**ASESORÍA EXTERNA**

**10 de Abril 2018**

**ASESORÍA LEGISLATIVA A SENADOR FELIPE KAST SOMMERHOFF**

**INFORMANTE: GONZALO LUNA NEGRETE**

**ABRIL 2018**

**Minuta Legislativa del Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Boletín N° 11.144 -07 (mensaje) y 11092-07 (mociones)**

**Iniciativa:**  Mensaje y Moción (de los ex senadores Larraín, Espina y de los senadores Felipe Harboe, Alfonso De Urresti y Pedro Araya, fue refundida con un mensaje del Ejecutivo)

**Etapa:** 1° trámite Constitucional

**Subetapa:** Discusión en general

**Problemática a resolver**

Contar con el derecho a saber qué empresas y bajó qué parámetros se consiguieron sus datos personales, así como la posibilidad de dar o no su consentimiento dependiendo de los fines de uso, son algunas de las materias que aborda el proyecto, en primer trámite, que perfecciona las normas relativas al tratamiento de estos datos y que crea la Agencia de Protección de Datos Personales. (Boletín 11144-07)

 La discusión coincide con una de las peores crisis en materia de vulneración de datos personales luego que una de las más potentes redes sociales del mundo (Facebook) tuviera que comparecer al Congreso de Estados Unidos tras comprobarse que, a través de la trasgresión de los perfiles y preferencias (likes) de millones de cuentas de personas, dicha información se habría utilizado para influir incluso en campañas políticas.

 Generándose así la imperiosa necesidad de regular estas materias, no solo desde el punto del mal uso de los datos personales por parte de las empresas sino también para determinar qué sucederá en las situaciones en que la vulneración sea ilícita a través de  ‘hackeo’ de datos.

**Síntesis General**

Esta iniciativa tiene por propósito general actualizar y modernizar el marco normativo e institucional relativo al tratamiento de los datos de las personas naturales, de manera que éste se realice con el **consentimiento del titular de datos** o en los casos que autorice la ley, asegurando estándares de calidad, información, transparencia y seguridad.

Asimismo, pretende equilibrar el respeto y protección a la vida privada e intimidad, con la libre circulación de la información.

Entre sus objetivos particulares cabe destacar los siguientes:

1. Establecer las condiciones regulatorias que permitan reforzar los derechos de los titulares de datos personales en relación a las operaciones de tratamiento de datos que legítimamente efectúen los agentes privados y públicos.

2. Dotar al país de una legislación moderna y flexible en materia de tratamiento de datos personales, que sea consistente con los compromisos internacionales adquiridos luego de su incorporación a la OCDE y ajustada a las normas y estándares internacionales.

3. Incrementar los estándares legales de Chile en el tratamiento de datos personales para transformarlo en un país con niveles adecuados de protección y seguridad, promoviendo el desarrollo de la economía digital y favoreciendo la expansión del mercado de los servicios globales.

4. Definir estándares regulatorios, condiciones operacionales y un marco institucional que legitime el tratamiento de los datos personales por parte de los órganos públicos, garantizando el cumplimiento de la función pública y los derechos de los ciudadanos.

5. Contar con una autoridad de control de carácter técnico y una institucionalidad pública que asuma los desafíos regulatorios y de fiscalización en materia de protección de las personas y tratamiento de los datos personales.

**Contenido específico del proyecto de ley**

En los antecedentes de esta iniciativa se precisa que su ámbito de aplicación es todo lo referido al tratamiento de datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, incluidos los órganos públicos, que no se encuentre regido por una ley especial. En todo caso, indica que esta normativa tendrá el carácter supletorio de todos aquellos tratamientos de datos regulados en leyes especiales.

Añade que se excluyen de este régimen regulatorio al tratamiento de datos personales que se realice en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar regulado por las leyes especiales dictadas de conformidad al numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y el tratamiento que efectúen las personas naturales en relación con sus actividades personales.

Asimismo, indica que esta iniciativa no innova respecto de la regulación específica y actualmente vigente, referida al tratamiento de los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, manteniendo íntegramente las normas contenidas en el Título III de la ley 19.628, salvo adecuaciones formales y de referencia.

Seguidamente, este proyecto incorpora un conjunto de principios rectores en materia de protección y tratamiento de los datos personales que han sido reconocidos en las directrices de la OCDE y en la legislación comparada. Estos principios son la licitud del tratamiento, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, responsabilidad e información.

En el tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos se incorporan, además, los principios de coordinación, eficiencia, transparencia y publicidad.

Para facilitar a los operadores del sistema la aplicación e interpretación de la ley, se actualizan e incorporan nuevas definiciones legales, adaptándolas a las que se usan en las legislaciones más modernas, y las recomendaciones técnicas de los organismos internacionales.

El proyecto le reconoce al titular de datos personales los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, los denominados “**derechos ARCO**”. Estos derechos son irrenunciables, gratuitos y no puede limitarse su ejercicio en forma convencional.

**El derecho de acceso** permite solicitar y obtener confirmación acerca de si sus datos personales están siendo tratados por el responsable y acceder a ellos, en su caso. **El derecho de rectificación** busca que se modifique o completen los datos cuando sean inexactos o incompletos. **El derecho de cancelación** persigue que se supriman o eliminen los datos del titular por las causales previstas en la ley. **El derecho de oposición** permite requerir que no se lleve a cabo un tratamiento de datos determinado por la concurrencia de las causales previstas en la ley.

Para proteger estos derechos se establece un procedimiento para que cualquier titular de datos pueda recurrir directamente ante el responsable de datos permitiéndose bloquear transitoriamente los datos en cuestión. Si el responsable no acoge la solicitud o no responde dentro del plazo que le fija la ley, el titular puede presentar un reclamo ante la autoridad de control. La resolución de la autoridad de control es reclamable ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Luego, asevera que siguiendo las tendencias regulatorias más modernas se introduce el **derecho a la portabilidad de los datos personales**, en virtud del cual el titular de datos puede solicitar y obtener del responsable en un formato electrónico estructurado, genérico y de uso habitual, una copia de sus datos personales y comunicarlos o transferirlos a otro responsable de datos.

Por otro lado esta iniciativa también incorpora y refuerza la regulación del denominado “**derecho al olvido**” en relación a los datos relativos a infracciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias.

En seguida, el mensaje establece que **el consentimiento es la fuente principal de legitimidad del tratamiento de los datos personales**.

Este consentimiento debe ser libre, informado, inequívoco, y otorgado en forma previa al tratamiento y específico en cuanto a su finalidad o finalidades.

Esta regla considera excepciones tales como: la información recolectada de una fuente de acceso público; datos relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; o cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o de un contrato en que es parte el titular.

Seguidamente, se refiere al **régimen de deberes de los responsables de datos.**

Al respecto, se crean una serie de obligaciones y deberes para los responsables de datos, tales como acreditar la licitud del tratamiento que realizan; deberes de reserva y confidencialidad, de información y transparencia, y la obligación de adoptar medidas de seguridad y reportar las vulneraciones dichas medidas.

Por otro lado, para no entrabar la circulación de información, se establecen estándares diferenciados de cumplimiento de los deberes de información y de seguridad para personas naturales y jurídicas, el tamaño de la empresa, el volumen y las finalidades de los datos que trata.

También se refiere la cesión o transferencia de las bases de datos personales.

Agrega que una de las principales innovaciones de esta nueva normativa es la regulación del tratamiento automatizado de grandes volúmenes de datos, o “*Big Data*”, protegiendo la facultad de control del titular sobre su propia información, pero reconociendo también la licitud del acceso y uso de la información por parte de terceros y particularmente, de las empresas.

A continuación, el proyecto explica los nuevos estándares para el tratamiento de datos sensibles y categorías especiales de datos personales.

Al respecto, eleva el estándar para el tratamiento de los datos sensibles, estableciendo que sólo puede realizarse cuando el titular de un dato consienta libre e informadamente en entregar este antecedente.

Se reconocen excepciones que legitiman el tratamiento de los datos personales sensibles, como cuando el titular ha hecho manifiestamente públicos su dato sensible o cuando exista, por ejemplo, una situación de emergencia médica o de salud.

Asimismo, se introducen normas especiales para el tratamiento de los datos personales relativos a la salud, los datos biométricos y los datos relativos al perfil biológico humano; para el tratamiento de datos personales con fines históricos, estadísticos, científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público; y para el tratamiento de los datos personales de geolocalización o de movilidad del titular.

A continuación, el proyecto se refiere al tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes. En esta materia se establece que el tratamiento de estos datos personales solo se puede realizar atendiendo al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el respeto de su autonomía progresiva.

Se regula en forma diferencia las autorizaciones de tratamiento de datos de cada uno de estos menores de edad. En el caso de los niños y niñas se requiere el consentimiento previo, específico y expreso de quien tiene a su cargo el cuidado personal. Respecto de los adolescentes, se establece que sus datos personales sensibles sólo pueden ser tratados con el consentimiento de quien tiene a su cargo el cuidado personal del adolescente. Para los demás datos personales, rigen las normas generales de autorización.

Se configura una obligación especial para los establecimientos educacionales y para las personas o entidades públicas o privadas que traten o administren este tipo de datos, incluyendo a quienes ejercen su cuidado personal, de velar por el uso lícito y la protección de la información personal que concierne a los niños, niñas y adolescentes.

Seguidamente, el proyecto regula el flujo transfronterizo de datos personales. En este ámbito se incorpora una regulación específica para la transferencia internacional de datos personales, ajustándola a los estándares y recomendaciones de la OCDE.

Se distingue entre países que disponen de un marco normativo que proporciona niveles adecuados de protección de datos y aquellos que no lo poseen, entendiendo que un país posee niveles adecuados de protección de datos cuando cumple con estándares similares o superiores a los fijados en la ley chilena en materia de protección y tratamiento de datos personales. La autoridad de control, siguiendo parámetros técnicos y los estándares de la OCDE, determinará los países que poseen una legislación adecuada.

En el caso de los países adecuados se reconoce amplia autonomía a los intervinientes para transferir datos, sujeto al cumplimiento de las reglas generales. En el caso de países no adecuados, se permite la transferencia de datos sólo en un conjunto de circunstancias que autorizan el envío de la información, bajo la responsabilidad legal de quien efectúa la transferencia de datos y con aviso previo a la autoridad de control.

Por otra parte, el proyecto moderniza los estándares para el tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos. Se explica que este tratamiento será lícito cuando se realiza para el cumplimiento de sus funciones legales, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad a las normas legales correspondientes. Cumpliéndose esas condiciones, no se requiere el consentimiento del titular.

Se regula la facultad de los órganos públicos para comunicar o ceder datos personales a otros órganos públicos, siempre que la comunicación o cesión de los datos sea necesaria para el cumplimiento de funciones legales y ambos órganos actúen dentro del ámbito de sus competencias. También se regula la comunicación y cesión de datos a personas o entidades privadas.

Del mismo modo, se consagran los principios que rigen el tratamiento de los datos personales por parte de los órganos públicos, los derechos que se reconocen a los titulares, la forma de ejercer estos derechos y se define un procedimiento de reclamación administrativa y de tutela judicial efectiva para el ejercicio y protección de estos derechos.

Luego, se define un régimen especial de responsabilidades y sanciones para proteger estos principios y reglas.

Se regula un régimen de excepción para el tratamiento de datos protegidos por normas de secreto o confidencialidad; cuando se refiere al tratamiento de datos vinculados a la investigación de infracciones penales, civiles y administrativas; cuando correspondan a actividades relacionadas con la seguridad de la nación, el orden público o la seguridad pública, y cuando en los casos que se hayan declarado estado de catástrofe o estado de emergencia.

Asimismo, se reglamenta el tratamiento de datos personales que efectúan el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Banco Central, el Servicio Electoral y la Justicia Electoral, y los demás tribunales especiales creados por ley. Se contempla un modelo regulatorio, de fiscalización y cumplimiento compatible con la autonomía de estas instituciones.

Finalmente, el proyecto crea una autoridad de control encargada de velar por la protección de los derechos y libertades de las personas titulares de datos.

Esta unidad estará dotada de facultades para regular, supervisar, fiscalizar y en última instancia, sancionar los incumplimientos de la ley.

Para alcanzar este objetivo se crea una institución especializada y de carácter técnico, denominada “**Agencia de Protección de Datos Personales”**, cuyo objetivo es velar y fiscalizar el cumplimiento de esta normativa. Ella se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y se encuentra afecto al Sistema de Alta Dirección Pública.

Con el objeto de evitar o precaver conflictos de normas y asegurar la coordinación, cooperación y colaboración entre la Agencia de Protección de Datos Personales y el Consejo para la Transparencia, se consagra un modelo de coordinación regulatoria entre ambas instituciones.

Seguidamente, el proyecto se refiere al modelo general de cumplimiento de la ley.

En este ámbito se considera un catálogo específico de infracciones a los principios y obligaciones establecidos en la ley. Ellas que se califican en leves, graves y gravísimas, estableciendo sanciones correlativas a la gravedad de la infracción que van desde la amonestación escrita a multas que oscilan entre 1 y 5.000 UTM. En casos excepcionales se contempla el cierre o clausura de las operaciones de tratamiento de datos.

La determinación de las infracciones y la aplicación de la sanción respectiva corresponden a la Agencia de Protección de Datos Personales. En el caso de los órganos públicos y de los agentes de la Administración del Estado, las investigaciones las realiza la Agencia y las sanciones las aplica la Contraloría General de la República.

Se incorpora un procedimiento de reclamación judicial de ilegalidad para cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por una resolución de la Agencia de Protección de Datos Personales, ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Para el conocimiento y resolución de estas controversias se establece un procedimiento judicial concentrado y de rápida resolución.

Finalmente, como una forma de incentivar y promover el cumplimiento de la ley, y siguiendo las recomendaciones de la OCDE, se regula la adopción por parte del sector privado y del sector público de modelos de prevención de infracciones, fijando para ellos los estándares y requisitos mínimos con los que deberán cumplir.

El proyecto concluye con un conjunto de disposiciones transitorias.

En ellas se establece que **la ley entrará en vigencia el día primero del mes décimo tercero posterior a su publicación en el Diario Oficial**.

Los reglamentos señalados en la ley deberán dictarse dentro de los seis meses posteriores la publicación.

Se considera un plazo de nueve meses para que, mediante uno o más decretos con fuerza de ley, el Presidente de la República regule al personal de la Agencia de Protección de Datos Personales.

Finalmente, se dispone que dentro de los 60 días siguientes a la publicación de la ley, se deberá convocar a un concurso público para nombrar al primer director o directora de la Agencia de Protección de Datos Personales.

**MINUTA SOBRE PROYECTO QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO**

(Boletín Nº 8924-07)

El proyecto fue ingresado mediante moción parlamentaria en mayo de 2013 (Senado). Su objetivo es establecer una regulación para que las personas trans puedan acceder al cambio de su sexo y nombre legal en el Servicio de Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no sea congruente con su identidad de género.

Estado actual del proyecto: Comisión Mixta debe constituirse el día lunes 2 de abril del presente año y proceder al análisis de la forma y modo de resolver las divergencias entre ambas cámaras. El día lunes, se elegirá el presidente de la comisión, fechas de sesión y plazo para formular recomendaciones – indicaciones al proyecto.

Es importante señalar que en la sesión del 6 de marzo del 2018 el Senado eximió a la Comisión de Derechos Humanos pronunciarse respecto del tercer trámite y procedió a **rechazar la totalidad de las modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados.** Lo que habilita a la Comisión mixta a poder elaborar un proyecto completamente nuevo.

El proyecto actual dispone, a grandes rasgos, lo siguiente:

1. **Definición de identidad de género**, ambas cámaras definen el concepto de identidad de género en términos similares. No obstante, la Cámara de Diputados lo consagra como un derecho propiamente tal, señalando que para efectos de esta ley se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe así misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción de nacimiento.
2. **Derecho a la rectificación del sexo registral**, El Senado confiere el derecho a toda persona mayor de edad para obtener la rectificación del sexo y del nombre.

La Cámara de Diputados no hizo esta distinción y estableció que este derecho lo puede ejercer toda persona (mayores y menores de edad) y, además, limitó este ejercicio a una sola vez. Sin embargo, agrega que excepcionalmente, tratándose de niños o adolescentes, se podrá obtener una vez más y de forma excepcional, desde que éste alcance la mayoría de edad. En atención a su autonomía progresiva, considerando que al alcanzar los 18 años podrá ejercer sus derechos por sí mismo, de acuerdo a su edad, facultades y madurez.

1. **Procedimientos de rectificación de nombre y sexo** El texto de la Cámara de Diputados establece que en caso de las solicitudes de personas con vínculo matrimonial no disuelto, así como las solicitudes de los niños o adolescentes su tramitación se hará ante los tribunales de familia de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. No obstante, el texto aprobado por dicha Corporación no contempla el procedimiento judicial a seguir, por cuanto dicha norma no alcanzó el quórum (sala) necesario para su aprobación. Quedando un proyecto de ley totalmente mutilado.

De todas maneras el texto aprobado por la comisión de DDHH de la cámara señalaba que todo menor de 18 años podía acudir ante los Tribunales de Familia a solicitar su cambio registral de sexo y nombre, debidamente acompañado por su padre o madre o conjuntamente. Y para fundar su solicitud, deberá acompañar, a lo menos uno, de los siguientes antecedentes:

* Informe de salud mental
* Informe que acredite que el niño, adolescente y su entorno familiar, han recibido acompañamiento u orientación por parte de profesionales de la salud o educación
* Informe psicológico o psicosocial
1. ***Requisitos del procedimiento,*** se dispone que la solicitud de rectificación de las personas mayores de edad se hará mediante un trámite administrativo ante el Registro Civil (antes era todo Tribunales), reservándose excepcionalmente para Tribunales de Familia, cuando la persona mayor de edad se encontrare casada. En cualquier caso, debe cumplir con el requisito de acompañar una evaluación médica que determine las condiciones psíquicas y psicológicas del solicitante (esto fue incorporado mediante indicación del senador Ignacio Walker). La Cámara de Diputados eliminó presentar esta evaluación médica.
2. ***Derecho a intervenciones quirúrgicas y tratamientos***, actualmente el proyecto señala que todas las personas mayores de edad podrán, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa y sin perjuicio de lo que establece esta ley sobre el derecho a solicitar la rectificación que trata, acceder a intervenciones quirúrgicas o a tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo a su identidad de género, bastando para ello que la persona preste su consentimiento informado de conformidad a lo establecido en la ley N° 20.584 (Derechos y Deberes de las Personas en Atención de Salud y Acciones Vinculadas a la Atención en Salud )

La Cámara de Diputados mantuvo este derecho pero eliminó la cobertura de que estas intervenciones quirúrgicas tuviesen cobertura del GES y beneficios del sistema en general de previsión de salud.

1. ***Nueva causal de término del matrimonio***. El Senado agregó, como otra causal de término del matrimonio, la sentencia que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre, la que operaría de pleno derecho.

La Cámara de Diputados mantuvo esta causal pero sólo en el caso que así lo requiera expresamente el cónyuge del solicitante.

No obstante, en una disposición transitoria, dicha Corporación establece que mientras no se encuentre vigente las normas que regulan en igualdad de condiciones el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la sentencia que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género, siempre pondrá término al matrimonio.