

identificatoria, en el fondo repudia al pensamiento constitucional de un Estado de Derecho por cuanto puede constituir la base de un modelo de Estado en que es factible realizar seguimientos casi perfectos de la persona a través de las “huellas de ADN” que inevitablemente deja a su paso, haciendo trizas la autodeterminación informativa.¹⁸

En efecto, al constituir identidad de la persona, podría significar el inicio de un sistema universal de identificación y seguimiento con finalidades de control social ilegítimas en el marco de un Estado de Derecho.

7.- CONCLUSIONES

Al terminar estas páginas sólo cabe enfatizar que la solución interpretativa propuesta, esto es, basar la protección de los datos concernientes a los perfiles de ADN en el artículo 8 número 7 de la Directiva 95/46/CE en vez de apoyarla en una interpretación abierta de lo que debe entenderse por datos de salud, si bien sirve de mejor manera a la finalidad que se persigue, la verdad es que no es una solución de fondo y definitiva respecto de otras eventualidades que pudieren presentarse.

Básicamente se trata de una opción hermenéutica temporal, pues más temprano que tarde el legislador comunitario, que fuera sorprendido por el avance tecnocientífico, deberá volver a pronunciarse con más acierto de forma de evitar la vulneración de derechos, ya que es evidente que en este punto la Directiva 95/46/CE ha caído en obsolescencia.

Al respecto, sólo nos cabe recomendar la incorporación expresa de todos los datos de ADN como datos sensibles para efectos de garantizar su debida protección pues, tal como nos recuerda Ahti SAARENPÄÄ,

*“El estándar de protección de datos (...) constituye un indicador de la democracia: mientras más efectivamente protegemos nuestros datos personales, más cerca nos encontramos de la idea de democracia. Y por otro lado, podemos preguntarnos si un Estado sin legislación sobre protección de datos personales es una democracia realmente”.*¹⁹

CATEGORÍAS DE DATOS RECONOCIDAS EN LA LEY 19.628

Paula Jervis Ortiz

Candidata a Magíster en Derecho, Universidad de Chile
Investigadora Centro de Estudios en Derecho Informático

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LA AUTORIZACIÓN O CONSENTIMIENTO.- 2.1.- DEFINICIÓN O CONTENIDO.- 2.2.- EXTENSIÓN.- 2.3.- OBLIGATORIEDAD.- 2.4.- REVOCACIÓN.- 3.- CATEGORÍAS DE DATOS RECONOCIDAS EN LA LEY 19.628.- 3.1.- DATOS PROVENIENTES DE FUENTES ACCESIBLES AL PÚBLICO.- 3.2.- DATOS DE PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS.- 3.3.- DATOS PERSONALES RELATIVOS A OBLIGACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO, FINANCIERO, BANCARIO O COMERCIAL.- 3.4.- DATOS SENSIBLES.- 3.5.- DATOS DE SALUD SENSIBLES.- 3.6.- DATOS MÉDICOS.- 3.7.- DATOS PÚBLICOS.- 3.8.- DATOS PENALES.- 3.9.- DATOS PERSONALES EN GENERAL.- 4.- CONCLUSIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN

Desde siempre la información que se posee de otros – y su acceso – ha constituido un bien valorado y preciado por las personas, ya que les permite tomar decisiones más eficientes respecto de una amplia gama de situaciones que van desde el ámbito estrictamente personal al profesional o comercial. Como sostiene Richard POSNER, esbozando una explicación a lo señalado anteriormente, “I believe such an explanation is possible, most clearly where an actual or potencial relationship, whether business or personal, creates opportunities to profit (monetarily or not) from possessing information about someone else”.¹ Efectivamente la información y más específicamente, una correcta y acertada información, es necesaria para la eficiente toma de decisiones y así obtener una ganancia.

En este último tiempo, esta demanda por información personal ha ido aumentando de la mano de la tecnología, generándose un escenario de acceso a información de calidad y en forma más rápida y económica para quien la necesite o la solicite. Este aumento en el mercado de la información personal, ha generado que las personas se sientan ahora más amenazadas en su privacidad que antaño. Surge, así, con más fuerza, el conocido conflicto o choque en la protección de distintos bienes jurídicos: ¿Protegemos el derecho de las personas a mantener su información personal alejada del conocimiento de terceros, les otorgamos el derecho a decidir sobre quién y cómo se

¹⁸ SAARENPÄÄ, Ahti, *Op. cit.*, p. 18.

¹⁹ *Ídem.*

¹ POSNER, Richard “*The Economics of Justice*”. Harvard University Press, Cambridge, 1981, p. 232.

puede acceder a esa información? o bien, ¿protegemos el derecho de las personas a conocer la información de terceros?, es decir, en una sola pregunta: ¿a quién asignamos la titularidad respecto al control o decisión sobre este ámbito de la privacidad, cual es la información personal?, luego, ¿cómo protegemos esa titularidad?

Nuestro ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, dio respuesta a estas inquietudes –mal o bien, es motivo de otro artículo–, estableciendo determinadas titularidades o asignaciones de derechos, ya sea al titular de los datos personales o a aquél que está interesado en tratar esos datos. El objeto de este artículo es proponer una nueva clasificación de los datos personales regulados por la ley, conforme al grado o importancia que juega la autorización o consentimiento en la categoría de dato personal de que se trate.

La Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada o de Protección de Datos Personales, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999, tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada por el Senador Cantuarias el 05 de enero de 1993, que buscaba “llenar un vacío en nuestro ordenamiento y cuyo propósito es buscar una adecuada protección al derecho de la privacidad de las personas, en el ámbito del Derecho Civil, ante eventuales intromisiones ilegítimas”.²

La moción contemplaba disposiciones que determinaban la extensión de la vida privada (derecho a la propia imagen, intimidad personal y familiar, anonimato o reserva, vida tranquila sin hostigamientos ni perturbaciones; inviolabilidad del hogar y de toda otra forma de comunicaciones privadas), prohibía las intromisiones ilegítimas a ella, establecía mecanismos de protección frente a éstas, y otorgaba instrumentos de compensación ante eventuales daños morales y materiales que se produjeran por eventuales injerencias ilegítimas. Dentro del amplio objeto de esta moción, se contemplaba un Título II denominado “De la Protección de Datos”, que luego de que la moción fuera conocida por la Cámara de Diputados quedó como el único ámbito de la privacidad regulado en el proyecto de ley y posteriormente en la Ley 19.628.

2.- LA AUTORIZACIÓN O CONSENTIMIENTO

Uno de los principios fundamentales que se reconocen en materia de tratamiento de datos personales es el denominado principio del consentimiento del afectado, así lo reconoce Ana HERRÁN cuando señala que “No hará falta insistir en la importancia que el derecho del consentimiento alcanza en la protección de datos personales, ya que a partir del reconocimiento de un derecho a consentir el tratamiento de los datos se estructura y organiza la autodeterminación informativa o la facultad de los interesados de establecer y decidir sobre el tratamiento de la información que les concierne”.³ Este principio recibe reconocimiento con mayor o menor fuerza en todas las legislaciones protectoras de datos, como asimismo, en las declaraciones de organismos internacionales sobre los principios rectores que deben estar presentes en materia de tratamiento de datos personales.

² Diario Sesiones del Senado. Pág. 3079. Tomo 2890.

³ HERRÁN, A., “El Derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales”. Madrid, Dykinson. 2002, p. 220.

Al referirnos al consentimiento o autorización en la Ley 19.628, lo haremos desde las características que éste presenta a propósito de los siguientes elementos: definición o contenido, extensión, excepciones y revocación.

2.1.- Definición o contenido

A diferencia de algunas legislaciones extranjeras⁴, la ley 19.628 no entrega una definición de la autorización o consentimiento del titular de los datos, limitándose a señalar que “El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. La autorización debe constar por escrito”.

En el ámbito del derecho comparado, especialmente el europeo, se indican ciertas características que debe cumplir el consentimiento del titular de los datos⁵, las cuales se pueden resumir en que éste debe ser: manifestado, libre, específico e informado.

Que el consentimiento sea manifestado quiere decir que se requiere que éste sea declarado, ya sea en forma tácita o expresa.⁶ En este punto, nuestra ley no da cabida a interpretaciones sobre la posibilidad de una autorización tácita para efectuar tratamiento de datos personales, ya que exige que el titular consienta expresamente en ello y que lo haga, además, por escrito. Respecto al momento en que debe ser prestada la autorización en tanto manifestación de voluntad, la Ley 19.628 guarda silencio, lo que ha llevado a un autor nacional, Renato JIJENA, a señalar que “como

⁴ La Ley Orgánica de Protección de Datos española define el consentimiento en su artículo 3 letra h) en los siguientes términos: “Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el interesado consienta el tratamiento de los datos personales que le conciernen”. Asimismo, el artículo 2 de la ley 2.472 de protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal de 26 de marzo de 1997 de Grecia, define el consentimiento como “toda indicación libremente prestada, explícita y específica, por la que el titular del dato expresamente y plenamente consciente, es decir, informado, consiente a que los datos relativos a él sean tratados”. También el artículo 3 letra h) de la ley 67/98 de 26 de octubre de 1998 sobre la protección de datos personales de Portugal define el consentimiento del titular de los datos como cualquier manifestación de voluntad, libre, específica e informada, por la cual el titular acepta que sus datos personales sean objeto de tratamiento. Todas estas legislaciones se inspiran en lo señalado en la Directiva Europea sobre la materia, la cual en su artículo 2 letra h), define el consentimiento del interesado como toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la cual el interesado consienta el tratamiento de datos que le conciernen.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Algunos autores como Emilio DEL PESO, indican que cabe la posibilidad que el consentimiento en materia de protección de datos, pueda asumir tres formas: expreso, tácito y presunto, ya que en ningún artículo de la ley (la LOPD española) se dice cuántos tipos de consentimiento existen, pero unas veces habla de consentimiento expreso escrito, otras de consentimiento expreso y otras simplemente de consentimiento. Expreso es el que se manifiesta mediante un acto positivo o declarativo de la voluntad, sea en forma oral o escrita. Tácito es el que se produce cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume como acto de aceptación. Presunto es el que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino que de un comportamiento o conducta que implica aceptación. DEL PESO, Emilio, “Protección de datos. La nueva LORTAD”, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 2000.

nada se dice, creemos que la autorización podrá ser otorgada antes o después de iniciado el procesamiento con lo cual tendría lugar la ratificación".⁷

No compartimos este criterio por dos razones: la primera es de orden lógico, si se permitiera la figura de la ratificación en la práctica la exigencia de la autorización del titular para efectuar tratamiento de datos no operaría, y estaríamos, entonces, en presencia de un sistema normativo en el cual la regla general es poder efectuar libremente tratamiento de datos personales, funcionando en este sistema el consentimiento ex-post, ya sea para ratificar o bien para impedir el tratamiento de datos, en los casos en que fuera necesario el consentimiento del titular conforme a la ley⁸; la segunda razón es de texto, el inciso primero del artículo 4 de la ley es claro cuando indica que "el tratamiento de datos personales sólo puede efectuarse... cuando el titular consienta expresamente en ello", por lo tanto, y en contrario, si el titular de los datos no consiente expresamente en ello, el que pretende efectuar tratamiento de sus datos personales no puede siquiera dar comienzo al proceso de tratamiento, ya que no cuenta con la autorización inicial del titular de los datos exigida por la norma.

El consentimiento libre dice relación con la ausencia de vicios del consentimiento.⁹ La Ley 19.628 no señala, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las legislaciones europeas, que la autorización del titular de los datos deba ser libre, lo que en nuestra perspectiva es acertado, ya que no resulta necesario establecer este requisito del consentimiento en forma expresa, ya que la autorización en tanto manifestación de voluntad para que produzca sus plenos efectos debe cumplir con los requisitos que se presentan como generales en nuestro ordenamiento, dentro de los cuales nuestro Código Civil indica al consentimiento libre de vicios.¹⁰

Que el consentimiento sea específico "hace referencia con claridad a que el consentimiento debe recogerse para un determinado tratamiento. Se une por tanto el problema del principio del consentimiento con el principio de la finalidad".¹¹ Nuevamente, si bien la Ley 19.628 no se refiere en forma expresa a este requisito del consentimiento, podemos observar que éste se encuentra recogido con mediana intensidad cuando se establece la obligación en el inciso segundo del artículo 4 para el que pretende efectuar tratamiento de datos de informar al titular de ellos el propósito del almacenamiento de sus datos y cuando el artículo 9 de la ley indica que "Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público". Por último, respecto a este requisito, creemos que éste no se cumple si se utilizan fórmulas genéricas que no indican una finalidad en el

tratamiento específica, como por ejemplo, indicar que se almacenarán los datos personales con el objeto de efectuar tratamiento de ellos.

Finalmente, que el consentimiento sea informado requiere que se deba cumplir con lo señalado en la legislación respectiva en cuanto a los contenidos que deben ser informados al titular de los datos cuando éste presta su consentimiento. A este respecto, nuestra ley es menos exigente que las legislaciones existentes en otros países¹², ya que el inciso segundo del artículo 4 de la ley 19.628 sólo obliga a informar en forma debida a la persona que autoriza respecto del propósito del almacenamiento de los datos personales y su posible comunicación al público, es decir, conforme al artículo 2 letra c) si los datos personales recogidos se darán a conocer a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.

2.2.- Extensión

Llamamos extensión de la autorización o consentimiento, a su exigencia tanto para el tratamiento de datos personales, como para la transferencia de ellos a terceros. En el ámbito comparado, algunas legislaciones no sólo han señalado como regla general el consentimiento para efectuar tratamiento de datos, sino que también, específicamente para la cesión de ellos a terceros.¹³ Nuestro legislador optó por no seguir esta tendencia de manera que no se exige autorización para la comunicación o transferencia de datos a terceros.¹⁴

2.3.- Excepciones

El artículo 4 de la Ley 19.628 en su inciso primero indica el principio general existente en materia de protección de datos personales, tanto en nuestro país como en el ámbito internacional, cual es que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la propia Ley 19.628 u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. Por lo tanto, las excepciones al consentimiento por parte del titular de los datos, sólo pueden ser establecidas por normas de rango legal, ya sea aquellas que se señalen en la misma ley 19.628 o en otra norma de igual jerarquía. Las excepciones a la autorización del titular de los datos que se indican en la ley suelen ser agrupadas en cuatro.¹⁵

⁷ JUJENA, Renato. 2001 "La ley chilena de protección de datos personales. Una visión crítica desde el punto de vista de los intereses protegidos", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Univ. de Los Andes, núm. 5, 2001, pp. 85-111, especialmente p. 104.

⁸ Este sistema es el que los autores norteamericanos denominan opt-out.

⁹ Cf. MARTÍNEZ, C., "Protección de datos de carácter personal. El consentimiento en entidades financieras", Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, 2002, p. 62.

¹⁰ Artículo 1445 del Código Civil: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.- que sea legalmente capaz; 2.- que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.- que recaiga sobre un objeto lícito; 4.- que tenga una causa lícita".

¹¹ Cf. MARTÍNEZ, C., *Op.cit.* p. 67.

¹² Por ejemplo, la Ley Orgánica española de Protección de Datos (LOPD) señala en su artículo 5 número 1 que: "Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante."

¹³ Así ocurre con las legislaciones argentina, española, italiana, entre otras.

¹⁴ La cesión y transferencia de datos, será estudiada con profundidad en el próximo acápite.

¹⁵ VIAL, F. 2001. "La ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal una visión general", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Univ. de Los Andes, núm. 5, 2001, pp. 23-37.

- i) Cuando los datos personales provienen o se recolectan de fuentes accesibles al público, cuando sean (artículo 4):
 - a. De carácter económico, financiero, bancario o comercial;
 - b. Se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento; o,
 - c. Sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.
- ii) Cuando se trate del tratamiento de datos personales que efectúen personas jurídicas privadas, siempre que se trate copulativamente:
 - a. De datos personales para uso exclusivo de las personas jurídicas privadas, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas.
 - b. El tratamiento se efectúe con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de los mismos.
- iii) En los casos de tratamiento de datos personales que efectúen organismos públicos respecto de materias de su competencia (artículo 20).
- iv) Cuando el tratamiento de datos personales se efectúe para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares (artículo 10).

Respecto a otras disposiciones legales que constituyan una excepción al consentimiento del titular de los datos, podemos encontrar aquellas que en forma expresa autorizan el tratamiento de datos, como también normas que implican tácitamente una autorización para efectuar el tratamiento de los datos sin consentimiento de la persona a la cual éstos conciernen. Ejemplo del primer tipo de disposición encontramos la ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, en donde su artículo 3 N° 12 señala como función del consejo: "Desarrollar y operar un sistema nacional y regional de información cultural de carácter público. Para la operación del sistema nacional y regional de información cultural, a que hace referencia este numeral, el Consejo podrá crear un banco de datos personales, de aquellos señalados en la Ley 19.628".¹⁶ Respecto a autorizaciones tácitas para efectuar tratamiento de datos, el Código del Trabajo establece en su artículo 10 las estipulaciones que debe contener el contrato de trabajo, dentro de las cuales encontramos información personal del trabajador, como por ejemplo, su individualización, nacionalidad, fecha de nacimiento, ingreso. Podemos señalar que, en este caso, al exigir la ley que el contrato de trabajo contenga datos personales del trabajador, el empleador se encuentra autorizado por una disposición legal a efectuar tratamiento de estos datos personales, sin necesidad, consecuentemente, de una autorización expresa por parte del empleado, debiendo, en todo caso, el empleador cumplir con las normas que se indican en la Ley 19.629, respecto a la finalidad del tratamiento, seguridad, calidad de los datos, etc.

2.4.- Revocación.

La ley contempla la posibilidad para el titular de los datos de revocar la autorización que ha otorgado para que se efectúe tratamiento de su información personal; el inciso 4 del artículo 4 prescribe: "La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también

deberá hacerse por escrito". Respecto a la norma citada, cabe preguntarse qué significa que la revocación de la autorización no tenga efectos retroactivos: la historia de la ley y la jurisprudencia no se han pronunciado, en doctrina nacional Alberto CERDA ha indicado que la irretroactividad de la revocación implica la no privación de legitimidad al tratamiento de que fueron objeto los datos personales con antelación¹⁷, es decir, el resultado de la revocación es la imposibilidad para el autorizado de seguir efectuando tratamiento de los datos personales a partir del momento en que ésta le es comunicada por escrito por el titular de los datos respectivo, siendo legítimas en consecuencia, las operaciones efectuadas sobre los datos con anterioridad a la referida revocación, incluyendo eventuales cesiones a terceros de los datos, y es con respecto a este punto que se produce el siguiente cuestionamiento: ¿La revocación de la autorización produce efectos respecto del tercero al cual legítimamente se le cedieron los datos con anterioridad a ella? Para responder esta pregunta se debe, en primer lugar, determinar si esta revocación implica que los datos en cuestión se deban eliminar o cancelar¹⁸, o bien el titular de los datos ejerce junto con la revocación el derecho de cancelación que le otorga el inciso 4 del artículo 12 de la ley¹⁹, se debe aplicar lo señalado en el inciso final del artículo citado que señala que: "Si los datos cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuere posible determinar las personas a quienes se les hayan comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos", la finalidad de este aviso, aun cuando la ley no lo diga en forma expresa, no puede ser otra que el tercero al cual se le han cedido o comunicado los datos sepa que no puede seguir efectuando tratamiento de los datos que fueron eliminados. Sin perjuicio de lo señalado, reconocemos que puede argüirse que al no estar regulada en nuestra legislación la figura de la autorización del titular de los datos en la cesión de ellos y al ser legítimo el tratamiento de datos efectuado con antelación a la revocación—incluida la cesión—la respuesta a la pregunta que efectuamos es negativa, es decir, este tercero podría legítimamente seguir tratando los datos personales cedidos no obstante la revocación.

Los datos personales²⁰ o datos de carácter personal son, conforme la definición del artículo 2 letra f) de la Ley 19.628, "los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales,

¹⁷ CERDA, Alberto, "La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales", Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2003, 260 pp.

¹⁸ Hipótesis que creemos es correcta, ya que la no eliminación de los datos implica en la práctica que se sigue efectuando tratamiento de ellos, dada la amplitud con que la ley define tratamiento de datos: "Tratamiento de datos, cualquier operación o 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 en cualquier otra forma." Art. 2 letra o) Ley 19.628.

¹⁹ Artículo 12 de la Ley 19.628 inciso 4: "Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal".

²⁰ La ley 19.628 efectúa una primera gran clasificación de los datos entre datos personales y datos estadísticos. Los datos estadísticos son definidos en el artículo 2 letra e) como aquellos, que en su origen, o como consecuencia de su tratamiento -a través de un procedimiento de disociación de datos- no pueden ser asociados a un titular identificado o identificable. Su característica fundamental es que no están protegidos, al ser imposible asociarlos a una persona determinada o determinable, por lo que no son considerados en la clasificación propuesta.

¹⁶ Ley N° 19.891. 2003. Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes.

identificadas o identificables". Como se puede observar, se trata de una definición bastante amplia que abarca cualquier información que se refiera a un sujeto identificado o susceptible de serlo.²¹ Todos los datos que regula la ley, salvo los denominados datos estadísticos, calzan dentro de este concepto de datos personales, sin embargo, la regulación que la ley efectúa de esta gran categoría de datos —la de datos personales— no es similar. El criterio que se utilizará en este artículo para categorizar los distintos tipos de datos personales, está determinado por el mayor o menor grado de control que es otorgado por la ley al titular de los datos respecto a la información que le concierne, es decir, conforme la intensidad con que se presenta la asignación de titularidades al referido titular. Para ello, tomamos en cuenta la necesidad que tiene el titular del registro o banco de datos de solicitar autorización al titular de los datos personales si pretende efectuar tratamiento respecto de ellos. A este respecto, la regla general establecida en el artículo 4 de la ley indica que el tratamiento de datos personales sólo se puede efectuar cuando exista una autorización legal para ello, o bien exista una autorización previa y por escrito por parte del titular de los datos. Los distintos tipos de datos que se pueden reconocer en la normativa, en base al criterio expuesto, son los siguientes:

3.- CATEGORÍAS DE DATOS RECONOCIDAS EN LA LEY 19.628

Como señaláramos en la introducción, la clasificación de los datos personales que se regulan en la Ley 19.628, se efectuará a continuación, teniendo como criterio basal distinguidor la mayor o menor exigencia de la autorización del titular de los datos, como elemento legitimante del tratamiento de datos personales.

3.1.- Datos personales provenientes de fuentes accesibles al público

Este tipo de datos se caracteriza porque se pueden tratar sin autorización del titular, en tres hipótesis taxativas y alternativas que contempla la ley en su artículo 4° inciso quinto²², a saber:

- a) Cuando sean datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial, o;
- b) Cuando sean datos que se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o;
- c) Cuando sean datos necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Constituye, pues, este tipo de datos una excepción al principio general que exige la autorización previa del titular de los datos para efectuar su tratamiento. Dada la importancia práctica que reviste la excepción, nos referiremos a continuación *in extenso* a ella.

²¹ Persona identificable es toda aquella, cuya identidad puede determinarse, ya sea de forma directa o indirecta, a través de uno o más elementos de su identidad.

²² No obstante, existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a que el inciso transcrito se refiere a tres hipótesis distintas de datos contenidos en fuentes accesibles al público y no a requisitos copulativos de procedencia de la excepción, cabe mencionar que de una primera lectura y dado lo confuso de la redacción, podría llegar a concluirse que se trata de la regulación de tres requisitos copulativos que deben cumplir los datos contenidos en fuentes accesibles al público, para que proceda la excepción.

Derecho comparado

En derecho comparado esta excepción se encuentra establecida en algunas de las leyes de protección de datos europeas y algunas latinoamericanas, que han tomado como fuentes las referidas leyes europeas. En Europa, las leyes española e italiana establecen el concepto de fuentes accesibles al público como excepción al principio general del consentimiento del titular, y la alemana e inglesa utilizan el concepto como excepción a otros principios o reglas, lo anterior no obstante que la Directiva Europea sobre la materia²³ que no se haya referido a ellas. Así, la LOPD define a las fuentes accesibles al público en su artículo 3 letra j), como "Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación", estableciendo en el artículo 6.2 que no será necesario el consentimiento del afectado, es decir, del titular de los datos, cuando "los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado". Cabe hacer presente que al momento de la discusión parlamentaria del proyecto de ley chileno, la ley que regulaba el tratamiento de datos personales en España era la LORTAD, que al igual que su sucesora la LOPD, reconocía la existencia de las fuentes accesibles al público, pero de una manera mucho más abierta, ya que no se les definía respecto a determinadas hipótesis (censo, guías telefónicas, colegios de profesionales) sino que de manera general sólo se limitaba a señalar que se permitía el tratamiento de datos provenientes de fuentes accesibles al público sin el consentimiento del afectado.²⁴ Luego el Real Decreto 1332/1994, definió a los datos accesibles al público, como "los datos que se encuentran a disposición del público en general, no impedida por cualquier norma limitativa, y están recogidos en medios tales como censos, anuarios, bases de datos públicas, repertorios de jurisprudencia, archivos de prensa, repertorios telefónicos o análogos, así como los datos publicados en forma de listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indica-

²³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Octubre 1995.

²⁴ Artículo 6 LORTAD. Consentimiento del afectado. 1. El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato. 3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos.

ción de su pertenencia al grupo".²⁵ De su parte, la ley italiana sobre protección de datos, también excepciona a la regla general del consentimiento, cuando los datos provienen de registros públicos, listados, acciones o documentos accesibles por cualquier persona.²⁶ La ley alemana de protección de datos²⁷, se refiere en más de una oportunidad al concepto de fuente accesible al público, pero aplicado a determinados ámbitos, y no como una excepción amplia al consentimiento, así, por ejemplo, la sección 29, permite en el caso de agencias de créditos tratar los datos si éstos han sido extraídos de fuentes accesibles al público, a menos que el titular de éstos tenga un interés superior legítimo en orden a no permitir el señalado tratamiento. Por último, en el marco europeo, la ley de protección de datos de Inglaterra también establece una excepción referida a fuentes accesibles al público, pero, al igual que la ley alemana, no como una excepción al consentimiento, sino que como excepción a ciertos principios establecidos en la ley.²⁸ En el ámbito latinoamericano, las pocas legislaciones que contemplan leyes generales de protección de datos, establecen la excepción de fuentes accesibles al público, así, la ley argentina de protección de datos establece en su 5º número 2 letra a) que no se requiere el consentimiento del titular de los datos cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto²⁹, no señalando, sin embargo, qué se debe entender por el referido concepto; una norma similar se contempla en la recientemente publicada ley de protección de datos de Uruguay, la que indica en su artículo 4º que: "No requiere previo consentimiento el registro y posterior tratamiento de datos personales cuando: a) Los datos provengan de fuentes públicas de información, tales como registros, archivos o publicaciones en medios masivos de comunicación".³⁰

De lo señalado a propósito del tratamiento de esta excepción en el derecho comparado, se puede concluir que éste es disímil, en algunos países como España y Alemania, se presenta como un concepto restringido, ya sea por su propia definición como en el caso español, ya sea, porque el titular de los datos pueden oponerse a la aplicación de la excepción fundado en un interés superior legítimo. De otra parte, países como Argentina, Uruguay e Italia, incluyen la excepción en forma amplia y sin restricciones.

En el caso chileno, se observa una mezcla de ambas tendencias, ya que si bien se establecen tres hipótesis en que opera la excepción, haciéndola restrictiva, tanto la naturaleza de ellas como la

definición legal de fuentes accesibles al público, hacen que en la práctica, la excepción sea utilizada con gran amplitud.³¹

Historia de la Ley

Esta excepción no estaba contemplada en el proyecto de ley original, recién se incorporó en el proyecto presentado en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, con una redacción que incluía dos de las hipótesis que existen actualmente en la ley, a saber: la referida a los datos patrimoniales y a los datos contenidos en listados relativos a una categoría de personas.³²

Ya en el tercer trámite constitucional la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara del Senado estimó conveniente acoger una sugerencia formulada por los Ministerios Secretaría General de la Presidencia y de Justicia, en el sentido de intercalar una letra nueva, en la que se defina el concepto de "fuentes accesibles al público", lo que permitiría hacer claridad en cuanto al alcance de dicha expresión, que tiene particular relevancia para determinar los casos de excepción en que no se requiere autorización del titular de los datos personales para someterlos a tratamiento.

La letra nueva que se propuso por la Comisión fue: "h) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes." Definición que fue aprobada, y forma parte actualmente del artículo 2 de la ley.

Respecto de la discusión parlamentaria de esta excepción, interesante fue el debate que se produjo a propósito de una sugerencia de la Asociación de Marketing Directo, la que propuso utilizar como forma de hacer compatibles la protección de los datos personales con el desarrollo de esa actividad comercial, el mecanismo de la autoexclusión, en virtud del cual se reconoce a cada individuo el derecho de requerir de parte de quien haya recolectado, almacenado, procesado y utilizado sus datos que deje de hacerlo, procediendo las sanciones que se contemplaba en el proyecto de ley en el evento que no se diera cumplimiento de esto último. Al respecto, la Comisión consideró que el artículo se limitaba a desarrollar conceptos que estaban contenidos en el proyecto aprobado en el primer trámite constitucional por el H. Senado, en el sentido de establecer como norma general que el tratamiento de datos personales requiere de la autorización de la persona a la

²⁵ Real Decreto 1332/94, sobre reglamentación de la LORTAD. Junio 1994.

²⁶ Artículo 12 Legge N° 675, tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali. Diciembre 1996: "Casi di esclusione del consenso. 1. Il consenso non è richiesto quando il trattamento: c) riguarda dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque".

²⁷ Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Enero 2002.

²⁸ Data Protection Act of 1998, Part IV: Exemptions. 34. Personal data are exempt from (a) the subject information provisions, (b) the fourth data protection principle and section 14(1) to (3), and (c) the non-disclosure provisions, if the data consist of information which the data controller is obliged by or under any enactment to make available to the public, whether by publishing it, by making it available for inspection, or otherwise and whether gratuitously or on payment of a fee.

²⁹ Ley 25.326 de Protección de los datos personales. Octubre 2000.

³⁰ Ley 17.838 de Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de hábeas data. Septiembre 1994.

³¹ Prueba de ello, es la gran cantidad de sentencias, que se apoyan en la excepción "fuentes accesibles al público", para rechazar recursos de protección interpuestos en contra de empresas que efectúan tratamiento de datos patrimoniales. *Vid.* Sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4934-2000 de 26.11.2002; rol 4915-2000 de 21.12.2000; rol 4371-2001 de 30.01.2001; rol 4013-2000 de 11.12.2000; rol 246-2000 de 27.07.2000; rol 1797-2000 de 25.05.2000 y rol 1396-2000 de 30.05.2000, sentencias de Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3395-2000 de 26.03.2002, rol 2381-2001 de 21.09.2001, rol 2346-2001 de 07.11.2001.

³² El artículo 5 inciso 5º en comento indicaba: "No requiere autorización la recolección o comunicación de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial que provengan o se recojan de fuentes accesibles al público, o de datos personales contenidos en listados relativos a una categoría de personas, en la medida que se limiten a indicar la pertenencia del individuo a ese grupo, a señalar su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento."

cual se refieren dichos antecedentes, o la autorización legal. Además, estimó que, siendo dicha persona el titular de los datos, como se propondrá consagrarlo durante el estudio en la Comisión Mixta, no se le brindaría la protección que anuncia la denominación de este cuerpo legal si se sustituye ese mecanismo por el de la autoexclusión, ya que ello implicaría que datos respecto de los cuales corresponde al titular resolver si los da a conocer o no, o si permite que sean objeto de tratamiento, pudiesen ser utilizados incluso sin su conocimiento. Ello obligaría al particular cuyos datos personales se encuentren almacenados a estar permanentemente consultando sobre la inclusión de sus datos en los bancos, lo cual resulta, a todas luces, imposible de poner en práctica, o, al menos, constituiría una carga gravosa e injustificada, atendido que la titularidad de los datos le pertenece.³³ Por último, la Comisión coincidió en la necesidad de aclarar que estas tres únicas excepciones sólo pueden referirse a datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público.³⁴

Luego, la Comisión Mixta en su informe, efectúa ciertas aclaraciones de importancia al momento de interpretar la excepción de fuentes accesibles al público, indica que: “las excepciones a la exigencia de autorización se entienden siempre referidas a datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público. Dentro de ese marco general, se enuncian de manera taxativa tres situaciones en que deben encontrarse los datos: ser de carácter económico, financiero, bancario o comercial; estar contenidos en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento; o ser necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios” y que “El concepto de “fuentes accesibles al público” que se usa en el inciso quinto, y que está definido en el artículo 2º, letra h), se refiere a registros de datos personales que están conformes a derecho, no a aquellos de carácter ilegal. Por ende, la mención de este inciso a datos personales provenientes o recolectados de tales fuentes alude a datos obtenidos lícitamente”.³⁵

De la historia de ley se puede concluir que las hipótesis a las cuales se les aplica la excepción de fuente accesible al público son taxativas y alternativas, y que debe tratarse de fuentes que contengan datos obtenidos legítimamente, esto es, en cumplimiento de la legislación y especialmente de las normas establecidas en la Ley 19.628. Sin embargo, del estudio de la historia de la ley no se puede colegir cuál es el verdadero sentido y alcance del concepto fuentes accesibles al público, el cual como ya hemos señalado, resulta esencial para determinar la amplitud de la excepción. Al respecto la escasa doctrina nacional esboza dos soluciones: o se entiende que todas las fuentes de datos personales serán de acceso público, no restringido o reservado a los solicitantes, salvo que una ley establezca lo contrario, es decir, que una ley señale que determinado registro o fuente es reservada, o bien, se entiende lo contrario, esto es, que todas las fuentes de datos personales son de acceso restringido salvo que una ley señale lo contrario.

Basado en tres argumentos Alberto CERDA indica que la segunda interpretación es la correcta, sus argumentos son los siguientes: “primero, la ley en examen ha pretendido brindar protección a la vida privada y tal espíritu se aviene mejor con ella; segundo, la información recogida de fuente accesible al público hace excepción a la regla general, cual es que el procesamiento de datos personales supone el consentimiento informado del titular de ellos, en consecuencia debe ser interpretada en un sentido restrictivo; y, tercero, aun cuando existen disposiciones legales que prevén la confidencialidad o secreto de ciertos datos, su propósito no ha sido, siquiera lejanamente, adjudicar publicidad a situaciones diversas de las por ellas regladas”.³⁶

Renato JIJENA, de su parte, sostiene la tesis contraria, fundamentalmente debido a que, según indica, en Chile existen algunas fuentes de información que son de acceso restringido ya que existen leyes que previamente así lo han establecido al darle a los datos el carácter de reservados o confidenciales, por ejemplo, el secreto bancario o el secreto de filiación política, de manera que al existir tales normas, son de acceso restringido; si no existieran (que es la regla general) serán de acceso permitido o fuentes públicas, así concluye que en Chile todas las fuentes de datos personales serán en principio, por regla general y legalmente de acceso público, no restringido o reservado a los solicitantes, salvo, que una ley especial -como las nombradas-, o una norma o resolución administrativa o una cláusula contractual de confidencialidad, establezcan expresamente lo contrario.³⁷

Por nuestra parte, compartimos en parte este último criterio, porque cuando la ley ha querido darle el carácter secreto y/o confidencial a una determinada información, así lo ha hecho en forma expresa, como por ejemplo, respecto a los secretos estadísticos, bancarios, tributarios, filiación política; lo anterior, sobre todo teniendo presente que en nuestro ordenamiento, en el ámbito público, rige como regla general la publicidad, y el secreto opera sólo como excepción. De manera que la regla general, a lo menos en el ámbito público, es que las fuentes de datos personales sean públicas, salvo que una norma establezca lo contrario.

Sin embargo, la conclusión anterior no es tan clara en el ámbito privado. ¿Podemos concluir aplicando lo señalado anteriormente que todas los registros de datos personales de naturaleza privada constituyen, por regla general, fuentes accesibles al público, ya que su acceso es irrestricto o permitido a quien lo solicite? La conclusión que se obtenga no es baladí, y creemos que se debe solucionar caso a caso, convirtiéndose en una cuestión de hecho que deberá en su momento ser interpretada por los Tribunales de Justicia.³⁸

³⁶ CERDA, Alberto, “La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 70.

³⁷ JIJENA, Renato, *op. cit.*

³⁸ Así por ejemplo, en el caso de los datos patrimoniales que poseen el Boletín Comercial o DICOM, es claro que se trata de fuentes accesibles al público, ya que cualquiera puede acceder a ellos pagando determinada cantidad de dinero en forma previa; no existe acá un acceso restringido a los solicitantes. Pensemos ahora, en los mismos tipos de datos patrimoniales, pero que son tratados en esta ocasión por una casa comercial; en este caso, usted no obtendrá un resultado positivo si se acerca a la casa comercial solicitando acceder a los datos de una persona distinta de usted, ya que en este tipo de casos se trata de fuentes que a la luz de la definición legal no son accesibles al público.

³³ No obstante esta declaración, que demuestra el espíritu de la legislación en la materia, actualmente y en la práctica, efectivamente el titular de los datos se encuentra gravado con esta carga, es decir, debe estar consultando sobre la inclusión de sus datos en registros o bancos de datos.

³⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, sobre protección de la vida privada. Diario Sesiones del Senado, p. 2086.

³⁵ *Ibidem.*

De esta manera, y a modo de conclusión, para poder determinar si estamos en presencia de una fuente de datos personales accesible al público o no, debemos establecer en primer lugar, su naturaleza, así, si se trata de un banco de datos público, esto es, cuyo responsable del tratamiento es un órgano público, se tendrá que indagar si existe alguna norma que establezca el carácter de secreto o de acceso restringido a los solicitantes respecto del tipo de dato específico que se solicita, lo anterior porque en el ámbito público rige como regla general el principio de la publicidad, constituyendo la excepción el secreto o reserva, así por ejemplo, si se visita la página web del Servicio de Registro Civil e Identificaciones³⁹, se podrá observar que se ofrece el servicio de venta de certificados de nacimiento, defunción, matrimonio, anotaciones vigentes de vehículos motorizados en forma no restringida a quien los solicite, sin embargo, no se permite acceder en forma irrestricta a, y por lo tanto no se vende el servicio, certificados que digan relación, por ejemplo, con el historial penal de una determinada persona, ya que en este caso, sí existe una norma legal que establece su secreto.⁴⁰ En el ámbito de las fuentes de datos personales privadas, ya no podemos aplicar el referido principio de publicidad que sólo es propio al ámbito público, por lo que se deberá analizar el caso concreto, distinguiendo si el responsable del banco de datos respectivo permite el acceso a los datos personales a quien los solicite, o en otras palabras, en forma no restringida⁴¹, en cuyo caso estamos en presencia de una hipótesis de fuente accesible al público, o bien si el responsable del banco de datos respectivo no entrega los datos a quien lo solicite o lo hace sólo a su titular, caso en el cual no nos encontramos ante una fuente accesible al público.

Finalmente, la existencia del concepto de fuentes accesibles al público en la Ley 19.628, no sólo produce la ausencia de consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales en las tres hipótesis revisadas, sino que además implica que ciertas obligaciones establecidas en la ley como regla general, también sufran una excepción, así:

- La obligación de secreto sobre los datos personales como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, que se establece en el artículo 7° de la ley y que pesa sobre las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, no aplica cuando tales datos provengan o hayan sido recolectados de fuentes accesibles al público.⁴²

- El importante principio de finalidad que exige que los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales han sido recolectados no aplica, conforme el artículo 9 de la ley, a los datos que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.⁴³
- Por último, tampoco se aplican los requisitos que establece el artículo 5 de la ley, para los procedimientos automáticos de transmisión de datos personales, cuando éstos sean accesibles al público en general, es decir, conforme a la definición legal, cuando se trate de fuentes accesibles al público.⁴⁴

En último lugar, efectuaremos respecto a cada uno de los tipos de datos provenientes de fuentes accesibles al público de que trata esta excepción, algunos comentarios destinados a aclarar su ámbito de aplicación.

a) Cuando sean datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial

Respecto a esta excepción, cabe preguntarse si se trata acá del mismo tipo de datos que regula la Ley en su Título III "De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial", que se refiere sólo a aquellos datos patrimoniales negativos, esto es, a aquellos que dan cuenta de la existencia de alguna obligación o deuda y se encuentran específicamente establecidos en el título, o bien, se trata de cualquier tipo de dato de naturaleza patrimonial. La distinción es de importancia, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, ya que si entendemos que la excepción se refiere sólo a los datos patrimoniales regulados en el Título III de la ley, no estará permitido tratar sin autorización del titular, datos patrimoniales positivos, como por ejemplo, el nivel de ingresos de una persona, sus propiedades, etc. Lamentablemente la jurisprudencia no ayuda a aclarar esta duda, ya que hasta el momento no se ha pronunciado respecto a este punto. De su parte, Renato JIJENA se inclina, aun cuando no en forma expresa, por señalar que esta excepción abarcaría ambos tipos de datos patrimoniales, es decir, negativos (los del Título III) y positivos, el resto.⁴⁵ Existen argumentos para fundamentar la dos interpretaciones posibles: la excepción se refiere sólo a los datos regulados en el Título III, ya que

³⁹ Servicio de Registro Civil e Identificaciones [en línea] <http://www.registrocivil.cl/ofinternet/doAction?accionName=verMenuCertificados&modoEnvio=onLine> [consulta: 12 enero 2004].

⁴⁰ Artículo 6 del Decreto Ley N° 645 sobre el Registro Nacional de Condenas. Octubre 1925: "Fuera de las autoridades judiciales, policiales y de Gendarmería de Chile respecto de las personas sometidas a su guarda y control, nadie tiene derecho a solicitar la exhibición de los datos que se anotan en el Registro".

⁴¹ Desde nuestro punto de vista, el cobro de una tarifa por el acceso a una determinada base de datos es indiferente a efectos de calificar a una determinada fuente como de acceso público, lo determinante es que en los hechos efectivamente cualquiera que lo solicite pueda acceder a ella, ya sea en forma gratuita o mediante el pago de un determinado precio o tarifa.

⁴² Artículo 7 de la Ley 19.628: "Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo".

⁴³ Artículo 9 de la Ley 19.628: "Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos".

⁴⁴ Artículo 5 de la Ley 19.628: "El responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cauten los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. Frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica, deberá dejarse constancia de: a) La individualización del requirente; b) El motivo y el propósito del requerimiento, y c) El tipo de datos que se transmiten. La admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos que lo recibe, pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga. El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión. No se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general. Esta disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes".

⁴⁵ JIJENA, Renato, *Op. Cit.*, p. 99.

aun cuando la ley no distingue, se debiera entender así, dado el espíritu de la legislación, a lo menos el declarado, cual es brindar protección a los titulares de datos personales, y porque tanto la excepción de que se trata como el Título III de la ley se incluyeron en la misma etapa de tramitación legislativa, lo que llevaría a concluir que los legisladores estaban pensando en la misma hipótesis de datos⁴⁶; asimismo, podemos fundamentar que la excepción abarca todo tipo de dato patrimonial, dado que el legislador no distingue, no pudiendo, en consecuencia, el intérprete distinguir, y porque el Título III habla de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial (sin mencionar que se trate de obligaciones), y porque así lo pareció entender uno de los Senadores que participó activamente en la tramitación del proyecto de ley respectivo.⁴⁷

- b) **Cuando sean datos que se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento.**

Esta hipótesis parece tener su fuente en el Real Decreto 1332/94 reglamentario de la LORTAD española, que indica dentro de las hipótesis de datos accesibles al público, aquellos datos publicados en forma de listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan únicamente los nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Sin embargo, nuevamente la ley chilena es más amplia, ya que no restringe la hipótesis a los colegios profesionales sino que a los datos que se contengan en listados relativos a una categoría de personas. La enunciación de los datos que debieran contener estos listados relativos a una categoría de personas tiene claramente un tenor ilustrativo, al utilizarse las palabras "tales como".⁴⁸

- c) **Cuando sean datos necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.**

Esta hipótesis se refiere a la actividad conocida como marketing directo, que constituye una manera de efectuar en forma activa y directa promoción y publicidad de determinados productos

y/o servicios: uno de los insumos necesarios para efectuar marketing directo son los bancos de datos personales que dan cuenta de los gustos, preferencias, datos de identidad, etc., de los destinatarios de las comunicaciones de marketing. A diferencia de los otros dos casos que contempla esta excepción, no encontramos en la legislación extranjera mención relativa a esta hipótesis en tanto excepción a la autorización del titular de los datos; por el contrario, incluso la ley danesa de protección de datos personales prohíbe expresamente a las compañías ceder datos relativos a un cliente a una tercera compañía con propósitos relacionados con el marketing o usar datos en nombre de una tercera compañía para este propósito, salvo que el titular del dato haya dado su consentimiento explícito.⁴⁹ Su inclusión en la ley se explica por el *lobby* efectuado por empresas que realizan marketing directo, que incluso solicitaban ampliar más la excepción en estudio⁵⁰; sin embargo, a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado no le pareció apropiado extender las excepciones a la obligación de autorización previa a más casos de los contemplados en el precepto aprobado por la H. Cámara de Diputados, con la salvedad de la actividad de comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes y servicios, que prefirió incluir para evitar dudas, aunque la entendió comprendida en las dos situaciones ya descritas.⁵¹

La ley en su artículo 12 inciso 3 otorga al titular de los datos respectivo el derecho de exigir al responsable de este tipo de bancos de datos personales, ya sea la eliminación o el bloqueo de sus datos.⁵² Así, se ha señalado, que en el caso de los datos personales que se usen para comunicaciones comerciales, sea cual fuere la fuente de la autorización, si el titular de los datos no desea continuar

⁴⁸ Así se señaló, además, en tercer trámite constitucional de la tramitación del respectivo proyecto de ley en el Cf. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 3er Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 2103: "En relación con el caso de los listados relativos a categorías de personas, se precisó también que las menciones que se señalan lo están por vía simplemente ilustrativa".

⁴⁹ Lov N° 429 af 31 maj 2000 som ændret ved lov N° 280 af 25 april 2001. Mayo 2000.

⁵⁰ Como consta del DSS. P. 7486, Sesión 63ª, la Asociación de Marketing Directo de Chile A.G. expuso que el "marketing directo" permite a los consumidores recibir información suficiente para tomar decisiones que constituyan una elección educada de productos, servicios, representantes políticos o gremiales, entre otros. Las personas son conectadas a través del correo, en televisión o en cualquier otro medio o, más frecuentemente, porque aparecen en listados que la empresa de "marketing directo" ha escogido, considerando que representan un grupo grande de personas que podrían estar interesadas en la oferta. Se hizo presente que el sistema de protección que contemplaba la norma en tramitación, entraba, complica y limita, no sólo la actividad de "marketing directo", que es lícita, sino que el derecho a la información de los potenciales usuarios del mismo, quienes, cada vez que deseen recibir información respecto de un determinado producto o servicio, deberían otorgar su expresa autorización, o bien tendría la empresa de "marketing directo" que cumplir con engorrosos y costosos procedimientos. En esa virtud, planteó la necesidad de darle a las personas el derecho de recibir libremente y sin limitaciones, las informaciones que le permitan elegir más adecuadamente y contemplar el derecho a excluirse, comunicándolo expresamente a la empresa que le envió la información. Es decir se opta acá por el sistema de autoexclusión u op-out, como quiera llamársele, sistema que en definitiva fue el acogido por la ley de protección de datos nacional.

⁵¹ Cf. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 3er Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 2103.

⁵² Artículo 12 inciso 3 de la Ley 19.628: "Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los datos, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus datos personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal".

figurando en el registro respectivo, puede solicitar la eliminación o bloqueo de sus datos.⁵³ Asimismo, opera respecto de este tipo de tratamiento el denominado derecho de oposición, que se encuentra consagrado en el artículo 3° de ley, cuando indica en su inciso segundo que el titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión.⁵⁴

Duramente ha sido criticada esta norma que permite el tratamiento de datos personales sin autorización del titular de los datos respectivos con el objeto de efectuar marketing directo por algunos autores que, incluso han esbozado su inconstitucionalidad, como Renato JIJENA, quien señala: "Difícil tarea tendrán los congresistas que impulsaron la ley para explicar en el futuro la razón de que frente a una actividad esencial para las empresas de marketing directo y que sólo persigue fines de lucro o comerciales, inconstitucionalmente optaron por impedir que los chilenos "autodeterminen", autoricen y controlen el uso de sus antecedentes".⁵⁵ De su parte, Alberto CERDA señala que esta disposición "ha tenido por propósito legitimar el tratamiento de datos personales efectuados por las empresas de marketing directo, en las cuales se trata información conducente a establecer comunicación entre prestadores de servicios y los consumidores".⁵⁶ Por último, Pablo PALAZZI señala que "Esta es una limitación que no está presente en la Directiva y que hace a la ley chilena una ley demasiado benévola, casi se podría afirmar hecha "a medida" de ciertos sectores, pues las excepciones están redactadas definiendo a actividades por todos conocidas".⁵⁷

3.2.- Tratamiento de datos personales por personas jurídicas privadas

Esta segunda categoría de datos personales que se refiere al tratamiento que de ellos efectúan personas jurídicas privadas, tampoco requiere autorización del titular de los datos; la excepción se encuentra establecida en el inciso final del artículo 4 que indica que "Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el

uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos".⁵⁸

En un principio la norma no hacía mención al concepto de personas jurídicas privadas, sino que al de asociaciones gremiales, por cuanto fue la Asociación de Aseguradores de Chile A.G., la que instó por la inclusión de esta excepción.⁵⁹ Luego, sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado concordó en utilizar, en vez de la expresión asociaciones gremiales, que tiene un sentido jurídico determinado, referido a las asociaciones reguladas por el decreto ley N° 2.757, de 1979, una más genérica como es la de "personas jurídicas privadas", y puntualizar que la excepción de la autorización se refiere a aquellos datos personales de sus asociados, siempre que estén destinados al uso exclusivo de la persona jurídica, para fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de los mismos asociados.⁶⁰

Cabe llamar la atención respecto a la imposibilidad de comunicar los datos por parte de las personas jurídicas privadas que efectúen tratamiento a partir de esta hipótesis, ya que la norma en comento sólo las autoriza a efectuar tal tratamiento para su uso exclusivo, lo que implica que no pueden comunicar esos datos a terceros, ya que en este supuesto, serían terceras partes las que estarían utilizando los datos personales y no en forma exclusiva las personas jurídicas privadas.

⁵⁸ Una norma parecida fue establecida en la LOPD española en la disposición adicional 6ª, que dispuso: "Se modifica el artículo 24.3, párrafo 2º de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados con la siguiente redacción: "Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadística actuarial con la finalidad de permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora. La cesión de datos a los citados ficheros no requerirá el consentimiento previo del afectado, pero sí la comunicación al mismo de la posible cesión de sus datos personales a ficheros comunes para los fines señalados con expresa indicación del responsable para que se puedan ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación previstos en la Ley. También podrán establecerse ficheros comunes cuya finalidad sea prevenir el fraude en el seguro sin que sea necesario el consentimiento del afectado. No obstante, será necesaria en estos casos la comunicación al afectado, en la primera introducción de sus datos, de quien sea el responsable del fichero y de las formas de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. En todo caso, los datos relativos a la salud sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso del afectado".

⁵⁹ Cf. Informe de la Comisión Mixta recaído en el Proyecto de Ley sobre Protección de la Vida Privada, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), pp. 107. "A su turno, la sustitución del inciso final obedeció a la necesidad de abarcar situaciones que de otra manera quedarían injustificadamente excluidas. El debate que condujo a tomar esa determinación se originó con motivo de la situación que hizo presente la Asociación de Aseguradores de Chile A.G., en orden a que ella ha desarrollado dos bases de datos; una relacionada con el pago de pensiones de invalidez y otra relativa al sistema de información de siniestros de seguros generales, las cuales no podrían seguir existiendo si se limitara la información de que no puede ser objeto de tratamiento de los datos personales de asociados. A la luz de esos antecedentes, la Comisión Mixta resolvió aprobar, como inciso final, una disposición en virtud de la cual no se requerirá autorización para el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, el de sus asociados y el de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos."

⁶⁰ Cf. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 3er Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 2103.

⁵³ JARA, R., "Régimen jurídico de los datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial en la Ley N° 19.628", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Univ. de Los Andes, núm. 5, 2001, pp. 61-83.

⁵⁴ A este respecto Renato JIJENA ha señalado que el artículo 4° está en abierta contradicción con lo que dispone el artículo 3° inciso segundo, a saber, que el titular de los datos personales (la persona natural a la que se refieren) puede oponerse —en nuestra opinión sin expresar causa alguna— a su uso "con fines de publicidad". Habría que entender que el inciso quinto del artículo 4° prima por especialidad. Cf., JIJENA, Renato, *Op. Cit.*, p. 102. No compartimos el criterio señalado, en nuestra interpretación, lo correcto es señalar que puede efectuarse tratamiento de datos, sin autorización del titular, con fines de marketing directo cuando los referidos datos han sido extraídos de fuentes accesibles al público, teniendo en todo caso el titular de los datos derecho a oponerse a la utilización de sus datos con fines de publicidad, derecho de oposición que se hace efectivo en la práctica, mediante el ejercicio del derecho de cancelación o bloqueo que se estatuye en el artículo 12 inciso 4° de la ley.

⁵⁵ JIJENA, Renato, *Op. Cit.*, p. 103.

⁵⁶ CERDA, Alberto, "La autoridad de control en la legislación sobre protección frente al tratamiento de datos personales", Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 71.

⁵⁷ PALAZZI, Pablo, "La Transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad", Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 180.

3.3.- Datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial

La Ley 19.628 reconoce otra categoría de datos, que llamaremos datos patrimoniales negativos comunicables⁶¹, dedicando un título especial a ellos: el Título III denominado "De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial", compuesto de tres artículos. Respecto a esta categoría de datos personales, tampoco se requiere la autorización del titular de ellos para efectuar su tratamiento si los datos se recogen de fuentes accesibles al público, por aplicación de lo señalado en el artículo 4° de la ley, sin embargo, la comunicación que de ellos se puede efectuar, ya sea se extraigan de fuentes accesibles al público o no, se encuentra restringida por las normas que se establecen en el Título III de la ley al que hacemos referencia.⁶² De esta manera, se produce el siguiente fenómeno: Se puede tratar de datos patrimoniales negativos si este tratamiento ha sido autorizado por el titular (autorización convencional) o por la ley a través de la excepción de fuente accesible al público (autorización legal), sin embargo, algunos de estos datos -los que se encuentren fuera del listado que se contempla en el artículo 17- no pueden ser comunicados.⁶³ En cambio, si estamos en presencia de datos patrimoniales positivos, éstos siempre serán comunicables, en la medida en que su tratamiento esté autorizado, ya se legal o convencionalmente.

En el ámbito del derecho comparado, encontramos varias legislaciones que le otorgan un estatuto o tratamiento especial a los datos patrimoniales o también denominados de solvencia económica o crediticia, tal como lo efectúa la ley chilena. La LOPD española, dedica un artículo especial a este tipo de datos⁶⁴, regulándolos de forma más amplia que la ley chilena, pues la LOPD

no sólo norma la comunicación de estos datos, sino que en forma general regula el tratamiento de datos que efectúan los prestadores de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. Una de las características interesantes de la legislación española, es que establece expresamente las fuentes de las cuales se puede extraer este tipo de datos, así indica que ellos podrán ser obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento (se refiere acá a datos patrimoniales positivos), indicando que podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés (se refiere acá a datos patrimoniales negativos).⁶⁵ En el ámbito latinoamericano, la ley argentina de protección de datos personales posee una norma muy parecida a la española, por lo que en esta parte, nos remitimos a los comentarios efectuados respecto de esta última.⁶⁶ La ley uruguaya de protección de datos, que tiene por objeto regular en forma específica los datos de naturaleza patrimonial, efectúa un tratamiento más amplio que la ley chilena, ya que no restringe la regulación sólo a la comunicación, sino que al tratamiento de los señalados datos en general, indicando en su artículo 8° que "Queda expresamente autorizado el tratamiento de datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos, en aquellos casos en que los mismos sean obtenidos de fuentes de acceso público o procedentes de informaciones facilitadas por el acreedor o en las

⁶¹ En el ámbito de los datos personales patrimoniales, se suele distinguir entre aquéllos que son de naturaleza negativa, y los que lo son de índole positiva. Así, serán datos patrimoniales negativos, aquellos que den cuenta de obligaciones o deudas que tenga una determinada persona, en términos contables: su pasivo. Por el contrario, los datos patrimoniales positivos, son aquellos que se refieren a aquella parte del activo del patrimonio de una persona (bienes, dinero, propiedades, etc.). Esta distinción es de suma importancia, ya que como veremos, el tratamiento legislativo y también doctrinario que se efectúa respecto a los datos patrimoniales es totalmente distinto en uno y otro caso.

⁶² Fuertemente ha sido criticada por Rony JARA la creación por el legislador de esta categoría especial de datos, esgrimiendo que "estos datos tienen el carácter de supraindividuales y que por lo tanto, aunque se estime que ellos pudieran formar parte de la intimidad de la persona, por su propia naturaleza y rol en la sociedad, el derecho a su conocimiento por terceros se impone por sobre la protección a la intimidad... pudieron armonizarse en mejor forma los derechos del titular y los terceros, mediante el recurso a ciertos procesos de seriedad *ex ante* o de responsabilidades *ex post*". JARA, R., *Op. Cit.*, p. 74.

⁶³ Es decir, existe una categoría de datos patrimoniales negativos que no son comunicables, pero sí tratables. Ver en el mismo sentido JARA, R., *Op. Cit.*, p. 74.

⁶⁴ Artículo 29 de la LOPD: "Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. 1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. 2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley. 3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo

solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos. 4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos".

⁶⁵ "Por tanto, en estos ficheros son posibles dos categorías diferentes de datos personales, tal y como ya sucedía en la LORTAD: a) Por una parte, datos relativos a la solvencia patrimonial y el crédito de naturaleza positiva, entendida como información sobre las posibilidades económicas y financieras de una persona física y, b) por otra parte, datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias. Respecto a la primera categoría de datos personales, las fuentes de obtención de información podrán ser: fuentes accesibles al público, datos facilitados por el propio afectado e información obtenida de cesiones consentidas por el propio interesado. Respecto a la segunda categoría de datos personales, las fuentes de obtención de información, se restringen a dos: el propio acreedor, y quien actúe por su cuenta o interés. Ya que es fácil imaginar que nadie se acusará a sí mismo de no estar al corriente en el pago de sus deudas, por lo que dicha información la reservará para sí." HERRÁN, A., *Op. Cit.*, p. 388.

⁶⁶ Artículo 26: "Prestación de servicios de información crediticia. 1. En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. 2. Pueden tratarse igualmente datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. 3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión. 4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho. 5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de ésta, cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios".

circunstancias del artículo 4^o⁶⁷; como se puede observar la ley uruguaya también presenta mayor amplitud que las legislaciones revisadas, en cuanto se permite el tratamiento de datos patrimoniales sin autorización del titular en casos que no se encuentran contemplados en otras legislaciones.

Ya analizando el caso chileno y como se aprecia de la historia de la ley⁶⁸, la Comisión Mixta debatió ampliamente en su seno la extensión que debía dársele a este título III, es decir, qué tipo de obligaciones de carácter comercial, económico, bancario y financiero podrían ser incluidas en un banco de datos⁶⁹, y por ende, ser comunicadas. Una posibilidad era entender ese concepto en forma amplia, de modo que los bancos de datos pudieran tratar datos personales que dieran cuenta de diferentes tipos de incumplimientos de obligaciones pecuniarias, como aquellas referidas a cuentas por consumo de servicios, contratos de arriendo, facturas, colegiaturas y cualesquiera otras. Tal criterio se sustentaría en la necesidad de considerar, para el adecuado funcionamiento de la actividad económica, la mayor cantidad de información posible acerca del comportamiento económico de las personas, que en algún momento pudiera ser de interés para terceros conocerla. La otra opción analizada por la Comisión Mixta fue la de precisar de un modo taxativo las obligaciones impagas de carácter económico, financiero, bancario y comercial que podrían ser tratadas en un banco de datos personales, con exclusión de cualquiera otra.⁷⁰ Esta opinión se fundaría en que, si bien existe una conveniencia social de conocer parte de esta información, hay siempre otra parte que la persona tiene derecho a conservar en reserva, por múltiples razones, como afectar un ámbito más íntimo, su menor trascendencia, su dudoso fundamento o exigibilidad, etc., y porque era el criterio normativo vigente en la materia, que se refleja en la reglamentación del Boletín de Informaciones Comerciales. Finalmente, la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus integrantes, se manifestó partidaria de seguir ese criterio, en orden a circunscribir el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario y comercial a los actuales incumplimientos de

obligaciones que se publican en el Boletín de Informaciones Comerciales⁷¹ que se encuentra regulado en el Decreto Supremo de Hacienda N° 950 de 1928.⁷²

Tipos de datos patrimoniales negativos comunicables

De esta manera, se aprobó como artículo 17 una disposición en virtud de la cual los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que se encuentren en cualquiera de las siguientes tres hipótesis:

- i) cuando consten en letras de cambio y pagarés protestados;
- ii) cuando consten en cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa, y
- iii) cuando se trate del incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales.

Asimismo, se aprobó que también podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.⁷³ Lo anterior, se incluyó, ya que "Con ello se otorga la necesaria flexibilidad al sistema, pero estableciendo parámetros

⁶⁷ Artículo 4° de la Ley 17.838 de Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de hábeas data, de septiembre 1994: "No requiere previo consentimiento el registro y posterior tratamiento de datos personales cuando: A) Los datos provengan de fuentes públicas de información, tales como registros, archivos o publicaciones en medios masivos de comunicación; B) Sean recabados para el ejercicio de funciones o cometidos constitucional y legalmente regulados propios de las instituciones del Estado o en virtud de una obligación específica legal; C) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombres y apellidos, documento de identidad o registro único de contribuyente, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge, régimen patrimonial del matrimonio, fecha de nacimiento, domicilio y teléfono, ocupación o profesión y domicilio; D) Deriven de una relación contractual del titular de los datos y sean necesarios para su desarrollo y cumplimiento; y E) Se realice por personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, para su uso exclusivo o el de sus asociados o usuarios".

⁶⁸ Cf. Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), p. 122.

⁶⁹ Se observa la confusión existente en la Comisión Mixta, en lo que respecta a esta parte de la discusión parlamentaria del proyecto de ley, a propósito de los conceptos de almacenamiento, tratamiento y comunicación de datos personales. En definitiva, y en estricto sentido, el Título III de la ley no reguló los datos que podían "ser incluidos" en un banco de datos, sino los que pueden ser comunicados. Existe una relación de género a especie entre el tratamiento y comunicación de datos, así ésta implica aquél, pero no a la inversa.

⁷⁰ Cf. Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), p. 122.

⁷¹ Agregándose la posibilidad de comunicar el incumplimiento de obligaciones con sociedades administradoras de créditos otorgados por compras en casas comerciales, a sugerencia de la Cámara de Comercio de Santiago y a criterio de la Comisión Mixta, la posibilidad de comunicar otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento. Cf. Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), p. 123.

⁷² Adicionalmente, la Ley 19.628 incluyó un artículo 3° transitorio que indica que: "Las normas que regulan el Boletín de Informaciones Comerciales creado por Decreto Supremo de Hacienda N° 950 de 1928, seguirán aplicándose en todo lo que no sean contrarias a las disposiciones de esta ley." De manera que, el Decreto Supremo de Hacienda N° 950 de 1928 se mantiene vigente, pero en caso de contradicción o conflicto entre las normas que regulan los datos patrimoniales negativos establecidas en el referido Decreto Supremo y las normas de la Ley 19.628, primarán estas últimas.

⁷³ La inclusión en la ley de esta facultad ha sido criticada por varios autores tanto nacionales, como extranjeros, tachándola de ser una norma inconstitucional y fuente de posibles vulneraciones al derecho a la privacidad. Vid. PALAZZI, Pablo, *Op. Cit.*, p. 176, quien indica que esta delegación al Presidente para que incluya nuevas excepciones, atentará, en definitiva, contra la integridad del sistema de protección de datos de la privacidad en Chile. En el ámbito nacional, Raúl BERTELSEN indica a propósito de esta facultad del Presidente, que "Cabe dejar constancia de la controvertible constitucionalidad de la norma del inciso segundo del artículo 17 de la ley, que confiere competencia al Presidente de la República para autorizar la comunicación de otras obligaciones de dinero, distintas a aquellas mencionadas en el inciso primero del artículo. Lo anterior, teniendo presente que, la intervención en un ámbito privado como el de los documentos que dan cuenta de dichas obligaciones sólo puede ser ordenado por ley para casos determinados con precisión." Cf. BERTELSEN, Raúl, "Datos personales: propiedad privada. Libre iniciativa particular y respeto a la vida privada", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Univ. de Los Andes, núm. 5, 2001, pp. 115-129.

mínimos que deberá considerar el Ejecutivo, sin perjuicio de la evaluación caso por caso que le corresponderá efectuar.⁷⁴

El citado artículo 17 fue reformado en el año 2002, a través de la denominada Ley Dicom⁷⁵, única que ha modificado la Ley 19.628, prohibiendo la comunicación de los siguientes datos:

- i) Relacionados con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP).⁷⁶
- ii) Relacionados con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas.⁷⁷

⁷⁴ Cf. Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), p. 125.

⁷⁵ Ley N° 19.812 modifica la Ley 19.628 sobre Protección de la vida privada, junio 2002. La ley tuvo su origen en una moción presentada por un grupo de diputados, la cual tenía por objeto acortar los plazos establecidos en el artículo 18 de la ley 19.628 para comunicar datos personales negativos a terceros, como una medida para facilitar la reinserción laboral de las personas, ya que con la disminución del referido plazo se limitan los efectos negativos que tiene sobre una gran cantidad de chilenos, el hecho de contar con antecedentes de incumplimientos comerciales, pese a que estas personas han pagado sus deudas o éstas se hayan extinguido por otras causas legales. La ley en comento modificó además el artículo 2° del Código del Trabajo, agregando un nuevo inciso 6° que tuvo por objeto evitar las discriminaciones arbitrarias basadas en informes comerciales negativos, del siguiente tenor: "Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza".

⁷⁶ Esta modificación fue introducida por indicación de los senadores Moreno y Sabag debido a que "el Instituto de Desarrollo Agropecuario tiene un conocimiento acabado de la situación de cada una de las personas que le han solicitado crédito y, por lo tanto, no requiere mayor información de parte de los bancos de datos personales. Pero, a su vez, envía información para ser comunicada por medio de estos bancos de datos, circunstancia que agrava la situación de esas personas al impedirles adquirir insumos y otros productos, afectando, precisamente, las posibilidades de pago de dichos préstamos. Sostuvo que la gran cantidad de personas involucradas, en su gran mayoría pequeños agricultores, justifica que el pago de los créditos se persiga sólo con los medios normales, sin apremiarlos al mismo tiempo con la comunicación al público de sus deudas, lo que los priva, en la práctica, de realizar cualquier actividad de orden económico como consecuencia de figurar en tales registros. Añadió que INDAP tiene un buen índice de recuperación de créditos, con cifras superiores al 60%, que no se vería perjudicado con la prohibición que plantea." Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley que modifica la ley 19.628, sobre protección a la vida privada, para favorecer la reinserción laboral de las personas desempleadas. Boletín N° 2735-05. p. 4.

⁷⁷ Esta modificación fue introducida por indicación de los senadores Moreno y Sabag. Respecto a la indicación aprobada por la Comisión, ésta indicó que: "las obligaciones derivadas de la prestación de servicios básicos no están consideradas en el inciso primero del artículo 17, porque no constan en los documentos a que se refiere la parte inicial de esa norma ni son algunos de los préstamos o créditos previstos en la última parte de ella. Esto es, no pueden ser comunicadas si no lo permite expresamente el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso segundo del mismo precepto. No obstante lo anterior, en el hecho habría bancos de datos personales que están comunicando algunas de ellas. Frente a esta situación, la Comisión decidió impedir que se comuniquen, prohibiéndolo en forma expresa en el referido inciso segundo del artículo 17. Para evitar dudas de interpretación, precisó que se trata de

Derecho al olvido

El denominado derecho al olvido⁷⁸, se encuentra reconocido ampliamente en derecho comparado para los datos patrimoniales negativos, estableciéndose distintos plazos y cómputos respecto de él en las legislaciones protectoras de datos personales.

Nuestro legislador también incluyó el derecho al olvido respecto a los datos patrimoniales negativos comunicables, así actualmente, y luego de la reforma introducida por la Ley 19.812, estos datos no podrán ser comunicados después de cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible o una vez que dicha obligación haya sido pagada o se haya extinguido por otro modo legal (transacción, declaración de nulidad, prescripción, confusión, compensación, etc.).⁷⁹ Con todo, se establece que se comunicará a los tribunales de Justicia la información que requieran con motivos de juicios pendientes, es decir, que respecto a información solicitada por tribunales no rige el derecho al olvido.

Resulta necesario puntualizar que la aplicación del derecho al olvido en Chile, dada la estructura que adopta la regulación del tratamiento de datos personales negativos en nuestra ley, que los regula sólo a propósito de su comunicación, no exige que estos datos deban ser eliminados de los bancos de datos, sino que sólo no comunicados, de manera que es perfectamente legítimo tener almacenados y seguir tratando este tipo de datos luego de cumplidos los plazos y exigencias establecidas en la ley para que opere el derecho al olvido; de manera que lo que no se encuentra permitido es su comunicación.⁸⁰

información relacionada con las deudas que se originen por la prestación de los servicios de electricidad, agua, gas y teléfono". Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley que modifica la ley 19.628, sobre protección a la vida privada, para favorecer la reinserción laboral de las personas desempleadas. Boletín N° 2735-05. p. 4.

⁷⁸ La existencia del derecho al olvido se justifica por la doctrina fundamentalmente por razones de índole económica y de garantía al derecho a la intimidad. Así, respecto a este último fundamento HERRAN, A., *Op. Cit.*, p. 302, señala que: "Constituye un acierto el establecimiento de límites temporales a la conservación de los datos, porque de otro modo no se respetaría para el interesado el derecho al olvido, tan importante en este ámbito donde no sólo se trata de la intimidad de la persona, sino de su honor, y lo que en ocasiones es más perjudicial, de la igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos, que pueden verse afectados como consecuencia de mantener informaciones inexactas y negativas sobre su persona". En el primer fundamento económico, JARA, R., *Op. Cit.*, p. 64 indica que "Por otra parte, es necesario considerar que una ley que favorezca la limpieza de antecedentes comerciales, después de transcurrido un cierto plazo, si bien favorece directamente al afectado por dicha información negativa, también puede producir un efecto positivo en la economía. Así, por ejemplo, si se trata de un empresario, una ley en tal sentido puede favorecer tal actividad, con el consiguiente beneficio para la economía... si la persona es simplemente un consumidor, la lógica es muy parecida, es conveniente para una economía de mercado que los consumidores sean el mayor número posible, y si uno de ellos ha salido de ella, puede ser altamente conveniente que después de transcurrido un determinado número de años tenga la posibilidad de volver a consumir ciertos productos o servicios, contribuyendo con ello a la demanda de dicha actividad económica".

⁷⁹ Antes de la modificación legal los plazos eran los siguientes: a) Para el caso de obligaciones no extinguidas, siete años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. B) Para el caso de obligaciones pagadas o extinguidas por otro modo legal, tres años desde pago o desde su extinción por otro modo legal.

⁸⁰ La comunicación o transmisión de datos se encuentra definida en la letra del artículo 2° letra c) de la Ley 19.628 como dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.

Por último, el artículo 1° transitorio de la ya mencionada Ley 19.812 nos da un ejemplo claro del derecho al olvido, tanto desde un punto de vista temporal como de montos adeudados, al disponer que los responsables de los registros o bancos de datos personales que traten información señalada en el artículo 17 de la Ley 19.628, es decir, datos patrimoniales negativos comunicables, no podrán comunicarla cuando se refiera a obligaciones que, a la fecha de publicación de esta ley, esto es 13 de junio de 2002, hayan sido pagadas o se hayan extinguido por otro modo legal. Asimismo, indica la norma que no podrán comunicar los datos relativos a esas obligaciones que se hayan hecho exigibles antes del 1° de mayo de 2002 y se encuentren impagas, siempre que el total de obligaciones impagas del titular que comunique el registro o banco de datos a la fecha de publicación de esta ley sea inferior a \$2.000.000 por concepto de capital, excluyendo intereses, reajustes y cualquier otro rubro. Se establece, finalmente, con el objeto de impedir que se burle el espíritu de la ley, que, en el caso de los incisos anteriores, tampoco podrá proporcionarse información al titular de los datos, ni comunicarse el hecho de que éste haya sido beneficiado con esas disposiciones.

Aclaración

La Ley 19.628 regula, asimismo, el procedimiento de aclaración en caso en que se efectúe el pago o se extinga la obligación por otro modo legal, estableciendo ciertas obligaciones para el acreedor y para el responsable del banco de datos respectivo. Así, si en el pago o la extinción de la obligación por otro modo legal ha intervenido directamente el acreedor, éste deberá avisar tal hecho, a más tardar dentro de los siguientes siete días hábiles, al responsable del registro o banco de datos accesible al público⁸¹ que en su oportunidad comunicó el protesto o la morosidad, a fin de que consigne el nuevo dato que corresponda, previo pago de la tarifa si fuere procedente, con cargo al deudor. En todo caso, el deudor podrá optar por requerir directamente la modificación al banco de datos y liberar del cumplimiento de esa obligación al acreedor que le entregue constancia suficiente del pago; decisiones que deberá expresar por escrito.

A su vez, quienes efectúen el tratamiento de datos personales provenientes o recolectados de la aludida fuente accesible al público deberán modificar los datos en el mismo sentido tan pronto aquélla comunique el pago o la extinción de la obligación, o dentro de los tres días siguientes. Si no les fuera posible, bloquearán los datos⁸² del respectivo titular hasta que esté actualizada la información.

La infracción de cualquiera de estas obligaciones se conocerá y sancionará de acuerdo a lo previsto en el artículo 16.⁸³

⁸¹ La ley considera que aquellos bancos de datos que comuniquen datos patrimoniales negativos de los que trata el Título III de la ley son fuentes accesibles al público. Así, por ejemplo, Dicom o el Boletín de Informaciones Comerciales constituyen fuentes accesibles al público.

⁸² El bloqueo de datos se encuentra definido en el artículo 2 letra b) de la Ley 19.628 como la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados; sin embargo, en la práctica el bloqueo de datos se asocia a la imposibilidad de comunicar los datos bloqueados.

⁸³ Procedimiento de *habeas data* contemplado en la ley.

3.4.- Datos personales sensibles

La ley establece un concepto general y abierto de datos sensibles⁸⁴ en su artículo 2 letra g), cuando señala que son aquellos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Luego de lo cual, da una serie de ejemplos de datos sensibles, que en general, hacen suya la categorización que de ellos se hace en derecho comparado.⁸⁵

- Los hábitos personales.
- El origen racial.
- Las ideologías y opiniones políticas.
- Las creencias o convicciones religiosas.
- Los estados de salud físicos o psíquicos.
- Y finalmente, la vida sexual.

La característica esencial de los datos sensibles es que se encuentran protegidos con mayor fuerza que los otros tipos de datos que se establecen en la ley, ya que su tratamiento queda condicionado a que concurra alguna de las tres hipótesis taxativas previstas en el artículo 10 de la Ley 19.628, esto es: que una ley lo autorice, que exista consentimiento del titular de los datos, o cuando su procesamiento sea necesario para determinar u otorgar beneficios de salud que correspondan a sus titulares. De manera que la regla general respecto de esta clase de datos es la prohibición de ser objeto de tratamiento, ocupando la autorización del titular de los datos una importancia superior que en los otros tipos de datos que se han analizado, ya que respecto de los datos personales sensibles no se han establecido autorizaciones legales que legitimen su tratamiento sin autorización de su titular.⁸⁶

⁸⁴ Cf. Informe de la Comisión Mixta, 3er Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 2093: "En seguida, siguiendo a la legislación española, optó por una definición amplia de los datos de carácter personal, como aquellos referidos a cualquier información relacionada con personas naturales, y entendió por datos sensibles aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad".

⁸⁵ El considerando 33 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, reconoce esta categoría especial de datos personales estableciendo que: "los datos que por su naturaleza puedan atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad no deben ser objeto de tratamiento alguno, salvo en caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito; que deberán constar de forma explícita las excepciones a esta prohibición para necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento de dichos datos se realice con fines relacionados con la salud, por parte de personas físicas sometidas a una obligación legal de secreto profesional, o para actividades legítimas por parte de ciertas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea hacer posible el ejercicio de libertades fundamentales." A su vez, el artículo 8.1 de la señalada directiva indica que: "Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad".

⁸⁶ Salvo el caso de los datos que denominamos datos personales sensibles de salud, que se tratan a continuación.

3.5.- Datos personales sensibles de salud

Los datos personales de salud son considerados por la ley como datos sensibles, ya que al definir este último concepto se hace referencia a los estados de salud físicos y psíquicos de las personas y luego se exceptiona de la regla general, en el artículo 10 de la ley, de la autorización previa legal o convencional que opera respecto de este tipo de datos, a aquellos datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. De manera que respecto a este tipo de datos, no se requiere la autorización del titular de ellos para efectuar tratamiento.⁸⁷

Esta excepción fue incluida en la ley a partir de las sugerencias efectuadas por Asociación de Isapres A.G., y el Fondo Nacional de Salud. La Asociación de Isapres señaló que resultaba preocupante para su actividad la circunstancia de que se consideren datos sensibles -y, por lo tanto, se restrinja su tratamiento a los casos en que la ley lo autorice o exista consentimiento del interesado, los estados de salud síquicos o físicos de las personas. Manifestó dicha entidad que el sistema de salud privado previsional requiere, para una adecuada y eficiente administración, del conocimiento y, eventualmente, el manejo de determinados datos de sus afiliados. No tener acceso a antecedentes de los beneficiarios podría impedir, por ejemplo, el control del fraude en las licencias médicas, evaluación de las enfermedades preexistentes reconocidas legalmente, programas preventivos de salud, y otras materias que inciden en el buen funcionamiento de este sistema. En virtud de tales razonamientos, dicha institución sugirió que se permita que los datos relativos a los estados de salud de las personas puedan tratarse, respetando la confidencialidad que estas materias lógicamente deben tener, por instituciones públicas o privadas que deban determinar el otorgamiento de beneficios a sus adherentes.

De su parte, el Director del Fondo Nacional de Salud advirtió que la excepción al tratamiento de los datos sensibles no debiera limitarse sólo a los estados de salud de las personas, pues la propia definición de datos sensibles, unida a lo que se entiende por datos personales, no permite con certeza asegurar que sólo los datos sobre estados de salud serán necesarios para determinar los beneficios que una persona o grupo de personas debiera recibir. Explicó que la necesidad de que se contemple el estado de salud de las personas para la determinación de los beneficios es un elemento altamente relevante, pero existen otros datos que también son requeridos para una correcta planificación de los beneficios a entregar determinando los grupos o segmentos de población, tanto en su caracterización epidemiológica y demográfica como en el tipo de intervención a realizar. Así, por ejemplo, para un programa de SIDA/VIH, es necesario trabajar con una serie de datos respecto de las personas, los cuales obviamente incluyen conductas sexuales, estados de salud y otros, o bien, para analizar un problema de salud mental, los datos requeridos obviamente se referirán a conductas de vida y severidad del caso. Es necesario trabajar también con algunos de los datos sensibles cuando se estructuran grupos de riesgo de la población en términos de prevalencia de enfermedades, tales como el sexo o la raza de las personas, lo cual es altamente relevante para la correcta determinación de los beneficios que se van a otorgar a cada grupo. Por estas consideraciones,

⁸⁷ Para una crítica de esta norma cf., CERDA, Alberto, "Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos personales", separata Diplomado en Derecho Informático, Universidad de Chile, 2003, p. 76.

propuso que se pudieran tratar aquellos datos sensibles que se relacionen con la determinación u otorgamiento de los beneficios que corresponda a sus titulares, de esa manera, se podrían tratar todos los datos sensibles que se relacionen con alguna de esas dos finalidades.

La Comisión Mixta se manifestó partidaria de esa proposición, de forma tal que incluyó como circunstancia excepcional que permite el tratamiento de datos sensibles, además de la autorización legal o el consentimiento del titular, cuando sean necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios que correspondan a sus titulares. Prefirió añadir, con todo, que debe tratarse de beneficios "de salud", a fin de acotar la habilitación que se concede, que de otra forma se establecería en términos excesivamente amplios.⁸⁸

3.6.- Datos médicos

La Ley 19.628 modificó a través de su artículo 24, el artículo 127 del Código Sanitario, mediante la incorporación de los siguientes incisos segundo y tercero: "Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito. Quien divulgare su contenido indebidamente, o infringiere las disposiciones del inciso siguiente, será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo."⁸⁹ Lo dispuesto en este artículo no obsta para que las farmacias puedan dar a conocer, para fines estadísticos, las ventas de productos farmacéuticos de cualquier naturaleza, incluyendo la denominación y cantidad de ellos. En ningún caso la información que proporcionen las farmacias consignará el nombre de los pacientes destinatarios de las recetas, ni el de los médicos que las expidieron, ni datos que sirvan para identificarlos".

Se puede colegir de la sola lectura del anterior texto legal, que en este tipo de datos el control que posee el titular de ellos respecto a la posibilidad de comunicación es mucho mayor que en las categorías de datos que llevamos revisadas, ya que sólo el titular puede autorizar la revelación de sus datos personales médicos. Sin embargo, cabe señalar que este tipo de datos son datos sensibles, y por lo tanto, se aplica respecto de ellos, salvo lo regulado específicamente en el artículo 24 de la ley, por lo señalado en el artículo 10 de la ley, de manera que estos datos podrán ser tratados si existe autorización legal o son necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares, sin que medie autorización previa del titular de los datos.

⁸⁸ Cf. Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 2ª (anexo de documentos), p. 137.

⁸⁹ El Libro X del Código Sanitario, que se denomina "De los procedimientos y sanciones" consulta tres títulos. De acuerdo al primero, se regula la inspección y allanamiento a que está facultada la autoridad sanitaria para la debida aplicación de las disposiciones del Código y su reglamento, y de los decretos y resoluciones del Director de Salud; de acuerdo al segundo se reglamenta el sumario sanitario, que es el procedimiento que se contempla para el conocimiento de las infracciones a dichas normas; y, finalmente, de acuerdo al tercero, se regulan las sanciones y las medidas sanitarias; las primeras van por norma general de un décimo de unidad tributaria mensual a 1000 unidades tributarias mensuales; las segundas, que pueden ir asociadas a la sanción pecuniaria, consisten en la clausura de establecimientos, edificios, casas, locales o lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; la paralización de obras; y el comiso, destrucción y desnaturalización de productos, cuando proceda.

3.7.- Datos públicos

A los efectos de la clasificación de los datos personales que reconoce la Ley 19.628, denominaremos datos personales públicos, a aquellos datos que son tratados por organismos públicos en tanto sujetos regulados por la ley. La señalada normativa contiene un título especial, el Título IV "Del tratamiento de datos por organismos públicos" compuesto por tres artículos, que establece algunas normas específicas referentes al tratamiento de datos personales en el ámbito público, las cuales serán analizadas a continuación.⁹⁰

El artículo 20 de la ley, señala que: "El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular."

Como podemos observar, se establece para los organismos públicos un tratamiento diferenciado al que se efectúa respecto de los privados, ya que se les permite, actuando dentro de su competencia, y por supuesto, en tanto se respete la normativa, tratar datos sin consentimiento del titular.⁹¹ Lo anterior, implica que en esta categoría de datos la autorización previa del titular de los datos para efectuar tratamiento de ellos, en principio, no se requiere, pues es de suyo propio que los organismos públicos actúan dentro de su competencia.⁹² Por lo demás, así ha operado en la práctica: los organismos públicos efectúan los más diversos tratamientos de datos personales, esgrimiendo que lo efectúan dentro de su competencia, ya sea porque así lo ha interpretado la Contraloría

General de la República en su momento⁹³, o bien, porque existe ley expresa que los autoriza a tratar datos personales. Respecto a esto último, la técnica legislativa que se ha estado utilizando en las últimas leyes dictadas en el ámbito de las competencias de ciertos organismos públicos es entregarles a éstos expresamente la atribución o función (competencia) para tratar datos personales. Así por ejemplo, en la ley que establece la Autoridad Sanitaria N° 19.397, en su artículo 4 numeral 5 se señala que será función del Ministerio de Salud: "Tratar datos con fines estadísticos y mantener registros o bancos de datos respecto de las materias de su competencia. Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuere necesaria. Todo ello conforme a las normas de la ley N° 19.628 y sobre secreto profesional".⁹⁴

No obstante lo señalado anteriormente, cabe preguntarse respecto de la redacción del artículo 20 de la ley, cuándo los organismos públicos actúan dentro de su competencia y qué pasa con el tratamiento de datos que se efectúa por los organismos públicos fuera de su competencia.

Respecto al primer punto, compartimos el criterio que indica que los órganos públicos actúan dentro de su competencia, en la medida que dicha actuación se ejecute de acuerdo a las funciones, facultades y atribuciones que determine el ordenamiento jurídico.⁹⁵ De esta manera, no hay duda en que un determinado organismo público actúa dentro de su competencia al tratar datos personales, si existe texto legal expreso que lo autorice a efectuar el referido tratamiento. El

⁹⁰ El artículo 21 se estudiará a propósito de los datos personales penales, en el siguiente acápite.

⁹¹ Respecto del régimen especial que establece la Ley 19.628 en el Título VI cabe señalar que a los organismos públicos se les aplican todas las normas establecidas en la ley, salvo en lo que se encuentren modificadas por las normas especiales del señalado título, que por su carácter de especialidad rigen por sobre las normas generales. Esta interpretación se corrobora por lo indicado en el Informe de la Comisión Mixta, cuando señala que: "La segunda parte de la disposición, que somete el tratamiento de datos personales que hagan los organismos públicos "a las reglas precedentes", deja de manifiesto que -como anticipó el artículo 1º, inciso primero-, son unos mismos los preceptos que se aplican a los organismos públicos y a los particulares. No hay regulaciones separadas y diferentes, que permitan a unos inmiscuirse en mayor medida que a los otros en aspectos que conciernen tan estrechamente a las garantías constitucionales de respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia. Las normas contenidas en este título, por consiguiente, son especiales, pero sólo en cuanto recaen sobre aspectos propios del sector público." cf., Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, DSS, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 131.

⁹² Así también pareció entenderlo el legislador cuando señala que "La primera parte de este artículo (el artículo 20), que deja sujeto el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público a aquellos que se refieran a materias de su competencia, encuentra su origen en el artículo 6º de la honorable Cámara de Diputados, que establecía que el tratamiento de datos "sólo será admisible cuando sea indispensable para el cumplimiento de las tareas que les corresponden y dentro del ámbito de su competencia", y en el artículo 19, N° 1, del texto preparado durante el tercer trámite constitucional, conforme al cual "el tratamiento de datos debe efectuarse dentro del ámbito de la competencia legalmente determinado del respectivo organismo". Si bien es una norma que puede estimarse innecesaria, al tenor del artículo 7º de la Constitución Política, presta utilidad su inclusión en un cuerpo legal que, por primera vez, da reglas en forma sistemática sobre los datos personales, más aún si se considera que numerosos organismos públicos tienen solamente normas de rango reglamentario sobre la materia o, incluso, ni siquiera de esa jerarquía". El paréntesis es nuestro. Cf., Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 131.

⁹³ El dictamen número 43.866 de fecha 03.10.2003 de la Contraloría General de la República indica que: "En virtud de las facultades que le confiere al Servicio de Tesorerías el artículo 9, letra b, número 4, de su Estatuto Orgánico, para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, se encuentra habilitado para suscribir, con empresas especializadas que manejan bases de datos, acuerdos de voluntades para intercambiar información relativa a contribuyentes y deudores que se encuentren en mora con el Fisco, dado que tal información no tiene el carácter de secreta o reservada, sino que es pública. La información de que se trata se genera por el propio Estado, con motivo de su actividad que es pública, toda vez que, como se ha visto, está referida a aquellas deudas tributarias o créditos morosos del sector público que se encuentran en proceso de cobranza por el Servicio de Tesorerías, conforme a las atribuciones que le confieren al efecto las normas consignadas en el Decreto Ley 1.263, de 1975, y en el Código Tributario". Ver en el mismo sentido, jurisprudencia de la Contraloría respecto de la posibilidad de las Municipalidades para suscribir convenios con empresas privadas que administren bases de datos, con el objeto de incorporar en ellas las nóminas de deudores morosos por conceptos de derechos o patentes municipales (Dictamen 42.760 de fecha 16.11.2001 de la Contraloría General de la República) y respecto de las atribuciones con que cuenta el Servicio de Impuestos Internos para suscribir convenios con empresas de tecnología automatizada de información, en virtud de los cuales, el referido Servicio puede tener acceso a las bases de datos de dichas empresas en aquellos aspectos que son de su interés, y las referidas empresas pueden, a su vez, acceder a ciertos y determinados datos con que cuenta esa entidad pública: número de rol único tributario de los contribuyentes, nómina de contribuyentes con incumplimiento tributario, avalúos de bienes raíces, tasación de vehículos, y timbrado de documentos, que permite verificar la validez de la documentación tributaria (Dictamen 10.322 de fecha 21.03.2001 de la Contraloría General de la República).

⁹⁴ Vid. también Ley N° 19.891, Crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, cuyo artículo 3 sostiene que es función del Consejo: Desarrollar y operar un sistema nacional y regional de información cultural de carácter público. Para la operación del sistema nacional y regional de información cultural a que hace referencia este numeral, el Consejo podrá crear un banco de datos personales de aquellos señalados en la ley N° 19.628.

⁹⁵ Cf. PREEFFER, Emilio et al. "Derecho Constitucional", 2ª ed., Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 1997, 375 p.

problema se presenta cuando tal texto no existe y se deben interpretar las funciones y/o atribuciones que le entrega la ley a un determinado órgano público, para poder encuadrar dentro de ellas el efectuar tratamiento de datos personales, tomando en cuenta una serie de elementos, como por ejemplo: la naturaleza del dato, la finalidad que se persigue con el tratamiento, la función que cumple el referido órgano público al efectuar el tratamiento de datos de que se trate. De esta manera, no es posible, dado el estado actual de la legislación, establecer un principio general de legitimidad para el tratamiento de datos por parte de organismos públicos. Serán los Tribunales de Justicia y la Contraloría General de la República, entonces, los llamados a pronunciarse respecto a la actuación de un organismo público dentro de su competencia en tanto responsable de un banco de datos.⁹⁶

Respecto a la segunda pregunta, y a partir de la lectura del artículo en comento, se pueden concluir dos cosas:

- Que aquel tratamiento es ilegal (sobre todo teniendo en cuenta el espíritu declarado de la ley) y no se puede realizar bajo ningún supuesto por la utilización del vocablo "sólo".
- Que se puede efectuar el tratamiento fuera de la competencia del órgano, pero se requerirá en ese caso, consentimiento del titular.

Creemos que dada la historia de la ley⁹⁷ y dado el principio general por el cual cualquier tratamiento de datos es legítimo en la medida en que sea autorizado por el titular y se cumplan con la normativa que establece la ley 19.628, la segunda interpretación es la correcta. La jurisprudencia aun no se ha pronunciado sobre este punto específico.

⁹⁶ En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en los dictámenes mencionados más arriba, al señalar que: "cabe agregar que la sola circunstancia de que un servicio público efectúe tratamiento de datos personales -materia regulada en el referido cuerpo legal y entendida como cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que, en general, le permitan el manejo más eficiente de la información que tiene a su cargo-, no implica que el respectivo servicio público se encuentre facultado para ceder esos datos a terceros. Esta última posibilidad debe ser analizada a la luz de la naturaleza de la información que pretende cederse y de las competencias que desarrolla el órgano pertinente".

⁹⁷ Analizando la historia de la ley respecto de este precepto, se observa que su evolución tendió a ser menos restrictiva y exigente en cuanto a los requisitos de legitimidad para efectuar tratamiento de datos por parte de organismos públicos, así en un principio Cf. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento, 3er Trámite, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 2129, se establecía en el artículo 19 del proyecto que "El almacenamiento o tratamiento de datos personales por parte de organismos públicos se ajustará a las reglas que siguen: 1. El tratamiento de datos debe efectuarse dentro del ámbito de la competencia legalmente determinado del respectivo organismo y contando con autorización legal para ello, 2. Tal tratamiento debe ser necesario para el cumplimiento de tareas que le correspondan o para resguardar el orden y seguridad públicos, o la pronta y cumplida administración de justicia, o debe redundar en beneficio del titular de los datos." Luego, se deja constancia en el cf., Informe de la Comisión Mixta, 5to Trámite, DSS, Sesión 18ª (anexo de documentos), p. 130, de la propuesta efectuada por el Ejecutivo en orden a reemplazar el antiguo artículo 19 por un nuevo artículo 20 que establecía que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular, texto que en definitiva fuera aprobado por los legisladores.

Finalmente, el artículo 22 de la ley establece la existencia de un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, el que será llevado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Este registro tendrá carácter público y en él constará, respecto de cada uno de esos bancos de datos, el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, tipos de datos almacenados y descripción del universo de personas que comprende, todo lo cual será definido en un reglamento.⁹⁸ El organismo público responsable del banco de datos proporcionará esos antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando se inicien las actividades del banco, y comunicará cualquier cambio de los elementos indicados anteriormente dentro de los quince días desde que se produzca.

Si bien la norma parece tener sentido y ser de utilidad para los titulares de datos, ya que a partir del Registro podrían saber qué organismos públicos tratan su datos, la realidad es que muy pocos órganos del Estado han cumplido con esta norma⁹⁹, no pudiendo el Servicio de Registro Civil obligarles a cumplirla, ya que carece de facultades de fiscalización en ese sentido.¹⁰⁰

3.8.- Datos penales

Respecto a esta categoría de datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, los que he denominado datos personales penales, el artículo 21 de la ley señala que los organismos públicos que sometan a tratamiento los señalados datos no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena. Haciendo excepción a esta regla los casos en que esa información les sea solicitada por los Tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18. Es decir, que respecto a este tipo de datos la autorización del titular para efectuar su tratamiento no cumple ningún rol, pues es la propia ley la que autoriza al Servicio de Registro Civil e Identificación a llevar un registro de este tipo de datos.¹⁰¹

De lo señalado, cabe preguntarse si el titular de los datos se encuentra facultado para solicitar antes de que se encuentre prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena, se le comuniquen sus datos personales penales. Al respecto, la Contraloría General de la República se pronunció respondiendo una consulta efectuada en este sentido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, señalando que:

"... de acuerdo a lo informado por el Servicio, los certificados de antecedentes con arreglo a la normativa sólo se expiden al titular o a determinadas autoridades públicas, lo que no pudo sino tenerse en cuenta por el legislador al establecer la disposición, es preciso entender que el beneficio

⁹⁸ El Reglamento está contenido en el Decreto 779 que aprueba Reglamento del Registro de Bancos de Datos Personales a cargo de Organismos Públicos, publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 2000.

⁹⁹ Para revisar los órganos públicos que han cumplido esta obligación, visitar <http://rbdp.scei.cl/rbdp/html/Consultas/consultas.html>.

¹⁰⁰ Algunos autores nacionales, han criticado con razón, esta ausencia de facultad de fiscalización por parte del Servicio de Registro Civil. Cf. JIJENA, Renato, *Op. Cit.*, p. 96 y CERDA, Alberto, *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁰¹ Decreto Ley N° 645 sobre el Registro Nacional de Condenas. Octubre 1925.

que contempla el artículo 21 en examen -destinado a impedir que terceros puedan tomar conocimiento de la información obligando al servicio a no comunicar los datos- sólo puede tener eficacia práctica en tanto esa entidad omita en los aludidos certificados la información correspondiente. Por consiguiente, de conformidad con lo expuesto, es menester concluir que el beneficio establecido en el artículo 21 de la Ley 19.628 importa que en la medida en que concurran las circunstancias que indica, en los certificados de antecedentes que expide el Servicio de Registro Civil e Identificación deben omitirse los datos personales que la misma norma señala. Es necesario consignar, finalmente, y en armonía con lo señalado en forma previa, que ello no obsta al derecho del titular para exigir del mismo servicio información acerca de los datos relativos a su persona en los términos del Título II de la ley -artículos 12 al 16- y para, en su caso, obtener la modificación, eliminación o bloqueo de sus datos personales, de tal modo que si el titular exige la información en ejercicio específico de aquel derecho, el Servicio de Registro Civil e Identificación debe proceder con arreglo a lo establecido en dicho Título II".¹⁰²

Cabe resaltar, por último, que al igual que en el caso de los datos patrimoniales, este tipo de datos puede seguir tratándose, en cualquiera de sus formas, luego de que concurran las circunstancias que indica el artículo 21. Lo que no se puede efectuar, y por ende constituye infracción a la ley, es comunicar los datos referentes a condenas cuya acción penal o pena se encuentre prescrita o cumplida, respectivamente.

3.9.- Datos personales en general

Por último, como una clase residual de datos contemplamos todos aquellos datos personales que no caben dentro de ninguna de las categorías esbozadas anteriormente; a éstos, les denominamos datos personales en general; respecto de ellos se aplica el principio general que se establece en el inciso primero del artículo 4° de la ley, de manera que su tratamiento sólo podrá efectuarse cuando otras disposiciones legales distintas de la Ley 19.628 lo permitan¹⁰³ o el titular consienta expresamente en ello. De manera, que la autorización del titular sí tiene relevancia en este tipo de datos personales a los efectos de establecer la licitud de un determinado tratamiento de datos personales.

4.- CONCLUSIONES

De la clasificación de los datos personales reconocidos en la Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada que se ha efectuado en esta artículo, no cabe más que afirmar que la autorización del titular de los datos, como condición legitimante del tratamiento de su información personal, se encuentra tan restringida en la ley, en la casi totalidad de categorías de datos personales, que la regla general establecida en el artículo 4 de esta norma, como tantas veces se ha señalado, constituye la

excepción. Se postula en consecuencia, respecto al tratamiento legítimo de datos personales, lo siguiente: en la gran mayoría de los casos, el referido tratamiento se encuentra autorizado por una norma legal, ya sea la propia Ley 19.628 u otra, de manera que la autorización del titular de los datos sólo es requerida como condición inicial de legitimación del tratamiento respecto de algunas clases de datos personales, casi en forma exclusivamente residual. Luego, es claro que en nuestro país el principio del consentimiento en estas materias no tiene reconocimiento legislativo, lo que nos lleva a concluir, por otra parte, que el legislador asignó la titularidad para efectuar el tratamiento de datos personales a aquellos que desean efectuarlo, y no a los titulares de los referidos datos.

¹⁰² Contraloría General de la República. Dictamen acerca de los certificados de antecedentes y el artículo 21 de la Ley n° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal. REF: 34565/99 del 25 de octubre de 2000.

¹⁰³ No consideramos acá la hipótesis relativa a la autorización que da la propia Ley 19.628, ya que ésta se encuentra contemplada en las diversas categorías de datos que ya se analizaron.