**Comentarios Proyecto de Ley de Reforma a la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada**

## I. ASPECTOS RELEVANTES.

1. Incorporación de la definición de motor de búsqueda.
2. Desequilibrio ostensible en el consentimiento.
3. Obligaciones a responsables sin domicilio ni residencia en Chile.
4. Obligación del encargado de comunicar vulnerabilidades.
5. Registro nacional de cumplimiento y sanción, disminuyendo de 5 a 2 años la permanencia en dicho registro.
6. Exigencia que las decisiones le afecten significativamente a titular o e generen efectos jurídicos adversos para ejercer el derecho de oposición a valoraciones personales automatizadas.
7. Facultad para la determinación de fuentes de acceso público.

## II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

### 1. INCORPORACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE MOTOR DE BÚSQUEDA.

**(i) Texto de indicación 33 del Gobierno.**

*"x) Motor de búsqueda: mecanismo o sistema informático que permite buscar información en internet, anexarla o indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de las personas según un orden de preferencia no aleatorio. Esta actividad se considerará como tratamiento de datos personales y quien efectúe dicho tratamiento será considerado responsable para todos los efectos legales, en la medida que los administradores del motor tomen decisiones respecto al orden en el cual se muestran resultados, o que los datos sean utilizados para la elaboración de perfiles, o cualquier otra actividad catalogada según esta ley como tratamiento de datos personales".*

**(ii) Comentario. Recomendación.**

Se recomienda no incorporar esta definición por las siguientes razones.

(i) A los motores de búsqueda no les corresponde verificar el contenido de lo que se publica y es indexable en internet, ello es responsabilidad de sus creadores, que son las fuentes. En este sentido, la jurisprudencia en Chile ha señalado que los motores de búsqueda, no cumplen con las condiciones para ser considerados responsables del tratamiento de datos personales.

Un motor de búsqueda no es "*el creador de los contenidos publicitados en internet (…). En efecto, (…) un motor de búsqueda (…) no le corresponde (…) verificar la verdad de la información que se trasmite, no dispone almacenarla o publicarla, ni tampoco tiene autoridad para hacerla excluir (…)*" (Página N°6 y siguientes del recurso de protección de autos hacen referencia a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol: 22.243-2016.)

(ii) Tampoco corresponde que la legislación establezca a priori qué entidades son o no responsables del tratamiento. Si el legislador desea efectuar este ejercicio, entonces debe proceder a calificar a todas las entidades públicos o privadas como responsables o no responsables, ejercicio que carece de utilidad, considerando que justamente para eso se está creando una nueva institucionalidad, como el Consejo para la Transparencia y Protección de datos.

(iii) Existe una incongruencia en la regulación propuesta para los motores de búsqueda, ya que mientras la indicación del Ejecutivo, para su definición considera a su administrador *Responsable* si toma decisiones en relación al "*orden en el cual se muestran los resultados*", el actual artículo 15 bis, inciso final del Proyecto de Ley no lo haría, salvo que ese administrador tome decisiones en relación a los "*medios y fines del tratamiento de datos*". De esta forma no existe una concordancia entre cómo establecer que el "orden" de los resultados de un motor de búsqueda, pueda ser equiparable a los "medios y fines", como calificación suficiente para que éste motor sea considerado como *Responsable*, en especial cuando un motor de búsqueda, sólo indexa la información pública disponible en internet, no correspondiéndole verificar su contenido (medio) ni su destino (fines).

Esto ha sido refrendado por la Corte de Apelaciones de Santiago (Sentencia de fecha 2 de octubre de 2017 dictada en causa Rol: 125.580-2016), la cual ha señalado que la información de los resultados entregados por un motor de búsqueda " *(...) (por) aparecer* (en) *un índice de resultados de distintas páginas que entregan esa información,* ***no se aprecia en ello una actuación directa inmediata de aquellos*** (los motores de búsqueda) (...) *p****or cuanto, sólo actúan como un motor de búsqueda de la información pública que ya está en la red digital y que se desea conocer por quien realiza dicha búsqueda.(…)****". (Lo destacado es nuestro).

(iv) Finalmente, advertimos que una definición de este tipo no figura siquiera en el Reglamento Europeo para la Protección de Datos Personales. Esta nueva regulación Europea no consideró pertinente incluir el término, en virtud de que se estaría siendo demasiado casuístico en las definiciones: sería ocioso intentar definir a cada tipo de sujeto dentro de la gama de responsables, encargados, intermediarios o terceros.

## 2. DESEQUILIBRIO OSTENSIBLE EN EL CONSENTIMIENTO.

### (i) Inciso 6 del Artículo 12.

**Texto actual**

"*El consentimiento no se considerará una base jurídica suficiente para la validez del tratamiento de datos, cuando exista un desequilibrio ostensible entre la posición del titular y el responsable*."

**Nuevo texto indicación 80 del gobierno**

"*Si el consentimiento del titular es solicitado como condición para la celebración de un contrato o la prestación de un servicio, no siendo necesario para la ejecución de dicho contrato o la prestación de dicho servicio, se presumirá que el consentimiento no ha sido libremente otorgado, salvo que el responsable haya informado al titular de los datos personales, al momento de solicitar el consentimiento para la celebración, prórroga o renovación del contrato, de manera destacada, tal circunstancia y la forma de acceder a los derechos que esta ley le reconoce.*

*El titular puede revocar el consentimiento otorgado en cualquier momento y sin expresión de causa, utilizando medios similares o equivalentes a los empleados para su otorgamiento. La revocación del consentimiento no tendrá efectos retroactivos.*

*Los medios utilizados para el otorgamiento o la revocación del consentimiento deben ser expeditos, fidedignos, gratuitos y estar permanentemente disponibles para el titular*."

**(ii) Comentario. Recomendación.**

Esta disposición no se encuentra en el derecho comparado, ni en el Reglamento de Datos Personales de la Unión Europea (el "Reglamento"). El Reglamento, en su considerando 43, se refiere a la situación de "desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular." Sin embargo, el Reglamento opta por no incluirlo como una disposición prescriptiva, sino que hacer mención de esta situación en los considerandos, en relación con autoridades públicas. Una disposición como la señalada, pone en riesgo la seguridad jurídica de todo el proyecto de ley y lo afecta seriamente.

Además de lo anterior, la necesidad de calificar un "desequilibrio ostensible" llevará a la autoridad administrativa o judicial a tener que pre-definir escenarios de desequilibrio que pueden encontrarse alejados de la realidad (por ejemplo, la aceptación de una política de privacidad a través de un checkbox online, que es la forma que opera todo el comercio electrónico internacional, quedará proscrita per-se pues se considera que existe un desequilibrio ostensible).

El problema del "desequilibrio ostensible" ya ha sido resuelto tanto por el derecho comparado como por el derecho nacional: (1) generando obligaciones de publicidad y transparencia respecto de la política de privacidad vigente, la que debe ser redactada en forma clara y estar siempre disponible para el titular de los datos, como ocurre en la situación de los contratos de adhesión a propósito de las normas de protección a los derechos del consumidor; y (2) facilitando las herramientas del titular en torno a sus derechos fundamentales como el acceso y la rectificación; mientras que el derecho nacional a través del artículo 1451 del Código Civil y siguientes correspondiente a los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo).

Recomendamos aprobar la indicación 80 del gobierno, que logra un adecuado equilibrio en materia de obtención del consentimiento, cuando el mismo no es necesario para la celebración de un contrato en particular.

**3. OBLIGACIONES A RESPONSABLES SIN DOMICILIO NI RESIDENCIA EN CHILE.**

**(i) Texto de indicación 92 del Senador Harboe, que agrega el siguiente nuevo inciso al Artículo 14:**

*"Además de las obligaciones señaladas en el inciso anterior, el responsable de datos extranjero que realice operaciones o tratamiento con datos pertenecientes a ciudadanos chilenos, deberá fijar un canal de contacto idóneo, válido y vigente con la Agencia de protección de datos personales."*

**(ii) Comentario. Recomendación.**

Esta indicación **afecta el concepto de territorialidad de la ley chilena** y a lo señalado en el artículo 1 del proyecto de ley, toda vez que al no ser aplicable la ley a un responsable de tratamiento de datos personales no constituidos en Chile, la indicación pretende extender la aplicabilidad de la ley a responsable extranjeros, obligándolos con el término **"*Además*"** no solo a: (a) Informar y poner a disposición del titular, de manera expedita y cuando le sean requeridos, los antecedentes que acrediten la licitud del tratamiento de datos que realiza; (b) Asegurar que los datos personales se recojan de fuentes de acceso lícitas con fines específicos, explícitos y lícitos, y que su tratamiento se limite al cumplimiento de estos fines; y (c) Comunicar o ceder, información exacta, completa y actual, sino que también a fijar canal de contacto con autoridad de datos, lo que además podría afectar al principio de reciprocidad de los distintos tratados de libre comercio suscritos por Chile.

Conviene señalar lo establecido en Artículo 11.5 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y los Estados Unidos referente a la "presencia local" del capítulo de comercio transfronterizo de servicios, el cual señala que "*Ninguna Parte podrá exigir a un proveedor de servicios de la otra Parte que establezca o mantenga una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio".*

La obligación del correo electrónico es una forma forzada de exigir a proveedores extranjeros que tengan una presencia en el país para prestar sus servicios, al no hacer el distingo el Tratado de Libre Comercio entre una presencia física o virtual, debemos entender que el articulo 8 bis exigirá a los proveedores una presencia virtual, habilitando al correo electrónico como un canal para que cumpla con las disposiciones del proyecto de ley, lo que también atentaría con el principio de reciprocidad, al no ser exigido por parte de Estados Unidos a Chile.

Finalmente, señalar que esta última obligación además de ser inexistente en el derecho comparado (Reglamento Europeo), también podría afectar al funcionamiento del ecosistema digital, donde hay muchos productos o servicios que se ofrecen por Internet y son accesibles desde Chile. Se corre el riesgo de que se cierren o dejen de ofrecer este tipo de servicios para Chile, por pretender que aquellos proveedores del exterior fijen un canal de comunicación o responsable local.

## 4. OBLIGACIÓN DEL ENCARGADO DE COMUNICAR VULNERABILIDADES.

### (i) Texto de indicaciones.

***"109.-*** *Del Honorable Senador señor Harboe, para reemplazar la frase "cuando exista un riesgo razonable que con ocasión de estos incidentes se genere un perjuicio o afectación para los titulares" por la siguiente: "cuando exista un riesgo para los derechos y libertades de los titulares*".

***128.-*** *Del Honorable Senador señor Harboe, para reemplazarlo por el siguiente: "El tercero mandatario o encargado deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 14 bis, 14 quáter, 14 quinquies y artículo 14 sexies. La diferenciación de estándares de seguridad establecida en el inciso primero del artículo 14 septies también será aplicable al tercero mandatario o encargado. Tratándose de una vulneración a las medidas de seguridad, el tercero o mandatario deberá reportar este hecho a la Agencia de Protección de Datos Personales y al responsable.".*

***129.-*** *De Su Excelencia el Presidente de la República, para reemplazar la expresión "los artículos 14 bis, 14 quater y 14 quinquies", por la expresión "el artículo 14 bis".*

***130.-*** *Del Honorable Senador señor Pérez Varela, para suprimir la expresión "y 14 quinquies*".

**(ii) Comentario. Recomendación.**

Recomendamos no aprobar las indicaciones 109 y 128, por cuanto: (a) en materia de obligar al encargado a comunicar vulneraciones, crearán confusión, ya que frente al titular de datos debe existir solamente el responsable del tratamiento; y (b) en materia de eliminar calificación de riesgo como requisito para decidir o no comunicar una vulneración, en muchas ocasiones, podría haber una pérdida de datos temporal y/o que no produce perjuicio a los titulares de datos personales, o incluso podemos estar hablando de datos de fácil recuperación, por lo que exigir comunicar todas y cada una de las vulneraciones provocará mayores costos a las entidades, lo que favorecerá a las grandes instituciones frente a las pequeñas.

Un encargado cumple un rol técnico y, por definición, neutro. Si bien es de toda lógica que puede ser objeto de una brecha de seguridad al mismo nivel que un responsable, su obligación debe ceñirse a notificar a los responsables de la ocurrencia de esa brecha.

El Reglamento General de Datos Personales establece en su artículo 28 letra (f) una obligación para el encargado de asistir al responsable en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad, pero el sujeto obligado respecto de estas es únicamente el responsable. En ese sentido no tiene el encargado una obligación activa de reportar a la autoridad o a los titulares, la ocurrencia de brechas de seguridad.

En consecuencia**, recomendamos aprobar las indicaciones 129 (Gobierno) y 130 (Senador Pérez Varela)**, de manera tal que para los titulares de derecho la única obligación exigible al encargado, sea la obligación de secreto, sin perjuicio que el encargado debe cumplir las demás obligaciones de medidas de seguridad y comunicación de vulnerabilidades para con el responsable.

## 5. REGISTRO NACIONAL DE CUMPLIMIENTO Y SANCIÓN, DISMINUYENDO DE 5 A 2 AÑOS LA PERMANENCIA EN DICHO REGISTRO POR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES GRAVES Y GRAVÍSIMAS.

**Comentario. Recomendación.**

Se recomienda revisar la conveniencia de la incorporación de este registro y en caso de perseverar en la idea de su incorporación, éste debería:

1. Disminuir el periodo de duración de las anotaciones a 2 años, en vez de los 5 que se contemplan, debido a que un período de duración muy extenso puede ser contraproducente. Si las empresas permanecen por mucho tiempo, es probable que el registro acabe conteniendo a un gran número de infractores y se pierda el efecto de "deshonra" o publicidad negativa que existe tras la idea de llevar un registro (*"sin son muchos los registrados, no es tan malo estar en el registro después de todo").*
2. Limitar el registro solo a infracciones graves y gravísimas, toda vez que podría ser desproporcionado establecer una anotación en un registro público por haber cometido infracciones de carácter leve.

## 6. EXIGENCIA QUE LAS DECISIONES LE AFECTEN SIGNIFICATIVAMENTE A TITULAR O E GENEREN EFECTOS JURÍDICOS ADVERSOS PARA EJERCER EL DERECHO DE OPOSICIÓN A VALORACIONES PERSONALES AUTOMATIZADAS.

Texto del proyecto aprobado en general por la Comisión de Constitución.

*"Artículo 8° bis.- Derecho de oposición a valoraciones personales automatizadas. El titular de datos tiene derecho a oponerse a que el responsable adopte decisiones que le afecten significativamente en forma negativa o le produzcan efectos jurídicos adversos, basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles.*

*El titular no podrá ejercer este derecho de oposición en los siguientes casos:*

*a) Cuando la decisión del responsable sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable;*

*b) Cuando exista consentimiento previo y expreso del titular, y*

*c) Cuando lo disponga la ley.*

*En los casos de las letras a) y b) del inicio anterior, el responsable deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos del titular, en particular el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión".*

**Comentario.**

**Esta norma proviene del tanto del artículo 8 del texto original del proyecto del Ejecutivo y del artículo 17 de la moción de los Senadores que posteriormente fue refundido y que cuyo resultado fue un texto tomado casi textual del artículo 22 del Reglamento Europeo.**

Sin embargo, el mismo Reglamento Europeo en su artículo 23 establece más limitaciones que las señaladas en los literales a), b) y c) del artículo 8 bis del proyecto de ley aprobado en general. A este respecto y solo a modo de ejemplo, el Reglamento señala que las legislaciones nacionales europeas podrían limitar el derecho de oposición de tratamiento automatizados por razones de a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública.

En la misma línea argumentativa, el considerando N°72 del Reglamento Europeo, señala que se podrán tomar decisiones basadas en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, para fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal, para garantizar la seguridad y la fiabilidad de un servicio prestado por el responsable del tratamiento.

Lo anterior podría darse por ejemplo en un portal de compras, donde un usuario ocasional comete fraude y estafas ¿No sería en este caso razonable pensar que el portal a partir de un comportamiento habitual de fraudes de una persona pueda automatizar por ejemplo el bloqueo de venta o compra en ese mismo portal en orden de proteger a los demás usuarios?

Finalmente llama la atención, que la disposición del texto aprobado en general no haga un distingo en el tipo de dato personal sobre el cual se realizará el tratamiento automatizado, por cuanto exige para la realización de tratamiento automatizado consentimiento expreso, en circunstancias que la regla general exige un consentimiento inequívoco e informado. Quizás es preciso señalar que cuando se realice un tratamiento automatizado sobre datos sensibles, se requiera ese consentimiento expreso, por cuanto lo que busca por ejemplo el Reglamento Europeo es reducir "*al máximo el riesgo de error,*

*asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto*" estos es, datos sensibles.

**7. FACULTAD PARA LA DETERMINACIÓN DE FUENTES DE ACCESO PÚBLICO.**

Texto del proyecto aprobado en general por la Comisión de Constitución.

*"Articulo 31 (...)*

*ñ) Resolver las solicitudes o consultas relativas a si una determinada base de datos o conjunto de datos es considerada fuente de acceso público e identificar categorías genéricas que posean esta condición".*

Sin embargo, se ha decidido por equipo técnico de asesores, reemplazar el articulo por el siguiente:

*ñ) Determinar y resolver las solicitudes o consultas relativas a si una determinada base de datos o conjunto de datos es considerada fuente de acceso público e identificar categorías genéricas que posean esta condición".*

Lo anterior implica que además de resolver las consultas a petición de interesados que pudieran hacérseles a la autoridad con respecto a la determinación de si una base de datos es o no fuente de acceso público, ahora también en una ampliación de sus facultades, la autoridad podrá determinar de oficio y de manera amplia y sin contrapesos no solo sobre una base específica, sino que también sobre una categoría genérica.

Lo anterior tiene los siguientes riesgos asociados:

(i) Frente a una determinación de oficio de la autoridad sobre el carácter de fuente acceso publico de una base, no existe en el proyecto de ley una acción de impugnación por parte del responsable de datos sobre ese pronunciamiento, por cuanto el reclamo de ilegalidad de ante la Corte de Apelaciones es sobre la resolución que determina las infracciones que cometan los responsables de datos por incumplimiento o vulneración de los principios, derechos y obligaciones establecidas en la ley y no sobre las determinaciones de la autoridad sobre las bases de datos, dejando al responsable en un total indefensión, teniendo en cuenta que el no cumplimiento de requerimientos de la autoridad es de consideración GRAVE y que además la autoridad puede iniciar el procedimiento de infracción de oficio, no habiendo oportunidad de objetar el pronunciamiento previo que motiva el procedimiento.

(ii) Lo anterior además posee una arista constitucional, por cuanto al no existir una forma de impugnar la determinación si una base de datos es fuente de acceso al público o no, se puede considerar como una forma de censura previa, infringiendo lo dispuesto en el artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República, por cuanto una autoridad dispondrá en forma previa si una determinada información puede ser utilizada.

**********