

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

ALBERTO CERDA SILVA

ABOGADO Y MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO, UNIVERSIDAD DE CHILE
PROFESOR DE DERECHO INFORMÁTICO, UNIVERSIDAD DE CHILE

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN.- II.- LA FUNCIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA.- III.- CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.- 1.- Representatividad.- 2.- Legalidad.- 3.- Obligatoriedad.- 4.- Publicidad.- IV.- LA SITUACIÓN EN CHILE.- El Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico.- V.- CONCLUSIONES.

RESUMEN

Ante la necesidad de crear un marco normativo que regule las consecuencias del avance tecnológico, los Códigos de Conductas aparecen como regulaciones orientadas a garantizar la protección del tratamiento de datos. El autor aborda la función de estos códigos deontológicos, sus consideraciones jurídicas, y su situación a nivel comparado. Para finalizar, efectúa una revisión del estado actual en nuestro país de estas autorregulaciones, especialmente el propuesto recientemente por la Cámara de Comercio de Santiago, denominado "Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico".

PALABRAS CLAVE:

Código de Conducta, Protección de Datos Personales, Código de Conducta, Buenas Prácticas, Comercio Electrónico

ABSTRACT

Faced with the need to create a regulatory framework to govern the consequences of technological progress, the Codes of Conduct appear as regulations aimed at ensuring the protection of data. The author addresses the role of these codes deontological, his legal considerations, and their status as a comparative level. Finally, conducts a review of the current status in our country these self, especially the one proposed recently by the Santiago Chamber of Commerce, called "Code of Good Practice for Electronic Commerce."

KEYWORDS:

Code of Conduct, Personal Data Protection, Code of Conduct, Good Practice, Electronic Commerce

I.- INTRODUCCIÓN

Los *códigos deontológicos o de conducta*, como su denominación lo evidencia, constituyen normas de comportamiento adoptadas por los propios destinatarios de sus previsiones. Se trata de una expresión de autorregulación, si bien, a la vez, cumple un rol de control de las operaciones que reglamenta, desde que junto con familiarizar a sus destinatarios con la legislación y reglamentos vigentes, contribuye a adecuar sus disposiciones a un contexto determinado y, en cuanto tal, induce al respeto de la ley y permite cerciorarse del encuadre de las operaciones con el régimen legal aplicable.

Ahora bien, aun cuando elaborados por sus propios destinatarios, no puede prescindirse del rol que cabe a la autoridad pública de control en su proceso de formulación –alentando al sector respectivo, o bien velando por su representatividad, así como por su legalidad– y aun de cumplimiento –haciéndose cargo de su difusión y, en ciertos casos, fiscalizando la adecuación de las operaciones al mismo.

En los apartados que siguen consideraremos las funciones que desempeñan los códigos de conducta, a la luz de las previsiones de derecho comparado existente a su respecto en relación con la normativa sobre tratamiento de datos personales; seguidamente, se consideran ciertas desventajas inicialmente asociadas a ellos y que dicen relación con la legitimidad en su proceso de elaboración, la fuerza obligatoria y la publicidad de los mismos.

Los reparos recién reseñados han sido progresivamente subsanados, mediante la articulación de los mencionados códigos con el ejercicio de facultades propias de la autoridad de control prevista en el derecho interno, esto es, con la entidad pública cuyo propósito es informar los derechos de los ciudadanos frente al tratamiento de datos que les conciernen, asesorar a los responsables de tratamiento, visar los códigos de conducta adoptados por entidades públicas o privadas, fiscalizar el cumplimiento de la legislación y, más aun, sancionar las infracciones cometidas respecto de ella o abogar porque así ocurra, si es del caso. En definitiva, la entidad llamada a velar porque sea cumplida la normativa interna sobre tratamiento de datos.

Finalmente, previo a formular algunas conclusiones, se considera el tratamiento del tema en nuestro derecho interno, particularmente habida cuenta de la reciente adopción por la Cámara de Comercio de Santiago de un código de buenas prácticas para el comercio electrónico, el que, en lo sustancial, incluye disposiciones atinentes al tratamiento de datos personales y a la protección de los derechos del consumidor en las transacciones en línea.

II.- LA FUNCIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA

Como hemos tenido la ocasión de dejar en claro en oportunidades precedentes¹, la legislación sobre protección de datos personales estadounidense reviste un carácter esencialmente fragmentario, ya que la técnica legislativa adoptada ha movido a dictar tantas leyes en la materia como parezcan necesarias, lo cual, a reserva de sus reparos, tiene el valor de adecuar sus disposiciones para el contexto, la entidad o naturaleza de los datos sometidos a tratamiento.

En cambio, la mayor parte de los países han optado por una legislación omnibus, vale decir, cláusulas de carácter general aplicables ante cualquier tratamiento de datos, sin perjuicio de prever excepciones, mediante las cuales se pretende hacer frente a la particularidad que revista

el tratamiento de los datos, tales como aquellas asociadas a su empleo para fines de estadística, investigación o conservación histórica.

Precisamente, en atención a la generalidad de sus previsiones, los Estados que han asumido la opción por una ley omnibus han reparado en la necesidad de contar con disposiciones especiales aplicables al tratamiento de datos personales para fines determinados, así, v. gr., cuando ellos son empleados para efectos de evaluación crediticia, cuando lo son en el contexto de una relación laboral, o bien para fines de seguridad social.²

Cuanto se ha expresado en los párrafos precedentes pone en evidencia la insuficiencia que habitualmente presenta la legislación omnibus para concretar sus disposiciones a determinadas circunstancias, defecto que se ha subsanado parcialmente mediante la dictación de leyes especiales, o bien acudiendo a facultades reglamentarias que se confieren a la autoridad pública de control en la materia, cual ha sucedido con el Garante para la Protección de Datos Personales de Italia y con la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades de Francia.

Sin embargo, tanto en la experiencia de unos países como de otros ha quedado de manifiesto la necesidad de concretar las previsiones legislativas a circunstancias en que se verifica el tratamiento de datos, procedimiento que se explica por la particularidad de las operaciones a que son sometidos los datos, como por las continuas innovaciones tecnológicas habidas en la materia, que tornan insuficientes las definiciones generales adoptadas por el legislador. Para hacer frente a tal fenómeno, la experiencia de derecho comparado ha acudido a la elaboración de códigos deontológicos –también llamados códigos tipo, en España; códigos de buenas prácticas, en Reino Unido; y códigos de conducta, en Argentina y en la Directiva 94/46/CE–, ya que junto con constituir un medio de adecuación de la normativa general a la especificidad de determinados contextos de tratamiento de datos, permiten hacer frente a la obsolescencia normativa.

Los códigos deontológicos, al decir de ORTI VALLEJO, constituyen normas de conducta relativas al manejo del banco y tratamiento de datos adoptadas por determinados sectores empresariales, asociaciones gremiales o profesionales.³ Por consiguiente, son una expresión de autorregulación, por la cual los propios agentes fijan normas para el desempeño de sus actividades, si bien ello no excluye la participación de la autoridad pública durante su proceso de elaboración, ya sea fomentando su elaboración, verificando su legalidad o simplemente registrando su existencia.⁴

El recurso a los códigos de conducta constituía una de las recomendaciones formuladas ya por el *Lindop Report de 1978*, durante los estudios que precedieron a la primera legislación del Reino Unido en materia de protección de datos, ya que se veía en ellos no sólo un medio para hacer frente al desfase normativo y, a la vez, concretar la aplicación de sus disposiciones a circunstancias específicas, sino también un instrumento mediante el cual generar una relación continua entre las entidades usuarias de datos personales y la autoridad de control, con motivo de la elaboración y evaluación periódica de los mismos.⁵ Así y todo, la Data Protection Act de 1984 contempló una escueta referencia alusiva a los códigos deontológicos; en cambio, la Direc-

² En el caso del tratamiento de datos personales para fines de evaluación crediticia, se aprecian diferencias; así, mientras ciertos países han preferido incluir disposiciones específicas en su ley general (tal es el caso de Alemania, España, Argentina y Chile), otros han adoptado una ley especial aplicable al tratamiento de datos para tal fin (así sucede en Suecia, Perú y Reino Unido).

³ Antonio ORTI VALLEJO, *"Derecho a la intimidad e informática"*, Editorial Comares, España, 1994, p. 17.

⁴ Una reseña sobre los códigos de conducta, en cuanto protección de los datos derivada de la práctica desarrollada, puede encontrarse en Olga ESTADELLA YUSTE, *"La protección de la intimidad frente a la Transmisión Internacional de Datos Personales"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 43 – 48.

⁵ Mario LOSANO, *"Los orígenes del 'Data Protection Act' inglesa de 1984"*, en Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, núm. 21, pp. 49 – 50.

¹ Cf. Alberto CERDA SILVA, "Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 3, diciembre 2003, pp. 47 – 75.

tiva 95/46/CE, que se sirvió de los estudios que precedieron a la primera ley de datos británica, destinó todo un capítulo de su texto a los códigos de conducta.

En efecto, la Directiva 95/46/CE adoptada por la Comunidad Europea destina su capítulo V a los códigos de conducta⁶, imponiendo a los Estados miembros y la Comisión, dentro de sus respectivas competencias, la obligación de alentar la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir, en función de las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de la Directiva, así como de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en relación con la misma,⁷ previendo la intervención de una autoridad de control nacional o comunitaria en tal proceso, según los casos.

Tratándose de proyectos de códigos comunitarios, así como de modificaciones o prórrogas a códigos comunitarios existentes, podrán ser sometidos al dictamen del Grupo de protección de datos que crea la propia Directiva, el cual se pronunciará, entre otras cosas, sobre la conformidad de los proyectos que le sean sometidos con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Si lo considera conveniente, el Grupo recogerá las observaciones de los interesados o de sus representantes.⁸ Posteriormente, la Comisión podrá efectuar una publicidad adecuada de los códigos que hayan recibido un dictamen favorable del Grupo.

El Grupo de trabajo y algunas organizaciones encargadas de presentar los códigos aún están debatiendo la forma final de éstos. Así sucede con la Federación de Asociaciones Europeas de Venta Directa (FEDMA), que representa al sector de la venta directa a escala europea, la cual ha presentado un proyecto de código comunitario de prácticas para el uso de datos personales en la venta directa, que ha merecido sustanciales observaciones por el Grupo. Otro tanto acontece con un código de conducta sobre el tratamiento de datos personales presentado al Grupo por parte de las empresas de búsqueda de personal directivo (cazatalentos), presentado por la AESC; y el código de conducta sobre identificación paneuropea de la línea diamante, presentado por la ETP.

Distinta es la situación de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), que en 1997 presentó al Grupo de trabajo la práctica recomendada 1774 sobre la protección de la vida privada y los flujos transfronterizos de datos personales utilizados en el transporte aéreo internacional de pasajeros y cargamento (RP 1174), la que si bien no cumplía los requisitos de código de conducta con arreglo a la Directiva, recibió positivos comentarios del Grupo de Trabajo, siendo actualmente recomendada por IATA a sus miembros.⁹

En cambio, tratándose de códigos de conducta nacionales, la Directiva impone a los Estados miembros establecer que las asociaciones profesionales, y las demás organizaciones representantes de otras categorías de responsables de tratamiento, que hayan elaborado proyectos de códigos nacionales o que tengan la intención de modificar o prorrogar códigos nacionales existentes, puedan someterlos a examen de las autoridades nacionales, las que velarán, entre otras cosas,

por la conformidad de tales proyectos con las disposiciones de derecho interno adoptadas en aplicación de la propia Directiva. Además, se invita a la autoridad, si lo considera conveniente, a recoger las observaciones de los interesados o de sus representantes.

Los códigos de conducta cuentan con acogida en las leyes sobre protección de datos preferentemente para obtener la concreción de los principios generales de la ley respectiva en el tratamiento de datos que se verifica en el sector privado; así sucede en Argentina e Italia; ello se explica fundamentalmente por el ánimo de tales entidades de granjearse la confianza entre su clientela por los servicios ofrecidos. Sin embargo, también hay países que han extendido su ámbito de aplicación al procesamiento de datos realizado en el sector público, es el caso de España, Reino Unido y Estados Unidos.¹⁰

Antes de considerar los principales reparos formulados al establecimiento de códigos de conducta, así como las fórmulas empleadas en el derecho comparado para sortearles, parece oportuno considerar, siquiera con brevedad, los objetivos propuestos por la legislación extranjera respecto del empleo de tales códigos.

En España, los códigos de conducta tienen reconocimiento desde la LORTAD, la cual consideraba necesario recurrir a ellos a efectos de evitar el desfase que las normas de derecho positivo ofrecen respecto de las transformaciones sociales, más acusado en este terreno, cuya evolución tecnológica es especialmente dinámica. Asimismo, la ley se servía de ellos para concretar la aplicación de las previsiones legales a los distintos sectores de actividad.¹¹

Desde la entrada en vigencia de la LOPD, mediante los códigos tipos, los responsables de ficheros de titularidad pública o privada pueden establecer las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto de los principios y disposiciones de la propia ley y sus normas de desarrollo. Asimismo, se admite que los códigos contengan o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación.¹²

En Argentina, la ley sobre protección de datos personales prevé la elaboración de códigos de conducta de práctica profesional, cuyo propósito es establecer normas para el tratamiento de tales datos en cuanto tiendan a asegurar y mejorar las condiciones de operación de los sistemas de información en función de los principios establecidos en la misma ley. Esto es, los códigos de conducta constituyen una herramienta de que se sirve el legislador para garantizar e intensificar la protección ofrecida por la ley.¹³

En cambio, en Reino Unido, la *Data Protection Act de 1998* atribuye a los códigos de conducta el rol de servir de guía al cumplimiento de los principios que informan la protección de los datos.¹⁴ En cuanto tales, la ley británica también impone a la autoridad fomentar la adopción de códigos, aunque excepcionalmente admite su elaboración por la propia autoridad de control, el

⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁷ La propia Directiva considera que los códigos de conducta pueden constituir un elemento útil para proporcionar indicaciones sobre los medios gracias a los cuales los datos pueden hacerse anónimos y conservarse de forma tal que impida identificar al interesado.

⁸ El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos ha elaborado un documento de trabajo en el que establece el procedimiento y los elementos de examen de los códigos comunitarios. Cf. "Labor futura en relación con los códigos de conducta: documento de trabajo sobre el procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios por el Grupo de Trabajo", aprobado el 10 de septiembre de 1998.

⁹ Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, Práctica recomendada IATA 1774 «Protección de la vida privada y los flujos transfronterizos de los datos personales utilizados en el transporte aéreo internacional de pasajeros y mercancías». Aprobado el 14 de septiembre de 2001.

¹⁰ En la *Privacy Act de 1974* los códigos de conducta cobran un sentido diverso; en ella se obliga a las entidades federales que tratan datos personales a formular normas deontológicas, aunque sus destinatarios son las personas ocupadas en la concepción, desarrollo, explotación o actualización del sistema de registros, o en la llevanza de registros; asimismo, prescribe que ellas deben ser puestas en conocimiento de tales personas, inclusive con indicación de las sanciones a su incumplimiento.

¹¹ Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, LORTAD.

¹² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (B.O.E. Nº 298. Martes 14 de diciembre de 1999).

¹³ Ley 25.326 protección de los datos personales de 30 de octubre de 2000.

¹⁴ Ley de Protección de Datos de 16 de julio de 1998.

Comisionado para la Protección de Datos Personales, evento en el cual impone a éste formular consultas a las asociaciones de comercio, personas concernidas por los datos o quienes les representen y, una vez adoptado, ponerle en conocimiento del Parlamento.¹⁵

III.- CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

El progresivo reconocimiento obtenido por los códigos de conducta ha supuesto superar ciertos reparos inicialmente asociados a ellos y que dicen relación con la legitimidad en su proceso de elaboración, la fuerza obligatoria y la publicidad de los mismos. En los siguientes párrafos consideraremos estos inconvenientes y las respuestas brindadas en el derecho comparado para hacerles frente.

1.- REPRESENTATIVIDAD

El primer inconveniente relacionado con los códigos de conducta se vincula con la *representatividad* que debe suponer su proceso de elaboración, más aún cuando supone que la voluntaria aceptación de ellos por sus destinatarios es la que les confiere eficacia normativa. Peor aún, el problema cobra toda su fuerza cuando dos o más asociaciones profesionales u otras organizaciones gremiales pretenden atribuirse la representación del sector para imponer la adopción del código de conducta elaborado por sí a las demás. Además, de no exigirse cierta representatividad respecto de los códigos de conducta se corre el riesgo cierto de una proliferación normativa sin límites, una pluralidad de regímenes jurídicos de concreción que socava toda pretensión de seguridad jurídica.¹⁶

Sobre el particular, la *Data Protection Act de 1984* de Reino Unido suponía que la elaboración de los códigos de conducta corresponde a las asociaciones del sector u otras entidades representativas de los usuarios, quienes los han de redactar y difundir entre sus miembros. En cambio, la *Data Protection Act de 1998*, más que acentuar la representatividad que han de revestir los códigos de conducta, ha puesto el acento en que su formulación revista un carácter participativo, imponiendo a la autoridad de control considerar los intereses de las entidades que tratan datos, así como de las personas concernidas en ellos y los representantes de unos y otros, ya sea en las consultas que deben preceder a su aprobación o elaboración, según los casos.

Por su parte, la legislación argentina, al igual que la primera ley inglesa, se limita a consignar que la elaboración de los códigos de conducta corresponderá a las asociaciones o entidades representativas de responsables o usuarios de bancos de datos de titularidad privada; sin embargo, no precisa las condiciones que supone tal representatividad, ni faculta a la autoridad de control para cerciorarse de su concurrencia.

En cambio, la legislación española parece prescindir de la representatividad en la elaboración de códigos de conducta, pues admite que ellos sean formulados por los responsables de trata-

mientos de titularidad pública y privada mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, así como las organizaciones en que se agrupen.¹⁷

En Italia, la ley sobre tratamiento de datos personales pone de cargo de la autoridad de control –el Garante para la Protección de los Datos Personales– velar por la observancia del principio de representatividad en la elaboración de códigos deontológicos y de buena conducta.¹⁸

2.- LEGALIDAD

Un segundo inconveniente adjudicado a los códigos de conducta es el relativo a la *legalidad* de los mismos, esto importa juzgar la adecuación de sus normas con las previsiones que el ordenamiento jurídico interno del Estado a que se extiende su aplicación contemple. El tema guarda estrecha relación con los propósitos perseguidos por asociaciones profesionales y las demás organizaciones que les adoptan, que en unos casos se limitan a satisfacer los intereses de sus destinatarios antes que fomentar el cumplimiento de sus disposiciones y las leyes relativas sobre la materia.

La Directiva 96/45/CE se hace cargo del tema relativo a la conformidad de los códigos de conducta nacionales con las disposiciones de derecho interno adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Directiva; al respecto, tales Estados establecerán que las asociaciones profesionales, y las demás organizaciones representantes de otras categorías de responsables de tratamientos, que hayan elaborado proyectos de códigos, puedan someterlos a examen de las autoridades nacionales, quienes velarán, entre otras cosas, por la conformidad de los proyectos que le sean sometidos. Mediante tal expediente, cuando menos, se asegura la legalidad de aquellos códigos sometidos a la aprobación de la autoridad de control.

En el caso del Reino Unido, la ley dispone que los códigos de conducta deben ser sometidos a la consideración del Comisionado, autoridad que juzga si ellos promueven buenas prácticas en relación con los principios que informan la *Data Protection Act de 1998*.

En Italia, la ley impone a la autoridad de control nacional velar por la conformidad de los códigos deontológicos con las leyes y reglamentos habidos en la materia. Aun más expresivas al respecto son las legislaciones de España y de Argentina, las que tras disponer que los códigos de conducta deben ser inscritos en un registro de responsabilidad de la autoridad de control, facultan a ésta para denegar la inscripción cuando considere que no se ajustan a las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia. Con todo, ante tal evento, la LOPD faculta al Director de la Agencia de Protección de Datos para requerir de los solicitantes que efectúen las correcciones oportunas, a fin de subsanar las irregularidades evidenciadas; misma facultad se confiere reglamentariamente al Director de la autoridad de control argentina.

¹⁵ Una solución similar se adopta en la legislación italiana, en la cual, en principio, la autoridad de control –el Garante– debe promover la suscripción de códigos deontológicos entre los interesados; sin embargo, por excepción, tratándose de códigos relativos al tratamiento de datos efectuado en ejercicio de la profesión periodística, la ley admite que ante la omisión del Consejo Nacional de la Orden, sea la propia autoridad quien proceda a su formulación.

¹⁶ En similar sentido, Oscar PUCCINELLI, "Protección de datos de carácter personal", editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 452, 453 y 456.

¹⁷ Al respecto, en España, se suscita discusión en doctrina respecto de códigos tipos de empresa: mientras para unos es dudoso que la ley admita la elaboración de códigos de conducta de una empresa, para otros no. Cf., entre los primeros, Antonio ORTIZ VALLEJO, *op. cit.*, p. 93; para los segundos, Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "Informática y Protección de Datos Personales", Cuadernos y Debates Nº43, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 115, *infra*. 147; y Ana Isabel HERRAN ORTIZ, "El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales", Dykinson, Madrid, 2002, pp. 311 – 315. Lo cierto es que diversas empresas han obtenido el registro de códigos de conducta singulares ante la autoridad de control española.

¹⁸ Ley 675 del 31 de diciembre de 1996 sobre la tutela de las personas y otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales (Italia); hemos trabajado con su texto consolidado al 28 de diciembre de 2001.

3.- OBLIGATORIEDAD

El tercer punto que merece reparos respecto de los códigos de conducta es el relativo a la *obligatoriedad* de los mismos, lo cual supone responder a cuán vinculantes resultan ellos para sus destinatarios, o bien, visto desde la perspectiva de las personas concernidas por los datos, cuál es la certeza que se les puede suministrar en cuanto a que serán cumplidas las disposiciones contempladas en ellos.¹⁹

En general, la legislación carece de una respuesta sobre la exigibilidad de los códigos de conducta respecto de sus destinatarios. Del examen de derecho comparado que hemos efectuado, sólo la legislación española y las disposiciones de *Safe Harbor Privacy Principles*²⁰ contemplan alguna consideración al respecto.²¹

En España, el mensaje de la LORTAD manifestaba, respecto de los códigos de conducta, que la voluntaria aceptación de sus destinatarios es la que les otorga eficacia normativa, mas, a la vez, admite que tales mecanismos jurídicos están dotados de menor nivel de vinculación e indica que, elaborados por iniciativa de las asociaciones y organizaciones pertinentes, serán aprobados, sin valor reglamentario, por la Agencia de Protección de Datos, siendo precisamente la iniciativa y participación de las entidades afectadas la garantía de la virtualidad de las normas. Un matiz de confusión parece impregnar la legislación española cuando enfrenta la obligatoriedad de los códigos de conducta, claramente les atribuye menor nivel de vinculación, pero se deja ver la proposición de que ellos resultan vinculantes sólo en cuanto la propia entidad los asuma como tales.

Sobre el particular, la doctrina estima que precisamente el carácter voluntario de los códigos no garantiza derechos legales a ninguna de las partes intervinientes, salvo que su texto haya sido incorporado contractualmente.²² Aun cuando también se han dejado sentir voces que les atribuyen el carácter de *lex artis* y, como tales, tras ser registrados y generar cierto grado de confianza entre los afectados, susceptibles de significar responsabilidad por su infracción.²³ Hay también quienes estiman que los propios códigos debían de contemplar sanciones –de naturaleza reparadora y punitiva– que asegurasen su eficacia.²⁴ Finalmente, para algunos los códigos tienen el valor de

recomendaciones y como tales la sanción que llevan aparejada es, como más, la expulsión o separación del infractor de la agrupación a que corresponde el código vulnerado.²⁵

Más categórica, en cambio, es la respuesta que nos suministran los *Safe Harbor Privacy Principles*, pues la *Federal Trade Commission* admite que las normas deontológicas adoptadas por las entidades estadounidenses vinculadas al Acuerdo revisten carácter obligatorio para las mismas, y su infracción puede dar lugar a responsabilidad en la medida que tales actos o prácticas constituyan actos desleales o fraudulentos en el comercio o relacionados con él.

4.- PUBLICIDAD

Un cuarto aspecto que merece ser resuelto, en aras de un conveniente régimen jurídico de los códigos de conducta, es el relativo a la *publicidad* de los mismos. Si alguna eficacia normativa tienen los códigos, morigerada siquiera, ella supone la adecuada difusión de sus disposiciones, tanto entre sus destinatarios, como entre las personas concernidas por los datos, que son quienes mayor preocupación habían de revelar por el cumplimiento de sus preceptos.

En el caso de Reino Unido, la ley faculta al Comisionado para disponer la difusión de los códigos de conducta, sin precisar el medio por el cual se asegurará que su contenido llegue a conocimiento público; similar solución nos ofrece la legislación italiana, que se limita a consignar que el Garante debe contribuir a garantizar la difusión de los códigos adoptados.

Sin embargo, la actitud más generalizada al respecto es disponer que ellos sean inscritos en el registro que lleva al efecto la autoridad de control respectiva, fórmula adoptada en Argentina y en España. En similar sentido se pronuncia *Safe Harbor Privacy Principles*, en los cuales se dispone que las entidades adherentes al Acuerdo deberán precisar su política de protección a la vida privada, en la cual entendemos incorporados los códigos de conducta a que se sujeten, antecedentes que, junto con ser registrados por la *Federal Trade Commission*, se harán públicos.

La apretada descripción de los códigos de conducta, así como sus ventajas y en especial las desventajas atribuidas a los mismos, permite apreciar que su incorporación en el sistema de protección diseñado por las leyes sobre protección de datos se conjuga con la existencia de una autoridad de control, que fomenta su elaboración, vela por la representatividad y legalidad de los mismos, e, igualmente, les brinda adecuados cauces de difusión en la comunidad jurídica.

IV.- LA SITUACIÓN EN CHILE

Nuestra normativa prevé disposiciones concernientes al tratamiento automatizado y no de datos personales concernientes a personas naturales efectuado por personas naturales y jurídicas, sean de derecho público o privado. Sin embargo, en ella no se prevé el establecimiento de una autoridad de control, lo cual, como tendremos la ocasión de examinar, resiente la eficacia de los códigos de conducta como tales.

En cuanto a la creación de una autoridad de control nacional, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 19.628 la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado estimó que

²⁵ Rafael VELÁZQUEZ BAUTISTA, "Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados", editorial Colex. Madrid, 1993, p. 191. Este es el criterio subyacente en la regulación de los códigos deontológicos en Argentina, en que la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales está facultada para homologar los códigos de conducta que les sean presentados, debiendo cerciorarse para ello, entre otros extremos, de su eficacia ejecutiva con relación a los operadores del sector mediante la previsión de sanciones o mecanismos adecuados.

¹⁹ El problema concerniente a la obligatoriedad de las disposiciones adoptadas por la entidad responsable de tratamiento de datos a través de los códigos de conducta era visualizado ya en el *Lindop Report*, el que proponía que una vez aprobados gozaran del valor de disposición reglamentaria, parecer que no fue hecho propio por el legislador británico. Cf. Manuel HEREDERO HIGUERAS, "La Directiva Comunitaria de Protección de Datos de Carácter Personal", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 196. Para una revisión sobre las diversas opciones consideradas en el *Lindop Report* a efectos de que los códigos de conducta gozarán de obligatoriedad, cf. Mario LOSANO, "Los orígenes del...", *op. cit.*, pp. 50 – 52.

²⁰ La *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos publicó los denominados *Safe Harbor Privacy Principles*, traducidos como *Principios de Puerto Seguro*, texto que contempla los principios a que deben sujetarse las entidades estadounidenses para obtener el visto bueno de la Unión Europea, a fin de asegurar una política de protección de datos adecuada, que brinden privacidad y confidencialidad homologables a los estándares europeos, tras lo cual podrán recibir cesiones de datos personales provenientes de los Estados miembros de la Unión Europea sin problemas ni sanciones para cedente o cesionario.

²¹ La *Data Protection Act de 1998* no se pronuncia respecto de la obligatoriedad de los códigos de buenas prácticas; sin embargo, en el entendido que su eficacia se juega en su genuino respeto, más aún que en la definición de su connotación obligatoria, faculta a la autoridad de control, con el consentimiento del *data controller*, esto es, el responsable de tratamiento de datos, para que evalúe la sujeción de las operaciones de tratamiento al código de conducta adoptado e informe a éste sobre los resultados que arroje tal examen.

²² Olga ESTADELLA YUSTE, *op. cit.*, p. 44.

²³ Antonio ORTI VALLEJO, *op. cit.*, p. 93 – 94.

²⁴ Ana Isabel HERRAN ORTIZ, *op. cit.*, p. 314.

la tendencia legislativa era prescindir de una autoridad de control en la materia.²⁶ Sin embargo, también se oyeron voces partidarias de la institución.²⁷ Con todo, finalmente, el Senado, si bien estimó conveniente tal instituto, no incluyó disposiciones en la materia, en el entendido que su incorporación al proyecto de ley era de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.²⁸

Así pues, nuestra legislación desconoce una autoridad de control, y se limita a establecer una autoridad registral, con competencia acotada a los organismos públicos responsables de bases de datos.

Respecto a los códigos de conducta, el legislativo omitió consideración alguna y, ciertamente, la Ley 19.628 no los contempla entre los mecanismos mediante los cuales puede obtenerse cierto grado de control en las operaciones de tratamiento de datos. Sin embargo, ello no ha impedido la adopción de normas deontológicas, ya sea de carácter individual, tal como las políticas de privacidad contempladas en los sitios web de Televisión Nacional de Chile y el Banco Central, o que pretenden cobijar ciertos sectores, como los promovidos por la Cámara Nacional de Comercio y la Cámara de Comercio de Santiago.

La Cámara Nacional de Comercio ha diseñado un conjunto de programas que apuntan a la autorregulación en las transacciones y comunicaciones, comerciales o no, en Internet, mediante los cuales pretende resguardar la privacidad, otorgar certeza jurídica y solucionar eventuales conflictos por el uso de la Red. La adopción de tal solución se concreta en un conjunto de normas mínimas sobre el manejo y resguardo de la información personal de los usuarios, a las que adhieren los portales web, y cuya supervisión es responsabilidad de CONFIARE.²⁹

El Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico

Recientemente la Cámara de Comercio de Santiago ha elaborado y promueve la adopción de un Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico, mediante el cual procura transponer en la cotidianidad de los proveedores en línea el alcance de las leyes sobre protección de datos personales y protección a los derechos del consumidor, entre otras.

Consideremos los temas concernientes a la representatividad, legalidad, obligatoriedad y publicidad de los códigos de conducta en relación con la propuesta autorregulatoria de la Cámara.

En lo concerniente a la representatividad del Código, cabe consignar que él se presenta a sí mismo como representativo de quienes le suscriben, sin pretensiones de aglutinar a su alrededor a la generalidad de los proveedores en línea. No obstante, es ampliamente recomendable concitar mayor respaldo de las restantes entidades gremiales a su respecto, a fin de evitar una inapropiada proliferación normativa, con la consiguiente incertidumbre para los consumidores que interactúan en línea.

²⁶ Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 3ª, 04.06.1996, p. 152.

²⁷ FRANCISCO CUMPLIDO CURECEDA, "Análisis del Anteproyecto de Ley sobre protección de Datos Personales elaborado por el Ministerio de Justicia (1990 - 1994)", en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 3 N°1, 1997, pp. 201 - 207, refiriéndose al proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, el cual contemplaba procedimientos de protección administrativo y judicial, un servicio al que se denominaba "Servicio Nacional para la Protección de Datos" y un "Registro General para la Protección de Datos".

²⁸ 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. 2111.

²⁹ Para mayor información sobre las prácticas de autorregulación promovidas por la Cámara Nacional de Comercio y CONFIARE, actualmente con una adhesión cercana a la cincuenta de entidades, cf. su página web <http://www.conficare.cl>

En relación a la legalidad, en el Código se constata que algunas de sus disposiciones van más allá de las exigencias legales, mejorando el estándar normativo, p. ej., respecto al contenido de las políticas de privacidad y garantías de accesibilidad que los sitios web deben brindar a los usuarios. No obstante, la mayor parte de sus disposiciones sólo concretan el alcance de la ley, en algunos casos pudiendo esperarse un incremento en el estándar de protección legal actualmente previsto, como acontece en lo concerniente a la regulación del spam.

En otras ocasiones, pese a que las disposiciones del Código, según lo predicado por él mismo, no implican una merma en los derechos garantizados legalmente, era previsible que se incluyesen disposiciones concernientes al derecho a la reparación e indemnización de los consumidores en relación con los proveedores en línea, así como al derecho de retracto que les asiste. Lamentablemente, nada de ello cristaliza en el Código, siendo por completo omitidos, lo cual socava su utilidad, ya que induce a confusión al consumidor, y aún a los proveedores que lo adoptan, por la vía de prescindir de ciertas normas legales atinentes.

Más excepcionalmente, el Código incluye disposiciones que abren un infundado distingo jurídico, con algún detrimento en los derechos del consumidor, v. gr., en lo concerniente a no informar la política de privacidad tratándose de la recolección de correos electrónicos de los consumidores.

En general, y salvo las observaciones precedentes, el Código procura orientar a sus destinatarios acerca de la implementación de determinadas disposiciones legales, tratándose de los proveedores en línea, ajustándose al marco jurídico vigente. No obstante, su contenido debe ser mejorado, de modo de subsanar ciertas omisiones, así como enmendar aquellas cláusulas que se contraponen a la letra y espíritu de la ley.

En lo que respecta a la obligatoriedad, esto es, determinar cuál es el efecto de su infracción o incumplimiento por el proveedor de servicios en línea, el Código, salvo alguna alusión a disponer de mecanismos de resolución de disputas de carácter facultativo para el proveedor, nada dice. El Código no precisa el alcance de las obligaciones que asumen los proveedores, ni la exigibilidad de sus disposiciones por terceros interesados, sean los propios consumidores o demás proveedores partícipes de la iniciativa, ni prevé sanciones para la infracción de sus normas.

Finalmente, en cuanto a la publicidad del código de conducta, el propósito es procurar que sea ampliamente conocido entre los destinatarios de sus normas. El propio Código no prevé los mecanismos que se dispondrán al efecto; no obstante, la Cámara de Comercio de Santiago ha dejado su texto íntegro accesible en línea, lo cual garantiza que sus destinatarios -proveedores y consumidores que se vinculan en operaciones electrónicas- tengan acceso al mismo.

Cabe hacer constar que el propio Código establece un mecanismo de administración, a través del cual obtener la continua actualización y adecuación de sus normas. De modo que es de esperar que las observaciones formuladas a su respecto sean consideradas oportunamente.

Ahora bien, de lo expuesto se observa cómo la ausencia de una autoridad pública de control en relación con la normativa que reglamenta el tratamiento de datos personales, que, en el caso, vele por la adopción de normas de conducta con adecuados estándares -de legalidad, representatividad, obligatoriedad y publicidad- resiente la plena eficacia de éstas.

V.- CONCLUSIONES

Chile ha avanzado en el camino de brindarse un marco normativo para hacer frente al desarrollo tecnológico. Hoy disponemos de una ley sobre firmas y documentos electrónicos, una normativa sobre delitos informáticos, una ley que regula la protección de los datos personales

y una reciente modificación a la ley de de protección a los derechos del consumidor. A través de ellas se articula la protección de las personas en el entorno tecnológico. Sin embargo, es necesario introducir ciertas mejoras en ellas, algunas de las cuales ya se encuentran en trámite legislativo.

El marco regulatorio aparece a la zaga de la tecnología y es necesario saldar tal distancia. Frente a ello, es posible recurrir a los códigos de conducta como técnica de regulación por los propios concernidos por las normas. Sin embargo, al hacerlo es necesario cautelar la legalidad y legitimidad en su proceso de elaboración, la fuerza obligatoria y la publicidad de los mismos.

En el derecho comparado, se observa que la autoridad pública de control participa en el proceso de formulación de los códigos de conducta –alentando al sector respectivo, o bien velando por su representatividad, así como por su legalidad– y aun de cumplimiento –haciéndose cargo de su difusión y, en ciertos casos, fiscalizando la adecuación de las operaciones al mismo.

En el caso de Chile, la ausencia de una autoridad pública con facultades similares merma la valía de los códigos de conducta. Tanto el establecimiento de una autoridad tal, como la regulación de los códigos de conducta, constituyen, entre otros, tópicos pendientes para nuestra legislación.