

Ponencia

LA ARMONIZACIÓN ENTRE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Seminario Regional de Protección de Datos

Montevideo, 2010

En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración son **públicos**, salvo las excepciones que establece la ley de Transparencia y otras leyes de quórum calificado. Este **derecho de acceso** a las fuentes públicas de información, es una posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la Administración del Estado y de la documentación que sustenta tales actos.

I. ¿Por qué se legisló en Chile sobre acceso a la información?

En primer lugar, se requería tener cuerpos legislativos únicos y coherentes sobre esta materia, esfuerzo que se encuentra reforzado por tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y aquellos referidos a la prevención de la corrupción.

En segundo término, cumplir con determinadas agendas de probidad y transparencia¹ derivadas de ciertos escándalos de corrupción acaecidos en nuestro país, lo que permitiría, en definitiva, al ciudadano controlar en forma efectiva los actos del gobierno ejerciendo el derecho de petición.

Finalmente, dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*², que dispuso en el numeral 7 de su parte resolutive que “el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información”, y que en una sociedad democrática resulta indispensable que la autoridad se rija por el principio de máxima divulgación y que es su deber proteger el derecho de acceso a la información bajo control del Estado.

En este contexto, previa reforma a la Constitución Política en 2005³, se dictó en Chile en 2008, la Ley N° 20.285⁴, de transparencia y acceso a la información pública, que estableció una nueva

¹ Más información acerca de estas agendas de Probidad y Transparencia en Chile: [en línea] Fuente: <<http://derecho.uahurtado.cl/documentos/Cap.%20Rajevic.pdf>> [consulta: 20 de mayo 2010]

² *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006. [En línea] Fuente: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf> [consulta: 20 de mayo 2010]

³ Se dispuso un nuevo artículo 8°, que establece en sus incisos 1° y 2° lo siguiente: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. /Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.” [en línea] Fuente: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&r=2>> [consulta: 20 de mayo 2010]

⁴ [en línea] Fuente: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&r=2>> [consulta: 20 de mayo 2010]

institucionalidad en la materia, a cargo del Consejo para Transparencia como órgano encargado de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.

II. Modelo que pretendía seguir el Consejo para la Transparencia y la protección de los datos.

Puede apreciarse en la historia de la tramitación de la ley⁵, que uno de los modelos considerados fue, principalmente, el mexicano (Instituto Federal de Acceso a Información), sin perjuicio del inglés⁶, en que el Acta de Libertad de Información dispone que a la Oficina del Comisionado de Información corresponde hacer cumplir las leyes de acceso a la información, protección de datos y de privacidad de las comunicaciones electrónicas, además de administrar y resolver las quejas de las personas por supuestas infracciones a la ley de protección de datos y acceso a la información pública, perseguir judicialmente a quienes infringen estas normativas, entre otras.

En el debate, se dejó constancia de la trascendencia del proyecto que: “continuar[á] protegiendo la vida privada, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2º de la ley N° 19.628⁷, sobre protección de la vida privada, materia en la que insistimos respecto de la necesidad de que ello forme parte de nuestra cultura.” Se señaló de manera expresa que “no es admisible entender que, a través de la transparencia, se pueda llegar al conocimiento de las características físicas o morales de las personas o de las autoridades de turno (...) o a hechos o circunstancias de su vida privada o íntima, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual de los funcionarios públicos”⁸. En consecuencia, aparte de la transparencia que se incorpora en el proyecto, hay medidas para proteger la vida privada, lo cual nos parece fundamental para que no se entienda que aquella puede llegar al punto de afectar la privacidad de la gente.

Con este objetivo, sin perjuicio de algunas disposiciones en el articulado de la ley, se estableció en el artículo 33 (atribuciones y funciones del Consejo), una letra m) que le otorga al Consejo la atribución de velar por el debido cumplimiento de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal respecto de los órganos de la Administración del Estado.

III. ¿Qué dispuso la Ley de Transparencia en materia de protección de datos?

- a) Como se señaló previamente, la ley le entrega al Consejo la atribución de velar por el debido cumplimiento de la ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal

⁵ Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Cámara de Diputados. Fecha 08 de mayo, 2007. Cuenta en Sesión 35, Legislatura 355. [en línea] Fuente: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363&r=2>> [consulta: 20 de mayo 2010]

⁶ Además del modelo del Instituto Federal de Acceso a la Información mexicano.

⁷ [en línea] Fuente: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599&r=2>> [consulta: 20 de mayo 2010]

⁸ Trámite Comisión Mixta: Senado Discusión en Sala. Senado. Legislatura 355, Sesión 84. Fecha 16 de enero, 2008. Discusión Informe Comisión Mixta: “(...) En consecuencia, aparte de la transparencia que se incorpora en el proyecto, hay medidas para proteger la vida privada, lo cual nos parece fundamental para que no se entienda que aquella puede llegar al punto de afectar la privacidad de la gente”.

respecto de los órganos de la Administración del Estado. Esta amplia facultad, sin embargo, no lleva aparejada facultades de sanción por parte de la institución.

- b) En materia de Transparencia Activa⁹ el legislador exige la publicación del “diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución”, no obstante prohíbe que se incluyan en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los 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, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.
- c) En materia de derecho de acceso a información, la legislación dispone como causal de denegación de una solicitud (reserva o secreto), cuando la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. Por tanto, bajo los supuestos de esta norma los órganos públicos han denegado solicitudes de información que afecten el derecho a la protección de los datos personales de los particulares (artículo 21 N° 2).
- d) Por último, el artículo 21 N° 5, referido a las causales de reserva o secreto, permite que se deniegue el acceso cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política, lo que permite invocar directamente la Ley N° 19.628, de protección de datos, en atención a que se entiende que posee dicho carácter en virtud del artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.285.

IV. Obligaciones de los organismos públicos en protección de datos.

Conforme a la ley N° 19.628, de protección de datos personales, los organismos públicos pueden realizar tratamiento de datos personales, sólo y exclusivamente respecto de las **materias de su competencia** y con **sujeción a las reglas que la ley establece**, no requiriendo consentimiento del titular bajo estas condiciones. A *contrario sensu*, si los organismos públicos tratasen datos fuera del ámbito de su competencia, requeriría el consentimiento del titular de los datos.

En este contexto, los órganos públicos deben respetar las reglas dispuestas en la ley, que no son otras que el deber de informar al titular acerca de la identidad del responsable de la base de datos, de la finalidad perseguida con el tratamiento de los datos, de la posible comunicación a terceros, de los derechos que pueden ejercerse por los titulares, entre otras.

Los organismos públicos deben cumplir con los principios de información, calidad de los datos y seguridad.

⁹ Establecida en el artículo 7 de la Ley como el deber de los órganos de la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos determinados antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes.

Además, la ley les exige inscribir los ficheros o bases de datos que tienen a su cargo en un Registro, que para estos efectos lleva el Servicio del Registro Civil e Identificación, que posee el carácter de público, y en el cual los organismos responsables deben proporcionar el fundamento jurídico de la existencia del fichero, su finalidad, tipos de datos almacenados y descripción del universo de personas que comprende (artículo 22).

V. Labor del Consejo para la Transparencia en protección de datos

El trabajo realizado por el Consejo se puede sistematizar en tres campos:

1. Instrucciones.

En virtud de su facultad de dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado (artículo 33 letra d), el Consejo dictó la Instrucción General N° 4, sobre Transparencia Activa, en la cual se dispuso lo siguiente en materia de datos personales:

- a) Que los órganos de la Administración del Estado deben abstenerse de publicar datos personales que tengan carácter reservado conforme a lo establecido en los artículos 7°, 10, 20 y siguientes de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, cuando deban publicar aquellos decretos, resoluciones, acuerdos de órganos administrativos pluripersonales —o los actos que los lleven a efecto— u otro tipo de actos administrativos emanados de la respectiva autoridad que afecten los intereses de terceros, les impongan obligaciones o deberes de conducta o tuvieran por finalidad crear, extinguir o modificar derechos de éstos, en la medida que dichos terceros sean personas, naturales o jurídicas, ajenos al servicio u organismo que los dicta.
- b) Que en la publicación de las nóminas de beneficiarios de programas sociales en ejecución debe indicarse el nombre completo de los beneficiarios, la fecha de otorgamiento del beneficio y la identificación del acto por el cual se le otorgó, excluyendo determinados datos como, por ejemplo, domicilio, teléfono y correo electrónico del beneficiario, por no ser estrictamente necesarios para individualizarlo.

Asimismo, en este caso no se individualizarán los beneficiarios cuando ello suponga la revelación de datos sensibles, debiendo informarse el número total de beneficiarios y las razones fundadas de la exclusión de la nómina.

2. Resolución de casos.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia, el Consejo ha debido enfrentar la labor de conciliar y ponderar dos bienes jurídicos; por un lado, el derecho de acceso a la información y, por el otro, la protección de los datos personales solicitados. En muchos casos el derecho de acceso a la información recae en datos personales de terceros lo que genera un conflicto jurídico entre ambos y exige recurrir al procedimiento de ponderación de bienes jurídicos en aparente colisión, lo que torna más complejo el asunto si se considera que nuestra legislación no exige acreditar un interés directo particular o específico o una afectación personal a aquel que solicita la información. En nuestro país, el acceso a la información no es un principio de actuación de las administraciones públicas, sino un derecho consagrado constitucionalmente.

Por ello, la transparencia y la publicidad como pilares esenciales de los sistemas democráticos deben ocasionar la mínima y necesaria divulgación de datos personales. La solución en el caso chileno dependerá, en definitiva, de que la entrega de la información aporte a la publicidad y transparencia de la función pública, es decir, que efectivamente el control ciudadano se ejerza contra la administración y no contra ciudadanos determinados.

Daniel J. Solove se pregunta: “¿Cómo puede reconciliarse la tensión entre transparencia y privacidad? ¿Debe sacrificarse el acceso a los documentos en el altar de la privacidad? ¿O debe la privacidad evaporarse para poder desinfectar los gobiernos con la luz del sol?”¹⁰

Algunos casos:

- **Decisión Amparo N°A10-09 y Decisión Amparo N°A126-09 (Número de identificación nacional).** En ambos casos el Consejo debió pronunciarse sobre la aplicación de la Ley N°19.628, la resolución se motivó a propósito de un amparo al derecho de acceso a la información interpuesto por una persona en contra del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el primero, y del Fondo Nacional de Salud, el segundo, por haberle negado el acceso a las calificaciones de todo el personal y ex-funcionarios, desde 2003 a 2008, en formato Excel, conteniendo las siguientes columnas: **R.U.T.**, tipo de contrato, estamento, sexo, puntaje, lista de calificación y año. En lo que interesa, el Consejo resolvió que a pesar de interés público que tiene la entrega de las calificaciones funcionarias y los razonamientos deben matizarse tratándose del Rol Único Tributario (en adelante R.U.T.) de los funcionarios y ex funcionarios, también requerido por el solicitante. En efecto, el R.U.T. es un código numérico creado por el D.F.L. N°3/1969, M. Justicia (D.O. 15.02.1969), con el fin de identificar “...a todos los contribuyentes del país, de los diversos impuestos, y otras personas o entes que se señalan más adelante” (art. 1°, inc. 1°), tanto las personas jurídicas como las naturales. Se trata de un dato de carácter personal o dato personal, esto es, relativo “a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”, conforme el art. 2° f) de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, cuyo tratamiento sólo puede efectuarse cuando dicha ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° Ley N°19.628). En tal carácter, quienes trabajen “en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligados a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público” (art. 7° Ley N° 19.628), esto es, aquéllas de acceso no restringido o reservado a los solicitantes. Que, por último, el art. 20 de la Ley N°19.628 dispone 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 estas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”. Atendido lo anterior puede afirmarse que el R.U.T. de los funcionarios es un dato personal obtenido de los propios interesados en acceder a la función pública (art. 13 del Estatuto Administrativo), y no directamente de un registro público, sólo para su tratamiento al interior del servicio público respectivo y no para su cesión a terceros, por lo que debiera ser secreto o reservado. No cabe duda que en este caso particular, el Consejo debió hacer un análisis y aplicar, derechamente, las normas contenidas en la Ley N°19.628.

¹⁰ The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age. New York University Press. (2004)

- **Decisión Amparo N°A33-09 (red familiar del causante).** En el particular el amparo fue interpuesto por una persona para solicitar copia de la red familiar del causante de la herencia, que había denunciado como vacante, en contra de la Subsecretaría de Bienes Nacionales. El Consejo, tras analizar el R.C. Ord. N° 4783, de 14.04.2009, del Servicio de Registro Civil e Identificación, que informa la **red familiar del causante**, advirtió que contenía datos personales de los integrantes de dicha red, concretamente su R.U.N. o R.U.T., su domicilio y los datos de algunas inscripciones de matrimonio y de nacimiento. Previo análisis de las normas contenidas en la Ley N°19.628, se resolvió que no puede decirse que el R.U.N. o el R.U.T. y el domicilio de los terceros que constan en la red familiar en poder de la Subsecretaría de Bienes Nacionales provengan o hayan sido recolectados de fuentes accesibles al público. En efecto, se trata de datos personales a los cuáles sólo puede accederse con la autorización de su titular o cuando la ley lo permite, por lo que en definitiva, decretó el acceso a la información tarjando el R.U.N. y el domicilio.
- **Decisión Amparo N° A124-09 (nómina de trabajadores).** En este caso se solicitó, además de otros antecedentes, el nombre del jefe de obras y el listado del personal y de los obreros que participaron en una obra de remodelación de un determinado cementerio. El Consejo señaló que el listado de los trabajadores que ejecutaron la obra no fue un hecho relevante al momento de la evaluación y posterior adjudicación de la licitación pública, por lo que el interés público de conocer dicha información es relevado por el interés privado de su protección en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 19.628, que dispone que el tratamiento de los datos, como lo sería la cesión de éstos al solicitante, sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello, exigencias que en el particular no se presentaron.
- **Decisión Amparo N°A190-09 (datos sobre vida sexual y otros).** En este caso se requirió al Ministerio de Salud acceso a la base de datos de la Encuesta de Calidad de Vida y Salud elaborada por dicho organismo. El Consejo detectó que existía información en la base de datos requerida que podía afectar derechos de terceros como lo son el domicilio (*"dirección de la vivienda seleccionada"*), el registro de personas en el hogar, parentesco, nivel de educación y estado conyugal, así como preguntas sobre la vida sexual del encuestado, estado de salud, entre otros, que el artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, ha establecido como datos personales sensibles. En atención a lo señalado, el Consejo requirió a la Subsecretaría de Salud Pública que en virtud de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de la vida privada, tarjara en la información todos aquellos datos personales y sensibles de las personas encuestadas, debido básicamente a que no constaba en el procedimiento la manera en que el órgano entregaría dichos datos, es decir, si lo haría entregando toda la información que permita relacionarla con el encuestado o sólo los resultados arrojados por dicha encuesta.

3. Otras iniciativas.

a) Encuesta a los organismos públicos sobre protección de datos personales¹¹.

En el mes de enero de 2010, con ocasión de la celebración del día europeo de la protección de datos, el Consejo envió un Oficio a los órganos públicos requiriéndoles información sobre diversos aspectos en materia de protección de datos dentro de sus instituciones.

El Oficio fue enviado a 602 entidades públicas, incluyendo 345 municipalidades. Se recibieron 258 respuestas correspondientes al 42,8% de dicho universo¹².

Uno de los efectos importantes de dicha encuesta fue el crecimiento en la inscripción de los ficheros en el Registro de bases de datos a cargo de organismos públicos, que ha permitido paulatinamente conocer el tipo de ficheros que estas entidades mantienen. Hasta la fecha del envío del Oficio se habían inscrito 267 bases de datos, al 10 de mayo de 2010 se encuentran registrados 349 ficheros¹³.

b) Futuras Recomendaciones de Protección de datos a los organismos públicos.

Actualmente, la Unidad de Normativa y Regulación del Consejo se encuentra elaborando Recomendaciones en la materia, que sirvan de directrices a la administración del Estado en la protección de los datos personales, tanto de sus funcionarios como de los terceros que entregan información a estas entidades, voluntaria u obligatoriamente, además de buenas prácticas.

c) Preparando la Institucionalidad del Consejo para asumir la labor de protección de datos.

Se ha encargado a la Universidad de Chile la elaboración de un estudio del Modelo Organizacional para el Consejo para la Transparencia en su nueva función de Protección de Datos Personales, a propósito del proyecto de ley actualmente en tramitación en el Congreso Nacional (Boletín 6120-07), que entrega al Consejo facultades de protección de datos respecto de organismos públicos y privados, tanto en fiscalización como sanción. Dicho informe se encuentra en su etapa final, y estará disponible en el sitio Web del Consejo en pocas semanas.

¹¹ Corresponde al Oficio N° 100, de 28 de enero de 2010 [en línea] Fuente: http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20100127/pags/20100127180120.html [consulta 20 mayo 2010]. Esta encuesta e información relevante se encuentra disponible en <http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20100506/asocfile/20100506130726/formato_encuesta.pdf>

¹² La noticia se encuentra disponible en http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20100506/pags/20100506130726.html

¹³ La consulta de los ficheros o bases de datos inscritas en este registro puede efectuarse a través de la siguiente página: <<http://rbdp.srcei.cl/rbdp/html/Consultas/consultas.html>>