto al cumplimiento de los principios de la ley. Así, el Proyecto de Ley contiene una correcta definición: *"i) Fuentes de acceso público: todas aquellas bases de datos personales, públicas o privadas, cuyo acceso o*

consulta puede ser efectuado en forma lícita por cualquier persona, sin existir restricciones o impedimentos legales para su acceso o utilización.

Las dudas o controversias que se susciten sobre si una determinada base de datos es considerada fuente de acceso público serán resueltas por la Agencia de Protección de Datos Personales, quien podrá identificar categorías genéricas, clases o tipos de registros o bases de datos que posean esta condición."

Comentario. Sin embargo, la definición de fuente acceso público del Proyecto Senadores, es excesivamente restrictiva, ya que señala que: "*7) Fuente de Acceso Público: base de datos cuyo acceso o consulta puede ser efectuado legítimamente por cualquier persona, sin más exigencia que, en su caso, el pago respectivo como contraprestación, cuando corresponda. Se entenderá que son fuentes de acceso público exclusivamente:*

a) El Censo Nacional de Población y Vivienda del Instituto Nacional de Estadísticas,
b) La Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional del Ministerio de Desarrollo Social,
c) Los repertorios telefónicos en los términos previstos en su normativa específica,
d) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.
e) Los diarios y boletines oficiales.
f) Los medios de comunicación."
Proyecto Senadores

(b) Nueva definición de Consentimiento. Es una correcta definición la que establece el Proyecto de Ley: *o) Consentimiento: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen."*

4. EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO. ARTÍCULO 13 DEL PROYECTO DE LEY.

"Artículo 13.- Excepciones al consentimiento. No se requiere el consentimiento del titular en los siguientes casos:
a) Cuando el tratamiento se refiere a datos personales que han sido recolectados de una fuente de acceso público.
b) Cuando el tratamiento esté referido a datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial y se realice de conformidad con las normas del título III de esta ley.
c) Cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular."

Recomendación. Se recomienda establecer una excepción para usos periodísticos, artísticos o literarios para proteger la libertad de expresión y de prensa. El derecho constitucional a informar y emitir opinión requiere que la normativa contemple excepciones al consentimiento que protejan dicho derecho. Las actividades periodísticas, artísticas o literarias, en su conjunto, deben ser protegidas de la excesiva intervención y/o regulación. Sugerimos incorporar un nuevo literal que señale: *"d) cuando el tratamiento de datos personales sea efectuado, con fines periodísticos, o de expresión artística o literaria"*

5. TRATAMIENTO DE DATOS POR PARTE DE UN TERCERO O MANDATARIO. ARTÍCULO 15 BIS PROYECTO DE LEY.

"Artículo 15 bis. El responsable puede efectuar el tratamiento de datos en forma directa o a través de un tercero mandatado para este efecto. En este último caso, el tercero o mandatario realiza el tratamiento de datos personales conforme al encargo y a las instrucciones que le imparta el responsable, quedándole prohibido su tratamiento, cesión o entrega para un objeto distinto del convenido con el responsable.
Si el tercero trata, cede o entrega los datos o la base de datos con un objeto distinto del encargo convenido o a una persona distinta del responsable, se le considerará como responsable de datos para todos los efectos

legales, debiendo responder solidariamente por las infracciones y los perjuicios en que hubiere incurrido, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales que le correspondan frente al responsable de datos.
Cumplida la prestación del servicio de tratamiento por parte del tercero, los datos que obran en su poder deben ser cancelados o devueltos al responsable de datos, según corresponda."

Recomendación. En este artículo se debe incorporar la figura del intermediario tecnológico, otorgándole una limitación de responsabilidad al mismo. Lo anterior puede seguir el modelo existente en la Ley sobre Propiedad Intelectual, a propósito de la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet, que estableció en el año 2010, la modificación a la mencionada ley de propiedad intelectual, porque un intermediario tecnológico, no es mandatario de tratamiento de datos. El intermediario tecnológico simplemente ha dispuesto infraestructura, sobre la cual transitan datos, sin que el intermediario tome decisión alguna.

El Proyecto Senadores, reconoce claramente a un responsable, a un encargado, y a un intermediario, lo que puede considerarse como mejor estructura que el Proyecto de Ley. Sin embargo, el Proyecto Senadores asimila la responsabilidad de los intermediarios a la responsabilidad de los encargados, lo que no es correcto. El intermediario simplemente ha dispuesto infraestructura, que es utilizada por responsable y encargado para efectuar tratamiento de datos, sin que exista una relación jurídica previa. Entonces, difícilmente se puede concluir que el intermediario, como proveedor de infraestructura, efectúa tratamiento de datos.

Sugerimos la siguiente redacción de definición de intermediario tecnológico: *"Intermediario tecnológico para el tratamiento de datos personales, la persona natural o jurídica que pone a disposición plataformas tecnológicas, infraestructura o servicios que puedan ser utilizadas para el tratamiento de datos personales bajo control exclusivo de los titulares de datos, responsables y/o terceros."*

6. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES. ARTÍCULOS 27, 28 Y 29 DEL PROYECTO DE LEY.

Comentarios. Se debe revisar la normativa de transferencia internacional de datos del Proyecto de Ley, de manera de asegurar que la nueva normativa no vaya afectar el comercio internacional. Además, es necesario aclarar si el articulado se traduce que desde ya es posible efectuar transferencias internacionales a países de la OECD, sin necesidad de esperar declaración de la Agencia de Protección de Datos.

Respecto del Proyecto Senadores, cabe considerar que el Artículo 2 establece la extraterritorialidad en forma expresa, lo cual se recomienda rechazar:

"Artículo 2°Ámbito de aplicación territorial La presente ley se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un responsable o encargado en el territorio nacional, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en Chile o no. Asimismo, se aplica al tratamiento de datos personales cuyos titulares residan en Chile por parte de un responsable o encargado no establecido en Chile, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos titulares en Chile, independientemente de si a éstos se les requiere su pago, o b) el control o seguimiento de su comportamiento, en la medida en que éste tenga lugar en Chile."

Además, el Proyecto Senadores contempla el Artículo 28, que obliga a designar un representante en Chile:

"Artículo 28 Responsables no establecidos en Chile Los responsables del tratamiento no residentes en Chile, deberán designar a un representante en Chile, que atienda, junto al responsable o al encargado, o en su lugar, a las consultas de los titulares, sobre todos los asuntos relativos al tratamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley. La designación de un representante, por el responsable o el encargado del tratamiento, se entenderá sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable o encargado."

Comentarios. Las disposiciones mencionadas, del Proyecto Senadores, muy posiblemente mantendrán importantes empresas alejadas de nuestro país, por la excesiva regulación. La ley chilena debe aplicar en el territorio de Chile, y no buscar una aplicación extraterritorial.

7. <u>AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES</u>.

Artículo 30 y siguientes. Crea la agencia de protección de datos personales, organismo público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de velar por el cumplimiento de la normativa relativa al tratamiento de los datos personales y su protección, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de hacienda y afecto al Sistema de Alta Dirección Pública. Tiene facultades para emitir regulaciones, conocer reclamos, fiscalizar y sancionar. Es un organismo dirigido por director o directora.

<u>Comentario</u>. Revisar si se recomienda que la Agencia de Protección de Datos, sea dirigida por una comisión, en vez que por un director o directora, es decir, que sea colegiado y no unipersonal. Además, revisar conveniencia de ser designada por gobierno de turno (Alta Dirección Pública), en vez de proceso por ejemplo de ratificación del Senado.

8. <u>MODELO DE PREVENCIÓN DE INFRACCIONES</u>. ARTÍCULO 52 Y SIGUIENTES.

Contempla modelos de prevención de infracciones, para atenuar responsabilidad. Inclusive, el Artículo 54 contempla una atenuante especial por prevención de infracciones, en virtud del cual: "*Los responsables de datos que incurran en alguna de las infracciones previstas en el artículo 38, podrán atenuar su responsabilidad si acreditan haber cumplido diligentemente sus deberes de dirección y supervisión para la protección de los datos personales bajo su responsabilidad o tratamiento. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión de la infracción, los responsables del tratamiento de datos personales, hubieren adoptado e implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir infracciones, lo que deberá constar en un certificado emitido por la Agencia de Protección de Datos Personales.* "

Comentario. Se recomienda contemplar modelos de prevención de infracciones. El Proyecto Senadores no contempla modelos de prevención de infracciones. Asimismo los modelos de prevención deberán ser eximentes de responsabilidad, toda vez que existirán por parte de la Autoridad certificación de modelos para anticiparse a la fiscalización.

****