

Autorregulación
y protección de datos personales

Raúl Arrieta Cortés

I. Introducción

El aumento de la complejidad y la actual estructura corporativa de la sociedad, sumadas a la gran envergadura y diversidad de sus demandas tienen excedida por completo la capacidad de respuesta del Estado frente al impacto de la tecnología sobre los derechos de las personas. Ello origina que diariamente se vea sobrepasada la tutela de los derechos con lo que el sentimiento de infortunio ciudadano comienza a ser cada vez mayor.

Probablemente una de las áreas donde lo anterior tiene más significación en nuestro país es en lo que a tratamiento de datos personales se refiere, entendiéndose por éste cualquier operación, complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos de cualquier otra forma.⁽¹⁾

Basta con repasar un día cualquiera de un habitante de la ciudad de Santiago para tomar un mínimo de conciencia respecto de que prácticamente en todas las actividades que realizamos se pueden estar registrando nuestros datos, aunque la mayoría de las veces no tengamos ninguna conciencia de que ello está ocurriendo. Muchos de nosotros cotidianamente pagamos con algún medio electrónico, transitamos por las autopistas urbanas, empleamos tarjetas de identificación o registro magnético, encendemos nuestro computador e ingresamos a la red, nos autenticamos mediante un nombre de usuario y una clave en diferentes plataformas y para diferentes servicios, indicamos nuestro RUT al comprar en algún establecimiento, dando información acerca de nosotros mismos día a día y a cada minuto. Si bien, estas acciones son en apariencia inocuas e indispensables para el quehacer cotidiano, no tenemos la menor idea respecto a qué se hace con toda la información que de ellas se recolecta y que, sin duda, permite obtener un sinfín de conclusiones en torno a nuestra persona.

(...) no tenemos la menor idea respecto a qué se hace con toda la información que de ellas se recolecta y que, sin duda, permite obtener un sinfín de conclusiones en torno a nuestra persona.

(1) Artículo 2° de la ley 19.628, sobre protección de la vida privada.

De este modo, más allá de cualquier opinión o valoración subjetiva que tengamos sobre este punto, nos parece que sí es posible afirmar que el tratamiento de datos da espacio para construir perfiles de las individuos sobre la base de su quehacer, lo que indudablemente puede terminar produciendo estigmatizaciones, que junto con amenazar el legítimo ejercicio de los derechos individuales deterioran nuestra democracia al reconocer como normales condiciones de

(...) nos encontramos con que diariamente las personas están dejando rastros de su actuar y que lo que se hace con dicha información puede traer una serie de riesgos para ellas y la sociedad, a lo que se suma que el Estado se encuentra desbordado para hacer frente a estas situaciones.

convivencia que erosionan los principios más elementales de una república democrática, fórmula utilizada por nuestra carta fundamental para establecer la forma jurídica política del Estado.

En síntesis nos encontramos con que diariamente las personas están dejando rastros de su actuar y que lo que se hace con dicha información puede traer

una serie de riesgos para ellas y la sociedad, a lo que se suma que el Estado se encuentra desbordado para hacer frente a estas situaciones.

Ante esta situación han surgido diversas posiciones. Por una parte se encuentran un conjunto de corrientes doctrinales neoliberales que propugnan la innecesariedad del Estado. En contrapartida, está la Ciencia Política y el Derecho Administrativo que han propuesto encontrar soluciones alternativas, basadas en una modificación de las formas de actuación de los poderes públicos.

Lo anterior es especialmente relevante si consideramos que como resultado de la opacidad con que funcionan las tecnologías y que a consecuencia de ello el hombre medio no es capaz de conocer y entender la forma en que éstas operan, será sólo la acción del Estado, a través de su función de policía, la que posibilite una protección de los derechos frente a las consecuencias del desarrollo tecnológico, lo que obviamente habrá de tener lugar en una nueva forma de relación con la sociedad.

De este modo las siguientes páginas fueron escritas con la convicción de que más que plantearse la eliminación del Estado, resulta indispensable bosquejar formas diferentes de acción para hacer frente a la incapacidad de reacción que hoy éste posee. Así, consideramos que no es posible seguir aplicando las categorías jurídicas tradicionales para resolver problemas que tienen un origen, un impacto y una realidad tan diferente a las que se tuvieron

en consideración a la hora de configurar nuestro marco jurídico. A partir de estas premisas sentaremos las bases de lo que consideramos ha de ser una propuesta que nos permita recurrir a la autorregulación como técnica de ordenación, propugnando la instrumentalización de normas y controles privados al servicio de fines públicos definidos por el propio Estado.

Cabe destacar que en ningún caso el presente trabajo sugiere recurrir a la autorregulación como medio de eliminación o sustracción de competencias públicas, sino que, muy por el contrario, se vislumbra como un mecanismo que permite —valiéndose de todas las capacidades privadas— asegurar una intervención del Estado efectiva y eficiente en la tutela de los derechos de las personas, impactados por el desarrollo tecnológico.

II. Regular la autorregulación: Una técnica de intervención administrativa

Hasta hace no mucho tiempo atrás la autorregulación había sido vista como una alternativa privatista para que el mercado encuentre por sí mismo su propio equilibrio, mientras la regulación era percibida como el instrumento de que dispone el Estado para garantizar los equilibrios del mercado. Claramente se trata de mecanismos diferentes para la optimización del funcionamiento de éstos, donde por un lado es la propia sociedad la que busca y define cómo hacerlo y, por otro, es el Estado el que lo hace como garante y promotor del bien común. Así, estas técnicas tenían un claro matiz económico, al ser formas de intervención en el mercado.

No obstante, hace ya unas décadas en nuestros entornos de referencia, fundamentalmente en la Unión Europea, es posible ir advirtiendo algunos cambios en el modo en que se relaciona la autorregulación y la regulación. Así, se ha ido dando paso a una forma en la cual la primera empieza a convertirse en un instrumento utilizado por los poderes públicos que —bajo una apariencia de ampliación de la autonomía de la sociedad en la definición de sus reglas de conducta— ha logrado ir escondiendo una nueva forma de intervención estatal. A través de esta mutación lo que se

Hasta hace no mucho tiempo atrás la autorregulación había sido vista como una alternativa privatista para que el mercado encuentre por sí mismo su propio equilibrio, mientras la regulación era percibida como el instrumento de que dispone el Estado para garantizar los equilibrios del mercado.

persigue es poner al servicio de objetivos públicos toda la capacidad técnica, económica y social de los privados para la consecución de fines públicos. De este modo, la autorregulación deja de ser un fenómeno estrictamente privado y la regulación estatal, en parte, se despoja de su tradicional carácter coactivo

(...) sin duda representa un riesgo el hecho de que sea la propia profesión o sector industrial el que fije las normas que habrán de ser seguidas para brindar la tutela de las libertades que se han visto contaminadas como consecuencia del desarrollo tecnológico.

y autoritario y, simultáneamente, renuncia a intervenir directamente en ciertas relaciones sociales, siempre y cuando la ordenación de éstas manifieste con absoluta nitidez la satisfacción de los bienes públicos en cuestión.

Ahora bien, sin duda representa un riesgo el hecho de que sea la propia profesión o sector industrial el que fije las

normas que habrán de ser seguidas para brindar la tutela de las libertades que se han visto contaminadas como consecuencia del desarrollo tecnológico. No es posible dejar de considerar que bajo esta figura se dota de poder y autoridad a ciertos sectores para que, amparados en el principio de corresponsabilidad en la gestión de los riesgos,⁽²⁾ desarrollen sus propias estructuras normativas como complemento o alternativa a la legislación. Así, quienes aparecen, en último término, como los principales responsables de poner en riesgo los derechos de las personas con el desarrollo de su actividad, son los que imponen las reglas que les servirán para mostrarse como los ferros defensores de los derechos de sus clientes ante la insuficiencia de las regulaciones aprobadas por el Estado, o bien, como los principales interesados en adecuar la normativa general a sus particularidades, de manera de generar estándares adaptados a las necesidades del referido sector, facilitando su cumplimiento y asegurando la tutela de los derechos en éste.

Es por ello que consideramos que la autorregulación orientada a establecer pautas de conducta comunes a una serie de sujetos no es suficiente para solventar las lesiones que se pueden producir en los derechos de las personas.

(2) Se trata de un principio que ha sido impulsado en la Unión Europea que se materializa en la actuación conjunta del Estado y la sociedad para garantizar ciertos fines, constitucionalmente asignados exclusivamente a los Estados, como lo son la protección de la vida, de la integridad de las personas, de la salud, de la seguridad, del medio ambiente, entre otros, como consecuencia de la responsabilidad que le cabe a la propia sociedad en la generación de los riesgos sobre dichos fines, básicamente como consecuencia del desarrollo tecnológico.

Para que la autorregulación realmente sea útil y confiable estimamos que resulta indispensable que sea el propio Estado el que regule el contexto de ésta, lo que supone, por un lado el establecimiento de sistemas de control de la misma y, por otro, la fijación legal o reglamentaria de: los fines que ésta debe cumplir; las normas procedimentales aplicables a la adopción de sus instrumentos; la composición de los organismos vinculados a ella; y los requisitos de capacidad técnica y de imparcialidad exigibles a los sujetos que se autorregulan. Sólo así será posible garantizar la existencia de un sistema en que las actividades de un sector se encuentran sujetas a un conjunto de normas y controles privados, pero asegurando las garantías fundamentales implicadas. Adicionalmente, facilita el control que hace el Estado sobre dichas actividades, ya que deja de necesitar un *expertise* detallado en cada una de ellas para centrar su accionar en la supervisión del buen funcionamiento de los sistemas de autorregulación.

Así, se sugiere un sistema de regulación pública de la autorregulación, donde la expresión “regulación” es utilizada como un instrumento con el que cuenta el Estado para ordenar una profesión o sector industrial mediante leyes y/o actos administrativos. Claramente se tratará de una manera de ordenar la forma en que podrá operar la autorregulación para asegurar que se logren generar a través de ella los equilibrios económicos y sociales pretendidos. Junto a ello, es importante tener en consideración que se trata de una regulación de policía, donde lo que el Estado persigue no es el correcto funcionamiento del mercado, como ocurre en la regulación económica, sino proteger una serie de derechos y bienes socialmente relevantes.

Es en ese contexto que consideramos que la autorregulación es capaz de generar efectos públicos y con ello servir como técnica de intervención administrativa que —no obstante representar una forma mucho más tenue de los mecanismos tradicionales— encarna un significativo medio de intromisión del Estado en las relaciones entre éste y la sociedad, permitiendo aprovechar y optimizar los recursos que ofrece la propia sociedad para garantizar la consecución efectiva de fines públicos y, con ello, adicionalmente, ampliar el alcance efectivo de la tutela del Estado hacia una gran diversidad de materias, con complejidades técnicas

Para que la autorregulación realmente sea útil y confiable estimamos que resulta indispensable que sea el propio Estado el que regule el contexto de ésta, lo que supone, por un lado el establecimiento de sistemas de control de la misma (...)

significativas, al deber éste únicamente volcar sus esfuerzos y recursos en la función administrativa de control y supervisión.

III. Autorregulación regulada y protección de datos personales

Es en materia de protección de datos personales donde quizás nos encontramos frente a uno de los espacios en los que resulta más fácil advertir cómo el Estado se ha pasado discutiendo cuál es la mejor forma de incrementar los niveles de protección de los derechos de las personas, por el impacto que sobre los mismos ha tenido la capacidad, aparentemente ilimitada, de las nuevas tecnologías y telecomunicaciones para tratar información de los individuos en tiempo real. Así, con una simple visita al sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional⁽³⁾ es posible encontrar una veintena de proyectos de ley en trámite que responden

(...) en los últimos diez años no ha pasado nada respecto a este tema, evidenciando así la tolerancia del Estado ante una evidente, flagrante y diaria vulneración de los derechos de las personas, tanto por los organismos públicos como por los privados.

a la búsqueda por el criterio “protección de datos” y más de una treintena que responde al criterio “vida privada”, en lo referido a tratamiento de datos.

Ello permite imaginar una fecunda discusión nacional sobre el tema, pero ésta ha sido más bien aparente pues en los últimos diez años no ha pasado nada respecto a este tema, evidenciando así la tolerancia del Estado ante una evidente, flagrante y diaria vulneración de los derechos de las personas, tanto por los organismos públicos como por los privados.

En ese escenario es que consideramos necesario que la sociedad aborde la solución de un problema tan estructural para la convivencia democrática y no siga esperando que sea sólo el Estado el que ampare los derechos. Parece indispensable recurrir al principio de corresponsabilidad y apelar a una técnica de intervención, como la autorregulación regulada, para que tanto la sociedad como el Estado jueguen el rol que les corresponde en la protección de los derechos de las personas y, con ello, mejorar la capacidad de las instituciones de cumplir el cometido más elemental de una sociedad, esto es, concurrir en la satisfacción de las necesidades de los nacionales. Para ello resulta indispen-

(3) www.bcn.cl sección “Tramitación de Proyectos”, búsqueda por “Palabra o Frase”.

sable que todos los actores que intervengan no escatimen sus esfuerzos en la configuración de un mínimo ético.

Ahora bien, probablemente en este punto podamos convenir que se trata de una de las cuestiones que más trabajo podría significar, pues llegar a ese mínimo o máximo ético implica poner en orden el mundo de los laberintos que se genera a partir de la diversidad de sistemas morales, de la confusión respecto del concepto de libertad humana, de la maraña de los valores, del problema del fin y los medios, o del enredo que se deriva de la “obligación moral”.⁽⁴⁾

Sin embargo, en materia de protección de datos personales la cuestión no debería ser tan compleja si consideramos que con ella lo que se busca es permitir la libre circulación de los datos. Lo que realmente se desea es que la información fluya sin más restricciones ni trabas que las necesarias para asegurar que ese intercambio de información no termine por amenazar o conculcar los derechos de las personas. Así, en nuestro caso para determinar un mínimo ético, o al menos proponerlo, resulta imprescindible recurrir a la génesis de la carta fundamental, para lo cual no es vano recordar que el anteproyecto constitucional y sus fundamentos nos recuerdan que la Constitución, al disponer en su artículo 1º que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad”, ha querido consagrar esta norma no sólo inspirada en los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino especialmente en la tradición libertaria de Chile, respetuosa de la persona humana como ser dotado de inteligencia y voluntad libre por su creador. El respeto a la dignidad del hombre es pues el principio fundamental que inspira la nueva constitución.⁽⁵⁾

De este modo, cualquier construcción de un mínimo ético en materia de protección de datos personales debe considerar la libertad y la dignidad de la persona como núcleo esencial y, en tal sentido, tener en cuenta que frente a dichos

Lo que realmente se desea es que la información fluya sin más restricciones ni trabas que las necesarias para asegurar que ese intercambio de información no termine por amenazar o conculcar los derechos de las personas.

(4) Corcoba, Victor. ¿Hasta dónde llega el mínimo ético? Consulta [02.01.2011] En Línea: <http://clasica.xornal.com/article.php?sid=2006121113216>

(5) Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos p.11, citado en Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 46, de 21 diciembre de 1987, considerando 17. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/563> [consulta: 19 de octubre de 2009].

valores constitucionales no importa el parecer del titular de los datos, siempre será obligación del Estado protegerlos. Como consecuencia de ello cualquier estructura de protección de los mismos necesariamente ha de configurarse como un sistema de derechos para los titulares de carácter indisponible.

Ahora bien, para aproximarse a lo que podría ser una intervención del Estado en esta materia a través de una autorregulación con efectos públicos, es que consideramos conveniente recurrir a un concepto de autorregulación con vocación en la protección de datos, dado por la Unión Europea en el año 1998,⁽⁶⁾ en cuya virtud se la puede definir como el conjunto de normas que se aplican a la pluralidad de responsables del tratamiento de datos que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión. Tal vez a dicha conceptualización únicamente sería conveniente agregarle que el contexto de la misma, es decir, la forma en que se produce, el contenido mínimo que ha de tener y el modo en que se controla se encuentran determinados por el propio Estado.

Así, cualquier reconocimiento que haga el Estado de sistemas privados de protección de datos personales ha de considerar que el asunto debe ser abordado dualmente, por una parte para dar una adecuada protección a los principios o valores que han de inspirar la protección de datos y que brindan contenido sustancial a la misma y, por la otra, para establecer normas de ejecución que permitan

(...) cualquier sistema autorregulativo junto con fijar las normas de conducta, ha de configurar una estructura compleja de protección de las personas que sea capaz de articular un nivel satisfactorio de cumplimiento de las normas (...)

garantizar el cumplimiento de las normas dadas en la implementación de los referidos principios. De este modo, cualquier sistema autorregulativo junto con fijar las normas de conducta, ha de configurar una estructura compleja de protección de las personas que sea capaz de articular un

nivel satisfactorio de cumplimiento de las normas, apoyo y asistencia a los interesados en el ejercicio de sus derechos, y vías adecuadas de recurso a quienes resulten perjudicados por la no observancia del cumplimiento de las normas que se ha fijado la profesión o sector industrial de que se trate.

(6) Comisión Europea. Grupo de Trabajo sobre la Protección de las Personas Física en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Documento de Trabajo DG XV D/5057/97: Evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos de un país tercer? Adoptado el 14 de enero de 1998.

En síntesis un sistema de autorregulación en materia de protección de datos deberá considerar un código deontológico, un mecanismo de resolución alternativa de conflictos y atribución de efectos públicos a la autorregulación.

(...) un sistema de autorregulación en materia de protección de datos deberá considerar un código deontológico, un mecanismo de resolución alternativa de conflictos y atribución de efectos públicos a la autorregulación.

Código Deontológico

Partiremos por señalar que se trata de un conjunto de normas y deberes dirigidos a un colectivo para guiar la forma en que se desarrolla una actividad o profesión desde una perspectiva ética. Es por ello que se trata de un documento que plasma el “deber ser” sin intentar emitir juicios de valor respecto a cómo los destinatarios del código desarrollan sus labores. Así, lo que verdaderamente se persigue con éstos es establecer lo que está bien y mal para con ello precisar cuál es el comportamiento deseable por el sector o profesión cuando trata datos personales.

En lo que se refiere a su contenido, estimamos que deberá recurrirse a los principios en que se sustenta la protección de datos personales, entendiendo que éstos son una serie de preceptos informadores, con pretensión de carácter universal, que han de inspirar la forma y la oportunidad en que se desarrolla el tratamiento de datos personales por parte de los responsables del mismo y de los bancos de datos.⁽⁷⁾ Sólo con la finalidad de facilitar la comprensión del asunto, esbozaremos las características primarias de cada uno de ellos, haciendo presente que los principios básicos de la protección de datos son los siguientes, sin que la numeración sea en ningún caso taxativa ni que su importancia esté estimada en función del lugar que ocupan en la lista que sigue:

a. La recogida de datos debe realizarse de manera justa y legítima:

El tratamiento de datos personales debe efectuarse, por una parte, con la debida proporción y, por la otra, de manera lícita. La debida proporción está determinada por el hecho de que la recogida se haga de manera pertinente a sus propósitos y en ningún caso de manera excesiva en consideración a los ámbitos y finalidades legítimos para los cuales fueron obtenidos los datos personales.

(7) ARRIETA, R. “Chile y la Protección de Datos Personales: Compromisos Internacionales”, en Chile y la Protección de Datos Personales: ¿Están en Crisis Nuestros Derechos? Serie Políticas Públicas. Ediciones Universidad Diego Portales 2009, pp. 16.

La licitud de la recogida tiene que ver básicamente con el hecho de que ésta debe realizarse con el consentimiento del interesado para lo cual será indispensable que no se recurra a procedimientos ilícitos o desleales, de manera que el titular de los datos tenga la capacidad de saber en todo momento que sus datos están siendo recogidos, sea a través de sistemas manuales y/o automatizados.

b. Exactitud: El tratamiento de datos personales deberá realizarse de manera de brindar certidumbre respecto a la verdadera situación de su titular. Para

Que los datos sean actuales apunta a que sean capaces de reflejar la verdadera situación temporal de su titular, sólo así el uso que se haga de la información de una persona será capaz de dar cuenta de la verdadera realidad de la misma.

ello el responsable del tratamiento tendrá que desarrollar su actividad velando porque los datos sean exactos y adoptando todas las medidas razonables para que éstos sean actuales y completos.

Que los datos sean actuales apunta a que sean capaces de reflejar la verdadera situación temporal de su titular, sólo así el uso que se haga de la información de una persona será capaz de dar cuenta de la verdadera realidad de la misma. Por su parte que sean completos, apunta a que importa que los datos tengan la capacidad de reflejar íntegramente la situación de su titular de manera de evitar errores de omisión.

Sólo en la medida que concurren copulativamente dichos elementos del principio será posible asignarle a esos datos un real valor y la posibilidad de producir lesiones en los derechos de las personas se verá disminuida.

c. Finalidad: Al momento de realizarse la recogida de datos personales, junto con el deber de informar al titular respecto de ésta y de requerirle su autorización para que pueda tener lugar, es necesario que se especifique el uso que se dará a los datos.

Al respecto resulta necesario considerar que al momento de precisar la finalidad de la recogida se fija el alcance de lo que el responsable del tratamiento de datos podrá hacer con ellos.

En ningún caso la autorización que una persona otorga para que traten sus datos personales puede ser entendida o considerada como un “cheque en blanco” para que se haga con ellos cualquier cosa.

Así, es la autorización que otorga el titular de los datos la que determinará los usos justos y legítimos de los mismos, por lo que es especialmente importante que en la publicidad de la finalidad se haga una clara alusión respecto a los fines, si los datos serán o no revelados a terceras personas, si serán cedidos, el período de tiempo por el cual serán almacenados, el que no debe en ningún caso ser superior al necesario para la consecución de los fines para los cuales han sido recolectados.

(...) es la autorización que otorga el titular de los datos la que determinará los usos justos y legítimos de los mismos (...)

De este modo la finalidad declarada por el responsable del tratamiento de datos personales, ya sea con anterioridad o en el momento mismo de efectuarse la recogida de los mismos, será la que determinará el contenido máximo de la autorización dada por el titular para su tratamiento, pues la información jamás podrá utilizarse para las finalidades incompatibles a las que se tuvieron en consideración al momento de realizar el tratamiento. Ello es especialmente importante si tenemos presente que los objetivos de los tratamientos posteriores pueden ser incompatibles con los objetivos originariamente especificados.

Finalmente, resulta importante considerar que la finalidad incompatible deberá analizarse siempre a la luz de la autodeterminación informativa, de manera tal que baste que la declaración que haga el responsable del tratamiento de datos sea suficiente como para que con la diligencia del hombre medio el titular de los datos sepa si la información facilitada será empleada según los fines para los cuales él consintió.

d. Proporcionalidad: Este principio viene dado por el hecho de que los datos que se recolecten de las personas guarden relación con los objetivos perseguidos con el tratamiento. Así, se trata de un principio que se encuentra íntimamente ligado con el de la finalidad, toda vez que el análisis de la proporcionalidad deberá hacerse necesariamente teniendo en consideración si el fin perseguido con el tratamiento de datos puede ser suplido por la realización de una actividad distinta a la del citado tratamiento, sin que la finalidad sea alterada o perjudicada.

De este modo al enfrentarse a la cuestión de si un determinado tratamiento de datos es proporcional, se hará necesario determinar si se puede estar en presencia de medidas excesivas, para lo cual deberá examinarse la proporcionalidad sobre la base de la adecuación, necesidad y ponderación de éste.

Así, lo que éste ordena es que la actividad de tratamiento de datos se reduzca al mínimo necesario para alcanzar los fines perseguidos, ya que ningún objetivo ulterior puede justificar un uso extensivo de los datos personales tratados pues ello es justamente lo que puede posibilitar la lesión de derechos y la pérdida de capacidad de los titulares de datos para controlar las informaciones que sobre ellas circulan.

(...) ningún objetivo ulterior puede justificar un uso extensivo de los datos personales (...)

e. Transparencia: Al ser la protección de datos personales un sistema preventivo que justamente lo que persigue es que la libre circulación de los datos se realice con el conocimiento del titular de los mismos, resulta indispensable que el tratamiento se ponga oportunamente en conocimiento del titular de manera que pueda ejercer los derechos que la Ley le otorga al titular de éstos. Adicionalmente, que las bases de datos en que estén se encuentren fácilmente en conocimiento de los titulares de manera que en todo momento puedan revisar si sus datos se encuentran o no incorporados en un registro en particular.

f. Participación individual: Este principio representa uno de los elementos más relevantes en la tutela dinámica de los derechos que trae consigo la protección de datos personales, de manera que el titular de éstos pueda seguirlos sin importar el lugar en que se encuentren, y con ello velar activamente por el adecuado tratamiento de los mismos.

Es posible advertir que en virtud de este principio es que las normativas han de consagrar una serie de derechos a favor del titular de datos que le permita conocer quien está tratándolos, por qué motivo y al mismo tiempo ejercer los derechos que permitan que el tratamiento de los mismos satisfaga los principios señalados precedentemente, posibilitando que se adecúe cualquier información que no permita representar cabalmente la situación de una persona a través de sus datos.

g. Seguridad: El tratamiento de datos personales supone la realización de un conjunto de operaciones, manuales o automatizadas, las que para evitar perder el control de la información requieren implementar medidas tecnológicas y de procesos orientadas a asegurar los datos y detectar oportunamente cualquier acceso no autorizado a los mismos.

Así, será indispensable que el código establezca la obligación de considerar estas medidas, tanto en la fase de diseño como de implementación de los sistemas de protección de datos, para lo cual deberá contemplarse, por una parte, el riesgo asociado al tratamiento de la información en función de la naturaleza de los datos que se tratan y, por la otra, el estado de la técnica y el costo de su aplicación.

De este modo, el código deberá importar la implementación de los principios señalados con miras a asegurar:

1. Que los responsables del tratamiento de datos personales conozcan clara y precisamente cuál es la conducta deseada por parte de la profesión o sector industrial de que se trata.
2. Que sean conocidos los derechos que se le reconocen a los titulares de los datos.
3. Que se brinde asesoría y apoyo a los titulares de datos para que conozcan sus derechos y las formas en los cuales pueden hacerlos exigibles en el marco del código.
4. Que se imponga un régimen sancionatorio efectivo que permita disuadir y reprimir las infracciones al código.

Mecanismo de resolución alternativa de conflictos

Partiremos señalando que los mecanismos de resolución alternativa de conflictos son aquellos métodos de prevención y solución de conflictos originados a propósito de la relación entre los responsables del tratamiento de datos personales y los titulares de los mismos, cuya resolución es encargada a órganos imparciales diversos de los tribunales de justicia.

La finalidad de implementar un mecanismo de esta clase se orienta a desarrollar en los titulares de datos la capacidad de hacer valer sus derechos con rapidez, eficacia y sin que los costos asociados aparezcan como un desincentivo para accionar. De este modo, lo que

(...) desarrollar en los titulares de datos la capacidad de hacer valer sus derechos con rapidez, eficacia y sin que los costos asociados aparezcan como un desincentivo para accionar.

finalmente se persigue es reducir los costos transaccionales del reclamo y de esta forma permitir que los titulares de datos se sientan más tranquilos y seguros al poder identificar con facilidad a quiénes tratan sus datos y saber que cuentan con un medio de restablecimiento de sus derechos en caso de vulneración, el que junto con ser expedito no ha de significar costos significativos.

Es por lo anterior que el mecanismo deberá estructurarse sobre la base de los siguientes principios:

a. Equidad: Por su intermedio se debe permitir que el titular de los datos pueda conocer inmediatamente la existencia del mecanismo de solución de controversias; que haya un tercero independiente con suficiente conocimiento y destrezas como para poder cumplir sus deberes responsablemente; que la puesta en movimiento del sistema sea gratuita o de muy bajo costo, considerando el valor de la disputa; que las barreras geográficas sean eliminadas o reducidas al mínimo; que los plazos de resolución de los conflictos permitan arribar expeditamente a solución y que siempre se mantenga resguardado el derecho de los titulares de datos de accionar judicialmente.

(...) se debe permitir que el titular de los datos pueda conocer inmediatamente la existencia del mecanismo de solución de controversias (...)

b. Visibilidad: La disponibilidad del mecanismo debe ser evidente para el titular de datos, por lo cual la información que el responsable del tratamiento de los mismos brinde al momento de solicitar el consentimiento deberá incluir esta información.

c. Accesibilidad: Cualquier titular de datos debe poder poner en movimiento el procedimiento y, en consecuencia, no deben existir barreras que lo dificulten. Con relación a los costos, se ha dicho que idealmente debe ser gratuito o de muy bajo costo, sin embargo, es necesario tener claro que ese punto está referido a la posibilidad de accionar y no a los costos que significa el proceso mismo, como pueden ser los valores asociados a la producción de la prueba.

d. Duración: El titular de datos que recurra a este mecanismo debe poder obtener rápidamente un pronunciamiento.

e. Finalidad: El mecanismo debe diseñarse e implementarse considerando que su objeto es resolver las disputas que se produzcan.

f. Cumplimiento: Atendiendo a que lo que se persigue con esta clase de mecanismos es que sean capaces de resolver las disputas que se produzcan, es que resulta indispensable definir los medios de solución como equivalentes jurisdiccionales.

Atribución de efectos públicos a la autorregulación

En este punto hacemos alusión a la necesidad de que el Estado sea el que reconozca y le otorgue consecuencias jurídicas a los códigos deontológicos y mecanismos alternativos de solución de controversias que cumplan con las condiciones que la propia ley o reglamentación le imponga a estos sistemas.

(...) lo primero que parece necesario dilucidar es qué significa atribuir efectos públicos a la autorregulación (...)

Al respecto, lo primero que parece necesario dilucidar es qué significa atribuir efectos públicos a la autorregulación y la respuesta, no obstante parecer bastante clara y directa, posee consecuencias jurídicas que son significativas. Así, estos efectos suponen una gradación donde es posible distinguir entre: efectos habilitantes, efectos probatorios, efectos vinculantes y efectos de cosa juzgada.

Finalmente, será necesario determinar la forma en que la autorregulación debe producirse para poder ser objeto de reconocimiento público, de manera que con ella se salvaguarden adecuadamente los fines públicos que se desea proteger con esta tenue, pero efectiva, forma de intervención del Estado.

IV. Recomendaciones finales

1. Desarrollar acciones de fomento para que los diferentes sectores industriales y profesionales elaboren sistemas de autorregulación que salvaguarden los derechos de las personas cuando se tratan sus datos personales.
2. Elaborar guías sectoriales de buenas prácticas que contribuyan al desarrollo de los códigos deontológicos y de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

3. Reconocer legalmente que los sistemas de autorregulación que cumplan con ciertas características son capaces de producir efectos públicos.
4. Establecer un mecanismo de supervigilancia y fiscalización del cumplimiento de los sistemas de autorregulación.
5. Sancionar severamente el incumplimiento de los sistemas de autorregulación.

Autor



Raúl Arrieta Cortés

Abogado, Universidad Central de Chile, Magíster (c) en Derecho Público de la Universidad de Chile. Consejero del Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.

© 2011 Expansiva

La serie **en foco** recoge las investigaciones de la **Corporación Expansiva**, las que tienen por objeto promover un análisis interdisciplinario y riguroso sobre los temas fundamentales de la sociedad actual, con el fin de hacer propuestas que contribuyan a mejorar las políticas públicas del país.

Se agradece la participación de Raúl Arrieta como coordinador del proyecto que dio origen a este documento, así como el apoyo otorgado por el Comité de Retail Financiero. La presente versión fue editada por Daniela Crovetto y tanto ésta como todo el quehacer de Expansiva se encuentran disponibles en www.expansiva.cl

Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que su fuente sea citada.