Proyectos de ley relativos a la Protección y tratamiento de datos personales.

(Boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos)

CNC

Comisión de Constitución del Senado

lunes, 17 de abril de 2017

Antecedentes.

- La protección de los datos de nuestros clientes así como el libre flujo de información son temas de gran preocupación para la CNC.

El conocimiento como atributo de la modernidad: La debida identificación de quienes requieren productos o servicios de las áreas que representamos, es un atributo esencial de las relaciones comerciales. Esta información permite avanzar en la generación de propuestas que están más acordes con los necesidades de nuestros clientes y garantiza, de mucho mejor manera, la satisfacción de éstos en las relaciones de consumo

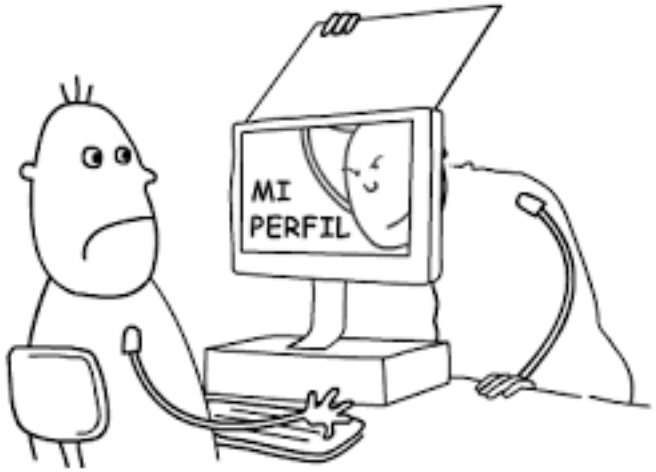
- **De la masividad a la identidad:** La información permite conocer los gustos y preferencias de nuestros clientes y ofrecer a éstos productos y servicios que responden de mejor manera a los requerimientos que cada uno de ellos formula. Estamos experimentado el avance hacia una sociedad en que el comportamiento de los consumidores, está dejando de ser parte de una fórmula que alimenta un programa computacional y se está transformando en un elemento clave, en la diferenciación que hoy se exige, por parte de los consumidores, en las nuevas relaciones de consumo.

Antecedentes.

El derecho a ser tratado de manera individual: El acceso y gestión de los datos de nuestros clientes permiten al comercio, los servicios, el turismo otorgar a sus clientes un trato especial e individual el cual hoy se desarrolla mediante las nuevas herramientas tecnológicas sobre las cuales se prevé se desarrollen estas actividades durante el futuro cercano y de las cuales, hoy el *e-commerce*, constituye la mejor de sus manifestaciones.

Un activo diferenciador: Enfrentamos un escenario muy competitivo, en el cual la oferta de productos y servicios no se mide sólo por el resultado de corto plazo, sino que la oportunidad, la gestión de consultas, la atención de reclamos y la consideración a la individualidad, se convierten en la clave del éxito de las empresas y marcan la diferencia entre las experiencias exitosas y aquellas que quedan en el camino.

Antecedentes.



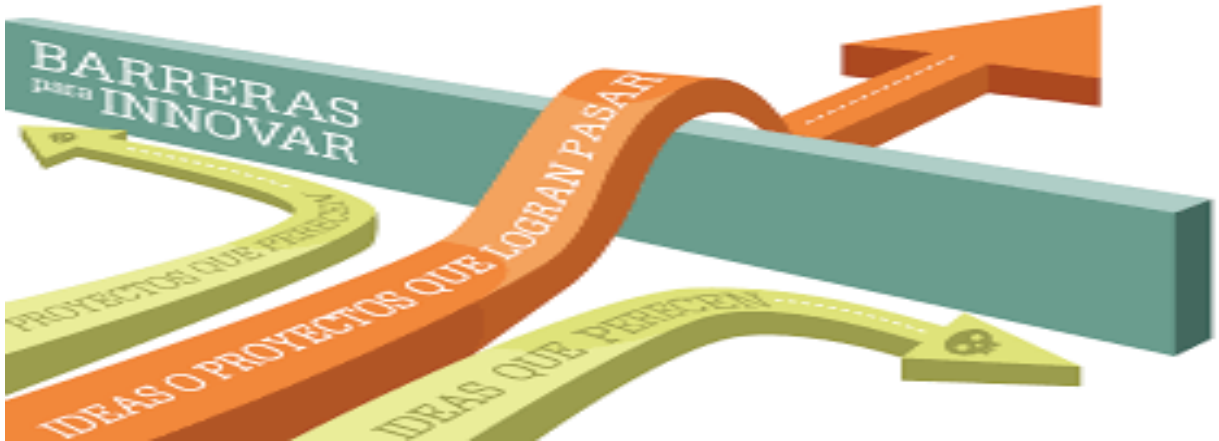
Concurrimos hoy a esta Comisión con la convicción que la discusión parlamentaria que hoy se inicia, debe tener como orientación la existencia de un sano equilibrio entre la intimidad y el acceso a la información. Este acceso no encuentra sentido y carece de valor, sino se enfoca en las personas.

Comprendemos que el acceso a la información y el desarrollo de las nuevas tecnologías conlleva una gran responsabilidad. La individualidad de nuestros clientes demanda respeto a sus derechos, especialmente a su privacidad

Antecedentes.

Así un desequilibrio hacia la circulación de información terminará invadiendo los espacios personales de nuestros clientes los que terminarán por abandonar a aquellas empresas que no comprendan esta situación.

Por su parte un desequilibrio hacia la intimidad terminará impidiendo el debido desarrollo de mejores productos y servicios y terminará ahogando la iniciativa del emprendedor, el que al no poder acceder a las preferencias y datos de sus potenciales clientes, verá frustrados los esfuerzos por darse a conocer. En este escenario se propende a la concentración al constituir la información una infranqueable barrera de entrada al mercado.



Apreciación particular del proyecto

En el marco de lo ya expuesto, ambas iniciativas son claramente son un avance importante, pero estimamos que las mismas pueden ser objeto de perfecciones durante su tramitación y que es importante que durante ésta, se tenga siempre en vista el equilibrio entre los derechos que están en juego.

En este orden de ideas, nos referiremos en esta oportunidad, solamente a aquellos aspectos que, de una primera lectura, destacan:

- Formación del Consentimiento.
- Cesión de datos personales.
- Sujetos Obligados.
- Determinación de las multas.
- Agencia de Protección de Datos Personales.

Lo anterior es sin perjuicio de quedar desde ya a su disposición para acompañar mayores antecedentes de estas u otras materias, durante la tramitación legislativas de las iniciativas en estudio.

Formación del consentimiento.

- Para el comercio, es de la mayor relevancia contar con procedimiento de obtención y verificación del consentimiento de sus clientes, lo más posible simple y transparente posible. En consideración a lo anterior, avanzar de un modelo fundado en la prueba documentaria a uno que permita la utilización de nuevas tecnologías es un paso significativo.

Formación del consentimiento.

- Así también lo es que se permita tal manifestación se mediante "*un acto afirmativo que dé cuenta con claridad de la voluntad del titular*". En este punto eso sí, creemos importante que este concepto sea dotado de mayores precisiones ello con el propósito de evitar diferencias de interpretación.

- Por otra los alcances en torno a quién puede tratar los datos personales y con que propósito se le autoriza, son claves en las relaciones comerciales modernas. El titular del dato debe poder entender estas variables al minuto de otorgar su consentimiento, pero debemos ser cuidadosos con pretender un conocimiento detallado de estas variables en el marco, por ejemplo de un contrato de adhesión.

- Hay un fino equilibro que cuidar entre la cantidad de información a entregar y la generación de nuevas iniciativas comerciales.

Formación del consentimiento.

- En este orden de ideas, la correcta protección de los derechos de los titulares, especialmente en lo que respecta al otorgamiento de una voluntad libre e informada, se logra no sólo mediante la entrega de grandes cantidades de información sino que también:

➢A través de la consagración de la obligación que recae sobre el responsable de la base de datos de demostrar que se cuenta con tal consentimiento, circunstancia que refuerza la idea de la protección y licitud del tratamiento de los datos personales y genera responsabilidades asociadas para los infractores y;

➢Mediante el debido ejercicio del derecho de los derechos de cancelación y oposición que consagran las iniciativas legislativas a favor de los titulares.

Formación del consentimiento.

- Por último en este punto, parece relevante efectuar alguna aclaración en lo que dice relación con la operación del denominado principio de la proporcionalidad. Si bien conceptualmente no podemos sino compartir su inclusión, se debe cuidar que bajo la aplicación del mismo se fuerce a las empresas a efectuar una estimación temporal en torno a la utilización de los datos.
- En efecto, si partimos de la base que las relaciones comerciales avanzan y se adaptan a las exigencias del mercado, no parece correcto exigir al inicio de las mismas, un cálculo temporal que en la casi totalidad de los casos estará fundado en un componente de fortuna.

Cesión de Datos Personales.

- Dado el desarrollo de las relaciones comerciales y la velocidad con que evolucionan los mercados, la cesión de información es una materia que requiere ser tratada, no sólo bajo la óptica del consentimiento como lo efectúa el proyecto del Ejecutivo.

- En esta materia, la Moción parlamentaria en estudio avanza de manera significativa en el punto, siguiendo la tendencia internacional en la materia, al consagrar excepciones al consentimiento, lo que evita una excesiva rigidización de la cesión de datos que a la larga, afecta el libre flujo de información.

- En este sentido destacamos la redacción propuesta en la Moción: “La cesión derive de una relación contractual del titular de los datos y sea la consecuencia de un contrato, cuyo desarrollo, cumplimiento y control requiera la transferencia de los datos a terceros. En este caso la cesión será legítima en la medida que se limite a la finalidad que le sirve de causa.”

Sujetos obligados por la ley.

- El proyecto del Ejecutivo mantiene el concepto actualmente vigente en orden a que el responsable de los datos puede tratar directamente los mismos o bien hacerlos a través de un tercero mandatado al efecto.

- En este sentido parece más adecuada la propuesta de la Moción parlamentaria que distingue entre responsable y encargado, con responsabilidades definidas para cada uno. Esto permitirá precisar de mejor manera las responsabilidades que en las gestiones de custodia y gestión de datos, corresponden a cada actor.

- En el anterior orden de ideas, si bien en otras legislaciones se regula la figura del intermediario del tratamiento, no parece adecuada la propuesta legislativa contemplada en la Moción, de sujetar a éstos a las mismas obligaciones que a los encargados del tratamiento, ya que sólo ponen a disposición herramientas para dicho tratamiento.

Determinación de Multas.

- Respecto a los criterios para la determinación de las multas, se estima que el punto requiere una revisión mas detallada, en consideración a que parece inadecuado incluir como factores de cálculo los siguientes:

  - Tratarse de persona natural o jurídica, o si se trata de una entidad sin fines de lucro.
  - A su vez, parecen excesivas las sanciones en caso de reincidencia, las que a su vez, debieran ser respecto de la misma infracción o a lo menos de igual naturaleza (no confundir leves con gravísimas).
  - La implementación de modelos de prevención debiera ser considerada como una eximente de responsabilidad, toda vez que existirán por parte de la Autoridad certificaciones de los mismos y revisiones consantes.

Agencia de Protección de Datos Personales.

- Este es, sin lugar a dudas, uno de los temas más relevantes del proyecto de ley ya que una norma será tan eficiente como la autoridad llamada a velar y fiscalizar la misma.

- Así lo ha manifestado en diversas oportunidades este Congreso Nacional, no sólo en la tramitación de los presentes proyectos de ley, sino que también ante los mensajes presentados por gobiernos anteriores.

- En este orden de ideas, creemos necesario avanzar de manera más decidida en una verdadera agencia independiente en materia de protección de datos personales.

Agencia de Protección de Datos Personales.

- Debe avanzarse hacia una Agencia Independiente o Agencia Regulatoria Independiente.
- El elemento esencial de este tipo de agencias es la “autonomía” y sus razones comunes son la neutralidad política, la especialización técnica y la eficacia.
- Esta autonomía debe reflejarse en su ámbito funcional, humano o de personal, así como en otros complementarios como son la idoneidad de su organización y sus medios financieros.
- Si bien se aprecia un esfuerzo de autonomía al establecer que la referida Agencia se encuentra afecta al Sistema de Alta Dirección Pública, estamos aun muy lejos de constituir de una agencia independiente.

Agencia de Protección de Datos Personales

- Así, creemos que debiera avanzarse en la generación de un Agencia con una dirección Colegiada y no unipersonal como se propone por el Proyecto del Ejecutivo, debiendo dedicarse mayores esfuerzos en el establecimiento de un poderoso un gobierno corporativo.

Agencia Independiente en materia de datos.

- Junto a lo anterior parece necesario evitar los cuestionamientos que se pudieren formular a una repartición que junto a fiscalizar y normar, pueda imponer sanciones frente a eventuales incumplimiento. La convivencia de las anteriores facultades bajo una misma dirección representa un retroceso en materia de reconocimiento de facultades independientes y, en algunos casos, comprometerá seriamente el principio del debido proceso a que tiene derecho toda persona.

- Resulta necesario separar la facultad sancionatoria de esta Agencia, permitiendo eso si que ésta pueda reclamar ante los Tribunales los incumplimientos a la ley o la normativa respectiva y permitiendo que sean éstos quienes resuelvan la contienda.

Muchas gracias