

Minuta sobre Modificaciones a Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada y Protección de Datos de Carácter Personal.

Información

- Boletín: 8143-03
- Iniciativa: Mensaje
- Fecha de Ingreso: 11 de enero de 2012

Resumen Ejecutivo

Podemos destacar los siguientes puntos como materias esenciales a la hora de legislar respecto de protección de datos personales:

1. Es necesario establecer el carácter irrenunciable de los derechos que establece la ley en la protección de los datos personales, garantizando por tanto que estos principios y derechos no sean vulnerados por acuerdos contractuales o de otra naturaleza.
2. La nueva legislación debe mantener un respecto irrestricto al derecho esencial de emitir opinión libremente y contener una excepción en el requerimiento de consentimiento previo para usos periodísticos o artísticos y otras materias.
3. La definición de datos personales debe ser restrictiva y determinada, finalidad que no se cumple con las definiciones propuestas en el Artículo 2° letras f) y g). No todos los datos son personales, y no todos nos hacen identificables.
4. No se debe restringir el concepto de *fuentes de acceso público* a aquellas que cuenten con el requisito de gratuidad establecido en el proyecto de ley. (Artículo 2°, Letra i), y es necesario una clara definición de fuentes de acceso público para una debida certeza jurídica.
5. Los requerimientos para la prestación del consentimiento deben ser adecuados para su ejercicio en la era de la sociedad de la información, como lo es el consentimiento tácito (Artículo 4°).
6. Crear la figura de Intermediario de Datos, o Intermediario Tecnológico. Se debe incluir una limitación de responsabilidad para los intermediarios de datos personales. (Artículo 4°).

7. Se debe contemplar una excepción de consentimiento cuando se haga tratamiento de datos personales para uso interno del responsable del registro o banco de datos.
8. Eliminación de barreras de entrada o cargas excesivas para las empresas o personas que deseen ejercer labores en el ámbito de Internet. Tal es el caso del deber de información anual establecido en el Artículo 10°.
9. Tratamiento adecuado de los datos personales de menores de edad a través de métodos eficientes y de fácil implementación, los cuales no han sido considerados en el proyecto de ley.

Introducción

El boletín 8143-03, mensaje con el que se introducen modificaciones a la ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada y Protección de Datos de Carácter Personal (también denominada '*Ley de Datos Personales*'), pretende incorporar a Chile en los estándares de la OCDE en el tratamiento de esta materia.

El proyecto de ley incorpora una serie de nuevas definiciones y requisitos que, en general, apuntan a mantener una protección adecuada de los datos que hacen a una persona identificable, frente a la actividad de organismos privados y públicos (e incluso personas naturales) que puedan hacer tratamiento de dichos datos.

La nueva ley de datos personales, propone un reto a la hora de legislar un tema de esta complejidad, teniendo en cuenta la existencia de una naturaleza distinta entre el mundo del comercio tradicional, y aquel que se realiza a través de medios propios de la sociedad de la información.

De esta manera, se recomienda evitar cargas innecesarias sobre los organismos privados, empresas y organizaciones que ejercen sus labores en Internet, ya que las mismas pueden frenar el desarrollo del sector en el ámbito nacional, estableciendo barreras de entrada para el emprendimiento en el sector y, dicho sea de paso, creando situaciones en las que es imposible fiscalizar la ocurrencia de faltas a las normas establecidas en la ley, creando un problema de aplicación y cumplimiento de la ley.

Uno de los mayores riesgos que la nueva legislación puede incluir en la vida civil de nuestro país, es la creación de espacios abiertos de censura bajo el escudo de la protección de datos personales, al no contar con normativa especial para los medios de información periodística, o las actividades ligadas a la libre expresión de los ciudadanos.

Comentarios al proyecto

A continuación, adjuntamos nuestros comentarios a aquellos artículos propuestos por el proyecto que, de acuerdo a nuestra opinión técnica, requieren modificaciones para poder garantizar los objetivos y principios expuestos anteriormente:

1. Artículo 1º. Derecho a Emitir Opiniones y Libertad de Expresión.

El artículo primero del proyecto de ley, realiza la definición del ámbito de aplicación de la normativa en el siguiente tenor:

Artículo 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección de los datos personales que consten en cualquier tipo de soporte que permita su tratamiento por entidades privadas o públicas, a fin de asegurar a las personas naturales el legítimo ejercicio de su derecho de protección a la vida privada, garantizado en el número 4 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República.

1. No se establece el carácter irrenunciable de los derechos establecidos por la ley, pudiendo ser estos, sujetos de convenciones privadas que limiten el ámbito de aplicación de la ley.
2. Es necesario establecer una excepción general de la aplicación de la ley en caso de tratarse de usos para fines artísticos o periodísticos y, de esta manera, evitar que se utilice la nueva legislación de datos personales como un método de censura contra la opinión emitida libremente por los ciudadanos, de acuerdo a los derechos consagrados en el artículo 19, número 12 de la Constitución Política de la República.
3. Consideramos innecesaria la eliminación del inciso segundo del artículo 1º de la ley 19.628, en cuanto establece la regla general de tratamiento de datos personales, actualmente no contemplada en el proyecto de ley.

En base a estas consideraciones, proponemos la siguiente redacción para el artículo primero:

Artículo 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto la protección de los datos personales que consten en cualquier tipo de soporte que permita su tratamiento por personas naturales o jurídicas, sean estas últimas de carácter público o privado, a fin de asegurar a las personas naturales el legítimo ejercicio de su derecho de protección a la vida privada, garantizado en el número 4 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.

Los derechos establecidos en la presente ley, son de carácter irrenunciable.

2. Artículo 2º. Definición de Datos Personales.

El artículo segundo del proyecto de ley establece las definiciones básicas dentro del ámbito de aplicación, las cuales corresponden a la base para la interpretación de la ley, teniendo alta importancia, y por consiguiente, deben ser abordadas de forma restrictiva y precisa para evitar usos desviados del objetivo general de la ley. A saber:

l) Artículo 2º, letra g)

Define *Datos Sensibles* de la siguiente manera:

g) Datos sensibles, son aquellos datos personales, que describen sus características físicas o morales o relativas a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los 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.

1. La definición de datos sensibles debe ser, por su naturaleza, absolutamente restringida y acotada, sin dar espacio para que la interpretación de la ley haga partícipe de esta categoría a otros datos más irrelevantes. De esta manera, la técnica legislativa debe usar una lista taxativa de datos característicos que sean incluidos en esta categoría.

Proponemos la siguiente redacción:

g) Datos sensibles, son aquellos datos personales, que describen sus características físicas, estado de salud físico o psíquico, origen étnico, preferencia política, sexual o religiosa.

3. Artículo 2º, letra i)

Define las fuentes de datos accesibles al público:

i) Fuentes accesibles al público, son todos aquellos registros, ficheros, recopilaciones, listados, bases o bancos de datos personales, computacionales o manuales, públicos o privados, cuyo acceso o consulta pueda ser efectuada por cualquier persona de manera gratuita, tales como los registros del Conservador de Bienes Raíces, Notarías, Archivo Judicial y Archivo Nacional; las guías o repertorios públicos de telefonía y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación social.

1. El proyecto de ley establece un requisito innecesario para asignar el carácter de *acceso público* a una base de datos. Este requisito, es la gratuidad de la misma, y dado que existen innumerables instancias de bases de datos públicas a las cuales se accede a través de un pago previo, es ilógico descartar dicho tipo de fuentes de información como *de acceso público*.

Recomendamos la siguiente redacción para esta letra del artículo 2º:

i) Fuentes accesibles al público, son todos aquellos registros, ficheros, recopilaciones, listados, bases o bancos de datos personales, computacionales o manuales, públicos o privados, cuyo acceso o consulta pueda ser efectuada por cualquier persona, tales como los registros del Conservador de Bienes Raíces, Notarías, Archivo Judicial y Archivo Nacional; las guías o repertorios públicos de telefonía y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales, entre otras.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación social.

4. Artículo 2º, letra p). Mayor Flexibilidad en Consentimiento.

Define el consentimiento de la siguiente manera:

p) Consentimiento del titular, toda manifestación expresa de voluntad efectuada de manera libre, inequívoca e informada, mediante la cual el titular acepta el tratamiento de datos personales que le concierne.

1. El consentimiento expreso es una exigencia general del proyecto de ley que no se ajusta a la realidad de las empresas y personas que ejercen su actividad en el ámbito de Internet, dado que la industria utiliza como estándar diversas formas para la obtención del consentimiento inequívoco e informado de los usuarios de sus servicios.
2. De requerirse el consentimiento expreso para el tratamiento de cualquier dato personal, se genera una carga excesiva de obligaciones para efectuar dicho tratamiento, ya que se hará necesaria una extensa cantidad de información, leyendas y avisos que deberán ser puestos a disposición del usuario final. Al ser aplicable esta normativa a pequeñas empresas y entidades que administran bases de datos para efectos internos y no comunican datos personales, se induce un costo enorme para

las operaciones, lo cual solo contribuye a la creación de barreras de entrada para los emprendedores que quieren iniciar o mantener operaciones en Internet.

Además, se producirá un profundo desbalance respecto de la competencia internacional, ya que el comercio electrónico que tenga su base en otros países, no quedará sujeto a las disposiciones de la ley en Chile ni a los costos que la implementación de dicha ley genere, quedando nuestro comercio en desventaja frente a la competencia internacional.

3. La exigencia de consentimiento expreso, debe estar restringido, exclusivamente, a la protección de datos personales sensibles.

Se propone la siguiente redacción:

p) Consentimiento del titular, toda manifestación de voluntad efectuada de manera libre, inequívoca e informada, mediante la cual el titular acepta el tratamiento de datos personales que le concierne.

5. Artículo 4°. Sobre el consentimiento.

Define la forma en la que se debe prestar el consentimiento por parte de los titulares de datos personales, el cual, de acuerdo a la redacción del proyecto de ley debe contar con dos características: ser previo y expreso.

El tenor del artículo es el siguiente:

Artículo 4°.- Consentimiento previo. Será lícito el tratamiento de un dato personal cuando el titular hubiere prestado expresamente su consentimiento previo para ello, el que deberá constar por cualquier medio físico o tecnológico que dé cuenta fidedigna de su otorgamiento al responsable de un registro o base de datos, o encargado del tratamiento de los mismos debidamente individualizado. Este consentimiento deberá siempre otorgarse a través de una manifestación de voluntad libre, informada e inequívoca del titular de los datos.

El consentimiento previo podrá ser genérico, entendiéndose por tal, el que se concede para realizar cualquier operación que constituye tratamiento de datos personales, o específico, entendiéndose por tal el que se otorga para realizar una o más operaciones precisamente determinadas en el medio físico o tecnológico a través del cual se expresa.

Para la validez del consentimiento previo genérico, se requerirá que su otorgamiento sea una manifestación expresa del titular de los datos, en que declare conocer que se abstiene de ejercer su derecho a otorgarlo en forma específica respecto de las actividades de tratamiento que se describen en la recolección de sus datos. El responsable del registro o base de datos y el encargado del tratamiento de los datos sólo podrán realizar el tratamiento de aquellos datos en que expresamente hubiese consentido su titular y, en todo caso, sin alterar la finalidad y objeto respecto de los cuales se efectuó su recolección.

En cualquiera de los casos señalados en el inciso segundo, deberá indicarse por el titular el período por el que se presta dicho consentimiento y si nada se dice, se entenderá que éste caduca cumplidos cinco años desde que se otorgó.

El consentimiento siempre podrá revocarse por su otorgante, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá constar en forma expresa por cualquier medio físico o tecnológico.

El titular de los datos no podrá autorizar el tratamiento indeterminado e indiscriminado de todos sus datos personales, de modo que la solicitud de recolección de datos efectuada por el responsable de un registro o base de datos, o por el encargado del tratamiento de los mismos que tenga por objeto este propósito no producirá ningún valor y se tendrá por no escrito.

De acuerdo a lo señalado anteriormente en este documento, la ley debe incorporar el consentimiento tácito e inequívoco, ya que la exigencia general de consentimiento expreso no es compatible con los servicios prestados por la industria de Internet, la cual ha implementado innumerables sistemas de consentimiento inequívoco que facilitan la realización de los negocios en la sociedad de la información.

Nuestra propuesta de redacción es la siguiente:

Artículo 4°.- Consentimiento previo. Será lícito el tratamiento de un dato personal cuando el titular hubiere prestado su consentimiento previo para ello, el que deberá constar por cualquier medio físico o tecnológico que dé cuenta fidedigna de su otorgamiento al responsable de un registro o base de datos, o encargado del tratamiento de los mismos debidamente individualizado. Este consentimiento deberá siempre otorgarse a través de una manifestación de voluntad libre, informada e inequívoca del titular de los datos.

El consentimiento previo podrá ser genérico, entendiéndose por tal, el que se concede para realizar cualquier operación que constituye tratamiento de datos personales, o específico, entendiéndose por tal el que se otorga para realizar una o más operaciones precisamente determinadas en el medio físico o tecnológico a través del cual se expresa.

Para la validez del consentimiento previo genérico, se requerirá que su otorgamiento sea una manifestación inequívoca del titular de los datos, en que declare conocer que se abstiene de ejercer su derecho a otorgarlo en forma específica respecto de las actividades de tratamiento que se describen en la recolección de sus datos. El responsable del registro o base de datos y el encargado del tratamiento de los datos sólo podrán realizar el tratamiento de aquellos datos en que hubiese consentido su titular y, en todo caso, sin alterar la finalidad y objeto respecto de los cuales se efectuó su recolección.

En cualquiera de los casos señalados en el inciso segundo, deberá indicarse por el titular el período por el que se presta dicho consentimiento y si nada se dice, se entenderá que éste caduca cumplidos cinco años desde que se otorgó.

El consentimiento siempre podrá revocarse por su otorgante, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá constar en forma expresa por cualquier medio físico o tecnológico.

El titular de los datos no podrá autorizar el tratamiento indeterminado e indiscriminado de todos sus datos personales, de modo que la solicitud de recolección de datos efectuada por el responsable de un registro o base de datos,

o por el encargado del tratamiento de los mismos que tenga por objeto este propósito no producirá ningún valor y se tendrá por no escrito.

6. Definición de Intermediario de Datos Personales y Creación de Eximente de Responsabilidad.

Dada la naturaleza de los negocios realizados en Internet, existe una tercera figura distinta al Titular de Datos y el Responsable o Encargado del Banco de Datos; se trata del Intermediario de Datos, el cual pone a disposición de los usuarios distintas plataformas tecnológicas, infraestructura o servicios.

Los Intermediarios de Datos Personales, no realizan tratamiento de los datos captados por el Encargado del Banco de Datos, por tanto, no tiene responsabilidad frente a los datos entregados por el titular.

En la actualidad, los intermediarios y prestadores de servicios de Internet cumplen un rol fundamental en la evolución de las opciones de los usuarios y la expansión del proceso informativo y socializador de la red, creando las tecnologías y plataformas que han sido factores determinantes del éxito de la Internet, el florecimiento de la innovación y su utilización como herramienta para generar valor económico y bienestar a las personas.

Nuestra propuesta es agregar la letra y) al artículo 2º con el siguiente texto:

y) Intermediario de Datos es toda persona natural o jurídica que agrupa u ofrece, facilita o pone a disposición de terceros servicios, plataformas, aplicaciones y/o recursos tecnológicos de información y comunicación, que permiten a los titulares, responsables o encargados, realizar diversas operaciones para el tratamiento de datos personales, como el acceso, la transmisión, el almacenamiento, la indexación, búsqueda o intercambio de datos personales, bajo el control exclusivo de los titulares de datos o los responsables de bancos de datos.

Es necesario crear una exención de responsabilidad para los Intermediarios de Datos, en cuantos estos no realizan tratamiento de los datos personales antes mencionados.

Con este fin, se propone agregar el siguiente inciso segundo al artículo 8° del proyecto de ley:

Para los efectos de la presente Ley, los intermediarios de datos no serán responsables del tratamiento de datos personales que llevasen a cabo titulares, responsables o encargados de bancos de datos, en la medida que se cumplan las siguientes condiciones copulativas:

- a) No posean conocimiento efectivo de la naturaleza de los datos personales;*
- b) En ausencia de tal conocimiento, no estén al tanto de hechos o circunstancias que efectivamente indiquen actividades contrarias a la Ley; y*
- c) En cuanto obtenga conocimiento efectivo de situaciones que comprometan la protección de datos personales o pongan en riesgo la privacidad de lo titulares, o de la existencia de actividades contrarias a la presente ley, notifiquen al responsable del modo más expedito posible.*

7. Artículo 4° A. Solicita Mayores Excepciones.

Establece las excepciones al consentimiento previo definido en el Artículo 4° del proyecto de ley. El texto del artículo es el siguiente:

Artículo 4° A.- Excepciones al consentimiento previo. No será necesario el consentimiento previo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, en los siguientes casos:

- a) Si la recolección de datos personales se realiza desde fuentes accesibles al público;*

b) Si el tratamiento de datos personales se realiza por un organismo público a propósito de una investigación criminal o en el ejercicio de sus funciones y atribuciones autorizadas expresamente por ley;

c) Si la interconexión, comunicación, transmisión o transferencia de datos personales se realiza entre organismos públicos, con el objeto de prestar servicios o conceder beneficios al titular que los solicita, en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la Ley N° 19.880;

d) Si la comunicación, transmisión o transferencia se efectúa a consecuencia de una relación contractual, científica o profesional con el titular y que sea necesario para la ejecución o cumplimiento del objeto de la relación contractual, científica o profesional respectiva;

e) Si el tratamiento de datos personales es con fines estadísticos, históricos o científicos y siempre que se utilice un procedimiento de disociación de tales datos;

f) Si el tratamiento de datos personales resulta necesario en caso de urgencia médica o sanitaria;

g) Si el tratamiento de datos personales recae sobre aquellos datos indispensables para identificar al titular de información comercial morosa o vencida; y

h) En los demás casos que expresamente señale la ley.

En los casos indicados en este artículo, el destinatario de los datos personales deberá sujetarse al cumplimiento de las demás disposiciones contenidas en la presente ley.

Si bien el proyecto de ley consagra una serie de excepciones, se deben integrar excepciones uso lógico que ya se encuentran en el derecho comparado.

1. La primera excepción general, es aquella que beneficia a las bases de datos privadas, en cuanto la legislación no puede ser aplicada a todas las bases de datos por igual, ya que deben ser excluidas aquellas de carácter privado, como las que son mantenidas en un ámbito estrictamente personal, uso doméstico, o aquellas que circulan internamente sin comunicar datos al público o a otras personas jurídicas o naturales.

2. Además, es necesario contemplar una excepción que garantice el libre ejercicio de la libertad de expresión, ya sea para fines periodísticos, artísticos o culturales en general, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República.

3. A su vez, la Ley 19.628, actualmente vigente, consagra la llamada *excepción de uso interno*, la cual exime de la necesidad de contar con el consentimiento previo al responsable del registro o banco de datos que tenga el carácter de persona jurídica privada, siempre que la recolección de los datos tenga fines estadísticos, de tarificación u otros fines de beneficio general para el responsable del registro, sus asociados o las entidades a que están afiliadas.

El proyecto de ley elimina el esta excepción establecida inciso final del Artículo 4° de la ley de Datos Personales (19.638), lo cual no es adecuado para la protección de los derechos de las personas jurídicas que realizan tratamientos de datos para uso interno, siempre y cuando dicho tratamiento no sea comunicado al público.

Con fecha 31 de diciembre de 2008, Colombia aprobó la Ley 1.266, que consagra una moderna ley de protección de datos. El inciso 5° del Artículo 2° de dicha ley, señala: *“Igualmente, quedan excluidos de la aplicación de la presente ley aquellos datos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico y aquellos que circulan internamente, esto es, que no se suministran a otras personas jurídicas o naturales.”*.

La recomendación, es expandir y clarificar el catálogo de excepciones al tratamiento de datos personales sin consentimiento previo, utilizando la siguiente redacción para el Artículo 4° A:

Artículo 4° A.- Excepciones al consentimiento previo. No será necesario el consentimiento previo dispuesto en el inciso primero del artículo anterior, en los siguientes casos:

a) Si la recolección de datos personales se realiza desde fuentes accesibles al público;

b) Si el tratamiento de datos personales se realiza por un organismo público a propósito de una investigación criminal o en el ejercicio de sus funciones y atribuciones autorizadas expresamente por ley;

c) Si la interconexión, comunicación, transmisión o transferencia de datos personales se realiza entre organismos públicos, con el objeto de prestar servicios o conceder beneficios al titular que los solicita, en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la Ley N° 19.880;

d) Si la comunicación, transmisión o transferencia se efectúa a consecuencia de una relación contractual, científica o profesional con el titular y que sea necesario para la ejecución o cumplimiento del objeto de la relación contractual, científica o profesional respectiva;

e) Si el tratamiento de datos personales es con fines estadísticos, históricos o científicos y siempre que se utilice un procedimiento de disociación de tales datos;

f) Si el tratamiento de datos personales es con fines periodísticos, o de expresión artística o literaria.

g) Si el tratamiento de datos personales resulta necesario para proteger la vida del titular de datos o en caso de urgencia médica o sanitaria;

h) Si el tratamiento es efectuado para uso interno de las entidades, sin que las mismas comuniquen dichos datos a terceros;

i) Si el tratamiento es efectuado en el ejercicio de actividades relacionadas con la vida privada y familiar de quien efectúa el tratamiento;

- j) *Si el tratamiento de datos personales recae sobre aquellos datos indispensables para identificar al titular de información comercial morosa o vencida; y*
- k) *En los demás casos que expresamente señale la ley.*

En los casos indicados en este artículo, el destinatario de los datos personales deberá sujetarse al cumplimiento de las demás disposiciones contenidas en la presente ley.

8. Artículo 4° B. Eliminar Barreras de Entrada.

Establece los deberes de información que debe entregar el responsable del registro o banco de datos, a la hora de realizar la recolección de los datos personales. El texto es el siguiente:

Artículo 4° B.- Deber de información y sus contenidos. Al momento de la recolección de datos personales que requiera consentimiento, el responsable del registro o base de datos deberá informar de modo expreso, preciso, claro e inequívoco al titular de los datos personales a través de medios impresos, digitales, visuales, sonoros o cualquier otra tecnología, las siguientes circunstancias:

- a) *De la existencia de un registro o base de datos personales en el cual se consignará la información, identidad del responsable de la base de datos y su domicilio, la finalidad de la recolección de datos y los destinatarios de la información;*
- b) *El carácter obligatorio o facultativo de la entrega de datos personales que se le soliciten y las consecuencias de la entrega de los datos y de la negativa a suministrarlos;*
- c) *De los derechos de acceso, rectificación, cancelación, y oposición que le asisten en virtud de esta ley;*

d) *El derecho a revocar su autorización para el tratamiento de los datos que le conciernen y las consecuencias de la revocación; y*

e) *La circunstancia de que los datos proporcionados vayan a formar parte de un registro o base de datos de acceso público o que serán transmitidos, cedidos o transferidos a terceros, en cuyo caso deberá informarse además el medio físico o electrónico en que estarán disponibles.*

En los actos de recolección electrónica de datos personales deberán implementarse sistemas de advertencia que aseguren el conocimiento por el titular de datos de las condiciones precedentes.

Cuando el responsable del registro o base de datos obtenga datos personales desde registros o bases de datos de terceros, cuya transmisión, cesión o transferencia esté previamente consentida por el titular, deberá disponer de una bitácora o historial de transmisiones o transferencias que le permita al titular que lo solicite obtener información expresa, precisa, clara e inequívoca de los datos objeto del tratamiento, la procedencia de tales datos y lo previsto en las letras a), c), d) y e) del inciso 1° del presente artículo.

Este exceso de información afectará al comercio electrónico nacional, que para el cumplimiento de la ley, deberá incurrir en costos, que la competencia extranjera no deberá incurrir. ONG META apoya la protección de datos personales, pero no puede apoyar la sobre regulación, que excluirá a Chile de la sociedad de la información.

9. Artículo 10°. Eliminar obligaciones de información anual.

Establece una nueva obligación para el responsable del registro o base de datos, consistente en el deber de informar a los titulares de datos personales, una vez al año, de la existencia del registro.

Para esto, la obligación solo subsiste si el registro o base de datos contiene direcciones de correo electrónico, de lo contrario, no será aplicable.

La inclusión de esta obligación, sólo crea barreras de ingreso para el emprendimiento, ya que establece una carga excesiva para el inicio o mantenimiento de actividades para las empresas o personas que deseen ejercer sus labores en Internet.

Además, llevar a cabo la fiscalización de esta obligación, es técnicamente complejo (en el mejor de los casos), e incluso impracticable si pensamos en el gran universo de prestadores de servicios que existen en el mundo de Internet, la dificultad de la prueba, y los posibles problemas de jurisdicción territorial que pudiesen surgir en base a la ley y sus efectos.

El establecimiento de un deber de información anual, excede el deber de información razonable, estableciendo obligaciones que solo se convierten en barreras para el emprendimiento y desarrollo de los negocios en Internet.

Nuestra recomendación, es suprimir el artículo 10° del actual proyecto de ley.

10. Artículo 11 A. Tratamiento de datos personales de menores de edad.

Establece el tratamiento de los datos personales de los menores de edad. El texto del artículo reza:

Artículo 11 A.- Datos Personales de niños, niñas y adolescentes. El tratamiento de datos personales tendrá especialmente en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Se prohíbe por consiguiente el tratamiento de todos los datos personales de niños y niñas, salvo los que sean indispensables para su identificación o en caso de urgencia médica, y que sólo podrán otorgarse con consentimiento específico de quien ejerza su cuidado personal. Respecto de los adolescentes, sólo se prohíbe el tratamiento de sus datos sensibles, los que podrán otorgarse con consentimiento específico de quien ejerce su cuidado personal a los responsables del tratamiento de datos en los casos señalados en las letras b), c), d), e) y f) del artículo 4° A. Respecto de los demás datos personales, se

aplicará la regla general para los adultos, pero con autorización de quien tiene el cuidado personal.

Será obligación de los establecimientos educacionales y de quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña o adolescente velar por la protección de la información de aquellos.

Un reglamento expedido a través de un decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, suscrito además por el Ministro Secretario General de la Presidencia y el Ministro de Educación, especificará la forma, contenidos e información requerida para que quienes ejerzan el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes otorguen consentimiento respecto de aquellos.

Claramente, un nivel de protección superior para los menores de edad, es una medida deseable y necesaria en el ordenamiento jurídico, sin embargo, el camino tomado por la autoridad en esta materia, no se condice con la realidad de Internet y la forma en la que se llevan a cabo las distintas prestaciones de servicios a través de dicho medio.

La solución entregada por el ejecutivo para la protección de los derechos de los menores de edad, se extrae claramente de la legislación de los Estados Unidos en esta materia, establecida en el año 1998 bajo el nombre de *Children's Online Privacy Protection Act*, también conocida por sus siglas en inglés "COPPA".

Dicho cuerpo legal, obliga a los operadores de sitios web a mantener una "política de privacidad" para los menores de 13 años, y además, establece que dichos operadores deberán contar con el consentimiento expreso de los padres o tutores para poder otorgar acceso a los menores al contenido dispuesto en los distintos sitios web.

El resultado de dicha legislación, fue la negativa por parte de la industria de conceder acceso a los menores de 13 años debido al "papeleo" y la burocracia que esto acarrea, encontrándonos hoy en 2012 incluso, con un gran universo de servicios en Internet que continúan negando el acceso a los menores de 13 años, en cumplimiento de la ley, pero acarreando efectos indeseados para la sociedad.

Estos efectos son lógicos. Por un lado, se coarta la libertad de acceso de las personas (en este caso, los menores) a los contenidos dispuestos en la red, la cual deja de cumplir parte de sus finalidades educativas y recreacionales y, por otro lado, aquellos que desean saltarse el medio de control establecido por la ley COPPA, simplemente, entregan falsas declaraciones de edad, las que al final del día, son infiscalizables, ya que la responsabilidad de entregar una declaración fidedigna, recae en el declarante o sus tutores, mas no en el operador del servicio.

Esto no cumple con el objetivo general de protección para los menores, y justamente, el ejecutivo en Chile ha tomado el mismo camino para zanjar esta materia.

Nuestra recomendación es requerir el consentimiento de los padres o de aquellas personas a cargo del cuidado de los menores para poder realizar tratamiento de datos sensibles (de acuerdo a lo señalado anteriormente en esta minuta como *aquellos datos personales que describen sus características físicas, estado de salud físico o psíquico, origen étnico, preferencia política, sexual o religiosa*).

Además, requerir la misma autorización para los datos personales o datos sensibles de los niños menores de 14 años o niñas menores de 12 años (distinción hecha por nuestro Código Civil).

De esta manera, los menores de 18 años y mayores de 14 o 12, podrán llevar a cabo sus actividades en Internet de forma normal cumpliendo con el rol recreativo y educacional de la red - dado que la industria no requiere de datos sensibles para la prestación de sus servicios -, y se establece un nivel de seguridad superior para aquellos datos personales sensibles que puedan ser requeridos o entregados por dichos menores, los cuales deberán contar con la autorización de sus padres o tutores.

La redacción recomendada es la siguiente:

Artículo 11 A.- Datos Personales de niños, niñas y adolescentes. El tratamiento de datos personales tendrá especialmente en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Sólo se podrá realizar tratamiento de los datos personales de niños y niñas cuando sean otorgados con consentimiento específico de quien ejerza su cuidado personal salvo los que sean indispensables para su identificación o en caso de urgencia médica.

Respecto de los adolescentes, el tratamiento de sus datos sensibles sólo podrá realizarse con el consentimiento específico de quien ejerce su cuidado personal. Respecto de los demás datos personales, se aplicará la regla general para los adultos.

Será obligación de los establecimientos educacionales y de quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña o adolescente velar por la protección de la información de aquellos.

Un reglamento expedido a través de un decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, suscrito además por el Ministro Secretario General de la Presidencia y el Ministro de Educación, especificará la forma, contenidos e información requerida para que quienes ejerzan el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes otorguen consentimiento respecto de aquellos.

11. Artículo 12. Derecho al acceso.

El texto propuesto señala:

“Artículo 12.- Derecho de acceso. El titular de datos personales tendrá el derecho a obtener directamente del responsable del registro o base de datos toda la información que exista sobre él en registros o bases de datos públicos o privados.

El titular podrá ejercer este derecho respecto de sus datos personales en forma gratuita una vez al año y podrá exigir que la información conste en un archivo procesable o estándar, el cual deberá enviársele o quedar a disposición del titular dentro de los cinco días siguientes hábiles a la fecha de ingreso de la solicitud.

Un reglamento expedido a través de un decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, suscrito además por el Ministro Secretario General de la Presidencia, establecerá las condiciones y formatos en que esta información deberá ser entregada al titular.”.

No existe un criterio o razón jurídica o económica para que los titulares de datos personales cuyo tratamiento sea realizado por terceros, especialmente por entidades que manejan grandes volúmenes de información, tengan la restricción de ejercer el derecho a acceso en forma gratuita, pero limitada a una vez al año.

Una posible razón a esta restricción estaría dado por costos económicos y de procesamientos asociados para entregar la información solicitada, sin embargo los avances en materia de tecnología justamente han hecho que se abaraten los costos de procesos de almacenamiento y tratamiento sistematizado de datos y por tanto fijan un período de 12 meses no se encontraría justificado.

Al mismo tiempo, cada vez es más cotidiano el uso y tratamiento de datos de personas por terceros en ámbitos económicos, sociales, educativos, laborales, etc, exigen que exista certeza respecto a los datos que mantienen estos terceros y sobre la calidad de los mismos datos, por lo que el derecho a acceso y entrega gratuita de esta información propia debería poder ser ejercida varias veces dentro de un año calendario.

Creemos, por tanto, en la necesidad de mantener este derecho y garantía, disminuyendo el plazo de 12 meses a, al menos, 3 meses (es decir, posibilidad de contar con 4 solicitudes de entrega de información gratuita al año), pero manteniendo una obligación más baja para aquellas empresas consideradas pequeñas o medianas (PYME), dada la dificultad para cubrir el costo asociado a esta obligación.

Recomendamos la siguiente redacción:

Artículo 12.- Derecho de acceso. El titular de datos personales tendrá el derecho a obtener directamente del responsable del registro o base de datos toda la información que exista sobre él en registros o bases de datos públicos o privados.

El titular podrá ejercer este derecho respecto de sus datos personales en forma gratuita tres veces al año y podrá exigir que la información conste en un archivo procesable o estándar, el cual deberá enviársele o quedar a disposición del titular dentro de los cinco días siguientes hábiles a la fecha de ingreso de la solicitud.

Aquellos encargados de bases de datos que de acuerdo al inciso segundo del Artículo Segundo de la Ley N° 20.416 sean considerada micro, pequeña o mediana empresa, podrán hacer entrega gratuitamente de la información señalada en el inciso anterior en plazos no superiores a una vez cada doce meses contados desde el último requerimiento.

Un reglamento expedido a través de un decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, suscrito además por el Ministro Secretario General de la Presidencia, establecerá las condiciones y formatos en que esta información deberá ser entregada al titular.

12. Artículo 16 B. Procedimiento de reclamo en contra de una entidad privada.

Es proyecto establece un procedimiento de reclamo en contra de entidad privada y fija en su inciso 5°:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el afectado podrá recurrir al Servicio Nacional del Consumidor a fin de que éste promueva un entendimiento voluntario según el procedimiento establecido en el artículo 58 letra f) de la Ley N° 19.496. En caso que dicho entendimiento voluntario no prospere, el afectado podrá reclamar en sede judicial de acuerdo a lo indicado precedentemente.”

Para una efectiva protección de los derechos consagrados en la ley, en vez se establecer un carácter voluntario de procedimiento ante SERNAC, lo mejor sería establecer en dicho

organismo un procedimiento prejudicial obligatorio de recurrir ante SERNAC, de tal forma que en caso que tercero no responda satisfactoriamente a este entendimiento previo, se pueda persistir en la infracción ante sede civil. Además se debería establecer que posteriormente que si la infracción es reconocida y sancionada en la vía civil, este paso prejudicial permita aumentar las multas, sanciones e indemnizaciones que correspondan en un grado adicional a si el afectado no participa de esta vía prejudicial y directamente recurre a tribunales.

Sería, por tanto, un incentivo a terceros que efectúan tratamiento de datos a resolver prejudicialmente los conflictos, sabiendo que si ello no ocurre y son sancionados en sede civil, las penas aumentarán por este hecho.