

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Harboe, Araya, Lagos, Larraín y Tuma, que consagra el derecho a la protección de los datos personales.

FUNDAMENTOS.

Desde hace un tiempo la institucionalidad de la protección de datos en el país se ha visto severamente cuestionada, en especial por la falta de certezas sobre tratamiento del flujo de información. En rigor, la ausencia de una institucionalidad específica e independiente que sirva para cautelar efectivamente los derechos asociados al tratamiento de datos han significado graves cuestionamientos a personas jurídicas de derecho público y privado por parte de la sociedad civil, el mundo académico y el periodismo de investigación.

Las regulaciones en materia de datos personales son profusas y de larga data en la mayoría de los países pertenecientes a la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico (OCDE) respecto de la cual Chile forma parte como miembro pleno. La primera en el mundo desarrollado provino desde la propia OCDE con sus "Recomendaciones" en 1980 y la Convención N°108 de 1981 del Consejo de Europa. Luego, a medida de que el uso de internet como un megaprocador de información personal para propósitos comerciales se va expandiendo, la jurisprudencia europea haya ampliado el sentido primario del derecho de la privacidad (en un principio referidos a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia o bien de toda forma de comunicación privada) hacia la protección de los datos personales o la llamada **"auto determinación informativa"**. Mucho después, en 1995, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea 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" estableció las bases generales de legislación. Más específicamente, tratando de compatibilizar el derecho a la vida privada con la libertad económica, dice lo siguiente: "que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas física, respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos".

La protección de los datos personales, por consiguiente, es una derivación del derecho a la intimidad, debiendo ser reconocido entonces este derecho como un derecho de tercera generación (así lo señalado en la doctrina española el profesor Antonio Pérez Luño, por ejemplo). A mayor abundamiento, el criterio del Tribunal Constitucional Español plasmada en su sentencia 292/2000 de 30 de Noviembre, señala que "la facultad del titular de los datos de consentir o no su comunicación o cesión a terceros resulta ser una garantía necesaria para salvaguardar su intimidad y poder ejercer libremente sus derechos constitucionales e infraconstitucionales". Esta resolución rescata a su vez el criterio establecido por el Tribunal Constitucional Alemán que en 1983 en el caso sobre la Ley del Censo valoró como atendible el "riesgo que la informática, y las infinitas posibilidades que esta técnica ofrece para el tratamiento, almacenamiento y entrecruzamiento de datos personales, implica para la intimidad y el pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos".

Como bien ha señalado, el profesor Enrique Rajevic (Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación, Expansiva, Serie "En Foco", N°162), la consagración de este derecho no debe ser valorado tan sólo en su fase negativa, en los términos de "ser dejado solo", en la formulación decimonónica del derecho a la intimidad (the right to be let alone), sino del derecho a la autodeterminación informativa, esto es, el derecho de las personas a controlar sus datos personales, incluso si éstos no se refieren a su intimidad. Esta fase es positiva y considera la idea de "**controlar mis datos**".

El profesor Humberto Nogueira Alcalá define, por su parte, el Habeas Data como un derecho que asiste a toda persona a solicitar administrativamente y judicialmente la exhibición de registros o bases de datos -públicos o privados- en los cuales estén incluidos los datos personales o de su familia, para tomar conocimiento de su exactitud, solicitar su rectificación, superación, complementarlos o solicitar su reserva. Este derecho, tal como consideró un proyecto del Senador don Jorge Pizarro, actualmente archivado (Boletín N°6495-07), debe tener rango constitucional por encontrarse dentro de las más frecuentes amenazas al derecho a la vida privada y la honra de la persona y su familia, en especial en un mundo donde los negocios en gran escala cruzan con rapidez la esfera de las jurisdicciones de los países y la regulación legal no siempre puede ser lo suficientemente exhaustiva para garantizar su tutela.

La Constitución chilena recoge, al igual que la mayoría de los textos clásicos, en su artículo 19, n°4, "el respeto y protección a la vida privada y la honra de la persona y su familia", lo que más globalmente está señalado como "el derecho a la intimidad". En el año 1999, este derecho se reguló de manera orgánica con la dictación de la Ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal y también con la publicación del artículo único de la Ley N°19.423, que modifica el Código Penal sobre los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y la familia.

En la actualidad, se tramitan varias mociones legislativas para mejorar la garantía de este derecho a nivel institucional, de las cuales incluso se ha considerado un proyecto de reforma constitucional de los senadores Gazmuri, Escalona y Muñoz que postulaba crear una Agencia de Protección de Datos (Boletín N°6594-07) y el Proyecto que se tramitó latamente en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados (Boletín 8143-03), que regula el tratamiento de los datos personales y crea una institucionalidad fiscalizadora (Consejo para la Transparencia y Sernac). Éstos, son ejemplos concretos de una creciente preocupación por un tema que ha ido cobrando relevancia en la sociedad global y nacional y que demanda una consagración como derecho humano en la Carta Fundamental.

De acuerdo a lo anterior, es importante destacar que el reconocimiento de este derecho a nivel constitucional, refrendaría el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, el cual siguiendo la tendencia jurisprudencial de varias altas cortes europeas, **ha elevado a la calidad de derecho fundamental de la protección de datos personales**. Es así, como en los roles acumulados N°1732-10 y 1800-10 de fecha 21 de junio de 2011 (sobre publicación de las remuneraciones de altos ejecutivos de Televisión Nacional de Chile), esta magistratura reconoce por primera vez que la vida privada "asegura a todas las personas el amparo de la injerencia de terceras personas, procurando así el pleno ejercicio de la libertad personal sin interferencias ni intromisiones o presiones indebidas" (Quezada, Flavio; La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"). Adicionalmente, el Tribunal establece en el considerando 25° de la misma sentencia

de término que **"la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa"**.

Se trata pues, de un derecho constitucional autónomo, que si bien reconoce su origen en el derecho a la intimidad, está dotado de un contenido diferente. A mayor abundamiento la Sentencia 292/2000 de 30 de Noviembre del Tribunal Constitucional Español, da una argumento explícito y claro de por qué este derecho merece una consagración expresa separada del derecho a la intimidad o vida privada, en efecto, el fallo en su considerando 6 indica que: "el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ3; 89/1987, de 3 de junio, FJ3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de Julio, y 115/2000, de 10 de mayo), **el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer.** A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, FJ 7)". Siguiendo a lo expresado por la magistratura constitucional española, es necesario consagrar en nuestro país el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, independiente, y con un contenido diferente del derecho a la protección de la vida privada, que merece ser reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, la presente reforma propone su regulación en el artículo 19 n° 4 de la CPR, ya que reconoce que se trata de un derecho derivado de la intimidad, y es en ese entendido, la razón de su ubicación.

En relación al derecho comparado, muchas constituciones, sobre todo europeas, han reconocido en sus normas el derecho que hoy se plantea consagrar de manera explícita. Así, la Constitución Europea establece en su artículo 1-51 la "Protección de datos de carácter personal "estableciendo en dos incisos primero, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, como así la entrega al legislador de su regulación específica y el control por parte de autoridades independientes.

En el caso particular español, el artículo 18.4 señala desde su primera regulación en 1978 que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". El mismo caso está en el ordenamiento portugués, donde esta reforma entró a regir en 1976, aunque entró en vigor efectivamente quince años después, en 1991 (Bazán, en Vítor; El Habeas Data y el Derecho de Autodeterminación Informativa en Perspectiva de Derecho Comparado).

Dentro de los casos latinoamericanos, se encuentra el caso colombiano, mucho más moderno, que consagra este derecho en el inciso segundo del artículo 15 de su Carta Fundamental (promulgada en 1991) estableciendo, a propósito del derecho a la intimidad, que "en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución". Por su parte la Constitución de Ecuador, establece en su artículo 92 una acción de habeas data con rango constitucional donde "toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley". Otro ejemplo claro está dado por la Constitución Mexicana, que consagra en su artículo 16 la protección de los datos personales como asimismo los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, derechos incorporados a la Constitución en junio del año 2009. Sólo por nombrar otros casos, se encuentran los casos consagrados en las cartas fundamentales de Brasil (1988) y de Paraguay (1992), enfocados preferentemente en la acción de habeas data.

Como se ha visto cada vez más se hace patente la necesidad de reconocer en la Carta Fundamental la protección necesaria de los datos personales, de aquí surge por tanto la idea matriz de este proyecto de reforma constitucional, que no es otra cosa que el reconocimiento de un derecho fundamental que reconoce al ciudadano la **facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos**.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO ÚNICO: Modificase el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero nuevos:

"Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales y obtener su rectificación, complementación y cancelación, si estos fueren erróneos o afectaren sus derechos, como asimismo a manifestar su oposición, de acuerdo con las disposiciones establecidas en la ley.

Su tratamiento sólo podrá hacerse por ley o con el consentimiento expreso del titular".