

**DIÁLOGO 2: PROYECTO DE LEY QUE REGULA
LA PROTECCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE
DATOS PERSONALES**

A continuación se presenta una versión editada de la conversación sostenida por algunos de los miembros del comité de redacción de la revista con la profesora Danielle Zaror y los profesores Carlos Reusser y Alejandro Barros. Dicha conversación se llevó a cabo el 11 de abril del presente año en dependencias del Magíster LLM UC.

PARTICIPANTES

11 abril 2019

doi: 10.7764/10.7764/rda.o.3.1873

Danielle Zaror
Carlos Reusser
Alejandro Barros
Miguel Ángel Fernández
José Luis Cea
Nicolás Cobo

JOSÉ LUIS CEA

Agradezco en primer lugar la presencia de nuestros tres distinguidos invitados, así como a nuestro director del programa, don Miguel Ángel Fernández, y a la profesora Cecilia Rosales por su buena voluntad. Y en segundo lugar agradezco especialmente a Danielle Zaror, quien oficiará como moderadora de esta conversación que será publicada en nuestra revista, en una sección que aspira a ser una contribución a la elaboración de los textos legales de mayor trascendencia, aportando en la fase preparatoria o prelegislativa. Este diálogo gira en torno al proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de datos personales y crea la agencia de protección de datos personales. Es un tema de la más alta trascendencia. Ustedes saben que una reforma constitucional del año 2018 modificó en punto seguido al Artículo 19 N°4 de la Constitución, habilitando a la ley para que regule el habeas data y otros fenómenos de la vida privada. No sé hasta qué punto esa reforma constitucional era estrictamente necesaria, porque ya estaba dicho que se garantiza el derecho a la vida privada de la persona y de su familia, y también el derecho a la vida pública. Pero lo que abunda no daña, sobre todo en este país donde todo se tiene que hacer con leyes. Para comenzar, ofrezco la palabra a Danielle Zaror, nuestra moderadora.

DANIELLE ZAROR

Muchas gracias, profesor. Quisiera comenzar saludando a los integrantes de esta conversación; en particular a don José Luis Cea, al profesor Miguel Ángel Fernández, a Cecilia Rosales y a Cristina Carvajal, quienes han hecho posible esta convocatoria. También quiero saludar a nuestros invitados, don Alejandro Barros, ingeniero de la Universidad de Chile y magíster en ciencias, quien ha sido consultor del BID, el Banco Mundial, la CEPAL, el PNUD y la Unión Europea, y actualmente es investigador del Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile, además de ser perito judicial, un tema que ha estado últimamente muy candente. Y a nuestro colega Carlos Reusser, abogado de la Universidad de Chile, exalumno del magíster en derecho de la Universidad Católica y autor de un libro bastante reciente denominado *El derecho al olvido en Chile*.

La idea es comenzar un diálogo en torno a la protección de datos personales en Chile. Como bien decía el profesor Cea, en junio del año 2018 entró en vigencia una reforma constitucional que modificó el Artículo 19 N°4, estableciendo que la Constitución le asegura a todas las personas el respeto y la protección a la vida privada y a la honra de su persona y su familia y, asimismo, la protección de sus datos personales, diciendo: «el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley». Aquí, en la parte final, se encuentra toda la novedad de la reforma. Esta reforma ha puesto a Chile en el grupo de países que han dado la señal inequívoca de encontrarse en la

senda de la protección, a diferencia de otros grupos de países que han decidido exacerbar la seguridad nacional en detrimento de la privacidad y la protección de datos, pero este punto que tendría el mérito de parecer cúlmine tiene poco para alegrarnos y mucho de qué preocuparnos.

La historia de la protección de datos en Chile se comienza a escribir en 1999, año en que Chile se transforma en el primer país de América Latina en contar con una regulación en materia de protección de datos personales. Durante ese período, en el resto del mundo se desarrollaba una creciente demanda de protección de datos personales asociada principalmente a la ola de automatización de la información que se vivía globalmente. En Chile comenzaba a hablarse más intensamente de la modernización del Estado en esa época, pero este contexto evolucionó disociado de una filosofía de la protección en ese entonces. Antes del 2010, en Chile y el mundo, los problemas de la protección de datos ya poco tenían que ver con este fenómeno de la automatización, que fue el que dio origen a la ley, y comenzaron a tomar relevancia exacerbados, digamos, por la penetración de internet ya no sólo en el Estado y en las grandes corporaciones, sino además por su acceso a nivel doméstico.

La creación de redes sociales hizo posible, a su vez, un creciente flujo desestructurado de información de las personas, donde el flujo de la información entregada dio lugar a lo que hoy conocemos también como *big data*. Con esta breve, pero panorámica introducción, me gustaría entregar la palabra, ahora, a nuestros oradores principales, y quisiera comenzar por Carlos Reusser.

Carlos, en tu opinión, y teniendo presente que se discute en el Congreso una reforma total a la Ley 19.628 sobre protección de los datos personales, ¿podrías enumerar cuáles son los aspectos indispensables que la nueva regulación debería ofrecer para garantizar debidamente el mandato constitucional recién aludido?

CARLOS REUSSER

Por supuesto. Pero permíteme por favor retomar antes un punto que ha planteado el profesor Cea, que es la duda sobre si era necesario o no hacer una reforma constitucional, porque ya teníamos el derecho a la protección de la vida privada.

Aludir al derecho a la vida privada como algo equivalente al derecho a la protección de datos personales es una confusión frecuente que debe ser aclarada, pues se trata de cuestiones distintas, sobre todo si consideramos que el derecho a la protección de datos y el derecho a la vida privada no tienen una relación necesaria.

Lo explico con un ejemplo: el hecho de pertenecer a un sindicato de empresa no es un dato de tu vida privada. Al contrario, es un dato conocido. Se sabe que eres parte de un cuerpo de trabajadores que persigue ciertos objetivos comunes e incluso el empleador está al tanto, pues, entre otras cosas, debe descontar de tus remuneraciones la cuota sindical.

Sin embargo, si ese dato es conocido fuera del contexto de la empresa, ello puede significar que te sea muy difícil cambiarte de trabajo u obtener otro nuevo, porque vas a ser visto como un trabajador complicado o conflictivo, por lo que la difusión de esa información implicará vulnerar el derecho al trabajo, pero en ningún caso a la vida privada.

Reitero: son distintos el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de datos. Hay casos en que se relacionan, pero hay otros en que conculcar el derecho a la protección de datos afectará en definitiva otros derechos, como la salud, la educación, la vivienda, etcétera.

Contestando derechamente a la pregunta sobre qué aspectos de la ley de protección de datos habría que modificar, hay que decir que en realidad no necesitábamos cambiar mucho si queríamos una reforma rápida, pues los principios y derechos que ella contempla son estables en el tiempo.

Cuando en 1999 se dictó la Ley 19.628, en realidad copiamos el contenido de la Ley Orgánica Regulatoria del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) de España, la cual, a su vez, recogía los principios y derechos en materia de protección de datos que regían en Europa, los cuales se han ido actualizando y perfeccionando con el paso del tiempo, pero son esencialmente los mismos antes y ahora.

En Chile, “la copia feliz del edén”, a la copiada LORTAD española le borramos dos capítulos: aquél que establecía una autoridad de protección de datos que se ocuparía del efectivo cumplimiento de la ley, y el capítulo que establecía el régimen de sanciones, condenando a la ley de protección de datos a la irrelevancia, pues no hay incentivos reales para que alguien trate los datos de las personas de acuerdo a los principios y normas establecidos legalmente.

Lo único que faltaba en realidad en esa ley de protección de datos era una autoridad encargada de velar por su cumplimiento y un régimen de sanciones serio, pero actualmente los legisladores están embarcados en una gran reforma, lenta y demorosa, cuando en teoría no se necesitaba hacerla de ese modo. Pero ya estamos demasiado avanzados como para retroceder.

DANIELLE ZAROR

O sea, en tu opinión podríamos decir que para ti los aspectos indispensables que debieron haberse asumido desde un principio tenían más bien que ver con la agencia a cargo del *enforcement* de la ley y el régimen sancionatorio.

CARLOS REUSSER

Efectivamente. Desde luego, la existencia de un *enforcement* por un organismo público que vela por el cumplimiento de las normas que rigen la materia y aplica las sanciones previstas por la ley en casos de vulneración del derecho a la protección de los datos personales, es un factor crítico de éxito. Los principios contemplados en la actual ley de protección de datos son estándares internacionales, por lo que tanto en el año que se dictó como también hoy son igualmente válidos, pero se carece de las herramientas que permitan hacerlos efectivos.

DANIELLE ZAROR

Carlos, en tu opinión, ¿cuál es el modelo más adecuado para garantizar una mejor protección? ¿Una agencia combinada de protección de datos y acceso a la información o una enteramente especializada? Eso es básicamente lo que hoy tiene entrampado al proyecto.

CARLOS REUSSER

No es sólo eso lo que lo tiene entrampado. A pesar de que los estándares internacionales son claros, han sido las posiciones personales de las autoridades las que han retrasado las reformas, lo que ha ido en detrimento de los derechos de los chilenos.

El Ministerio de Economía preparó el proyecto de ley para luego sabotarlo; después pasó al Ministerio de Hacienda que, en vez de hacer un informe económico, lo ocultó por años para luego decidir que era un asunto de su propia competencia. Se trata de reformar una ley sobre derechos fundamentales, firmada por el Ministro de Justicia, pero el Ministerio de Justicia brilla por su ausencia en la reforma.

Hoy asistimos al capítulo en que después de que se llega a un consenso social respecto a que la autoridad de protección de datos debe ser un organismo autónomo e independiente de la autoridad política, con roles diferenciados respecto de lo concerniente a la transparencia de la información pública, irrumpen el Consejo para la Transparencia y convence al Presidente de la República para que presente una indicación que le arroga las facultades que le permiten instalarse como la autoridad de protección de datos de Chile.

Para tratar de obtener las facultades y los presupuestos correspondientes, el Consejo para la Transparencia no ha tenido escrúpulos. Va por la vida diciendo que en los “países civilizados” la autoridad de transparencia es la misma que la de protección de datos, señalando que «mire, en México es así», pero sin decir que México no ha obtenido el reconocimiento de país con un nivel adecuado de protección de datos; o también plantea que «en Reino Unido es de esta forma», omitiendo informar que en realidad la transparencia y la protección de datos funcionan incluso en edificios separados; o citan como ejemplo a Uruguay, ocultando que funcionalmente la transparencia y la protección de datos están separados con consejos independientes; por último, apelan a que, como ya están instalados, saldrían “más baratos” que una Agencia de Protección de Datos, aun cuando los informes solicitados a la Universidad de Chile sobre costos de la institucionalidad les desmienten.

En síntesis, estamos ante una guerra con ribetes que no enorgullecerían a nadie respecto de la institucionalidad en que la protección de los datos personales debe radicarse, que todavía no termina, y lo único que puedo decir al respecto es que los modelos exitosos en materia de protección de datos personales —es decir, aquellos que pertenecen a países que han sido reconocidos como países con un “nivel adecuado de protección de datos”— son aquéllos en que la autoridad de protección de datos es diferente de la autoridad de transparencia, y que cuando se presentan controversias entre transparencia y protección de datos, no las resuelven ellos mismos, sino los tribunales de justicia.

DANIELLE ZAROR

En el fondo, preferirías un modelo de agencia especializada.

CARLOS REUSSER

En realidad, prefiero los modelos que funcionan. Y los que en la experiencia práctica han funcionado bien son aquéllos en que existe una agencia autónoma e independiente que se dedica especialmente al tema de la protección de los datos de las personas. Hago presente que “transparencia” y “protección de datos” no son dos caras de la misma moneda, sino que tienen naturalezas muy distintas. El marco legal de la “transparencia” dice relación con la lucha contra la corrupción en los organismos públicos; en cambio, el de la “protección de datos” está relacionada con la promoción y defensa de los derechos fundamentales de las personas, puestos en peligro o vulnerados a través del tratamiento automatizado de datos tanto en el ámbito público como en el privado. No son equivalentes, ni equiparables.

DANIELLE ZAROR

Y teniendo presente que el Consejo para la Transparencia tiene atribuciones en materia de protección de datos en poder del Estado, ¿no temes eventualmente que dos modelos que funcionen independientemente puedan generar, por ejemplo, decisiones contradictorias?

CARLOS REUSSER

Que el Consejo para la Transparencia tenga atribuciones en materia de protección de datos es una falacia a la cual todos hemos contribuido ante la constatación de que no existen organismos que protejan a las personas frente al tratamiento automatizado de datos.

DANIELLE ZAROR

Eso está en la ley, Carlos. No es una mentira.

CARLOS REUSSER

Lo único que dice la ley de acceso a la información pública es que es función del Consejo para la Transparencia “velar” por el adecuado cumplimiento de la ley de protección de datos de carácter personal por parte de los órganos de la Administración del Estado, pero estamos en el ámbito del Derecho Público, en que sólo puede hacerse lo que la ley te autoriza y, más todavía, los órganos de la Administración tienen las facultades y atribuciones que les otorga la ley. ¿Y qué atribución concreta le da la ley al Consejo para la Transparencia en materia de protección de datos? Ninguna. La ley no contempla atribuciones, procedimientos, ni régimen de sanciones al respecto. Todo lo que dice es una palabra: “velar”.

Ahora, durante muchos años hicieron exactamente lo contrario de velar por el respeto a la protección de datos. Pero ahora, puestos en campaña, se han dedicado a sacarle lustre al “velará”. Y para ello hacen múltiples apariciones en prensa, entregando recomendaciones para el sector público, para el comercio, para juegos de mesa, etcétera, cuando la realidad es que sus atribuciones al respecto, como máximo, le permiten justificar una decisión cuando analizan un caso sobre acceso a la información pública; además, eso de “velar” es un concepto tan ambiguo que tampoco es útil como base para plantear que el Consejo es la autoridad de protección de datos del sector público, porque la ley no dice eso en parte alguna.

DANIELLE ZAROR

Bueno, teniendo presente, además, que ésta es una materia compleja y que no necesariamente existe el suficiente capital humano formado en estas materias todavía, ¿tú crees que será necesaria una entrada en vigencia progresiva de las nuevas reglas una vez que se apruebe este proyecto de ley?

CARLOS REUSSER

Eso es asumir que el proyecto de ley se va a aprobar y que se superará el disenso entre la voluntad del Presidente y lo que están dispuestos a aprobar los parlamentarios.

DANIELLE ZAROR

La pregunta es si crees que es necesaria una entrada en vigencia progresiva de las nuevas reglas.

CARLOS REUSSER

No soy partidario de esa solución. No se trata de reglas nuevas, desconocidas o exóticas. Hace mucho que el sector bancario, comercio, *retail*, industria, seguros, etcétera, saben que esto viene en camino y que, además, son los estándares que se están aplicando internacionalmente al día de hoy.

También han oído hablar del Reglamento General de Protección de Datos, que se aplica extensivamente a empresas que se relacionan con empresas europeas, e incluso algunas de ellas han debido modificar sus contratos para efectos de contratar con empresas de países que tienen un nivel adecuado de protección de datos personales.

Por último, hay que considerar que las exigencias de protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos por el Estado o por particulares es un tema que tiene ¡más de 30 años! y que, desde 1999, es ley vigente en Chile, por lo que considero poco útiles o adecuadas las vigencias progresivas.

DANIELLE ZAROR

¿No crees que hay una contradicción entre esa opinión y, por ejemplo, lo que han hecho en Europa justamente con instrumentos como El Reglamento Europeo de Protección de Datos, que una vez dictado tuvo una entrada en vigencia después de dos años? Si ellos lo hicieron así, ¿no crees que sería una buena razón también permitir un período de adecuación para el Estado, para las empresas? Sobre todo pensando en las empresas más pequeñas, que son las que tendrían

que hacer una inversión mucho más importante, quizás, en infraestructura, en formación de capital humano en estos temas. En este contexto, ¿no tiene sentido para ti la espera?

CARLOS REUSSER

Hay una diferencia radical entre los países sujetos al Reglamento General de Protección de Datos y nosotros: ellos parten protegiendo los datos de los ciudadanos y, a partir de ese punto, mejoran sus estándares conforme al Reglamento, dentro de ciertos plazos. En cambio, en Chile campea el abuso hacia las personas, a través del tratamiento ilícito de los datos que les conciernen. Cada día que pasa, más gente es afectada por decisiones arbitrarias que no sabe por qué se adoptan, pero que, en cualquier caso, suponen que alguien está realizando un tratamiento abusivo de sus datos personales.

Si les damos, por ejemplo, dos años a las empresas para que se adapten a la existencia de una autoridad de protección de datos y de un régimen de sanciones, en la práctica veríamos que, tal como ocurre en otros ámbitos, dejarían pasar los dos años antes de cambiar las cosas. Y durante esos dos años las personas seguirían siendo víctimas de la falta de cuidado y diligencia de los responsables de tratamiento de datos, entre ellos, el propio Estado.

Insisto, no se trata de un tema novedoso, del que nadie hubiera oído hablar, sino que este tema se ha venido conversando y discutiendo desde el mismo día que se dictó la ley y que arroja víctimas todos los días.

Por lo tanto, no tendría sentido dar prórrogas a la plena aplicación de la ley, pero perfectamente podrían operar esas especies de “partes” o multas de cortesía, dentro de un contexto pedagógico o educativo respecto de la ciudadanía, es decir, podemos decirles a las empresas y personas en general: «mira, la infracción es ésta, pues has incumplido con tales obligaciones legales y te corresponde una multa de tanto dinero; no la vas a pagar ahora, pero si no lo solucionas dentro de tal plazo, la haremos efectiva».

En general, soy partidario de cualquier medida que permita a la gente comprender la importancia de proteger los datos personales y tratarlos de acuerdo a los principios y normas legales, incluso si ello significa que la autoridad de protección de datos tiene que volcarse primero a la educación de la ciudadanía, pero no de las vacancias en la entrada en vigencia de la ley, que sólo se presta para delimitar una temporada en que la vulneración del derecho a la protección de datos aparezca como lícita.

DANIELLE ZAROR

Bueno, Carlos, como mencionabas al comienzo de esta conversación, había dos caminos que se podían tomar para modificar esta ley, y se tomó el camino largo, que tenía que ver con una reforma total a la Ley 19.628. Entonces, sabemos que existe un universo de bases de datos estructurados; sabemos, por ejemplo, que el Estado recoge datos, que las empresas de telecomunicaciones recogen datos y tienen reglas. Y en ese universo de bases de datos estructuradas, sabemos que hay un titular que entrega un consentimiento, que hay un responsable haciendo el tratamiento, que este tratamiento en principio es lícito, pero hay otro universo no estructurado que sería Internet. ¿Crees que el proyecto de ley que se discute entrega herramientas idóneas para regular el tratamiento de datos en esquemas no estructurados como Internet?

CARLOS REUSSER

Desconozco el estado de la discusión del proyecto de ley, pues a la fecha no se publican las actas ni las indicaciones, probablemente como estrategia para no tener instalados a los lobistas todos los días. Pero los principios básicos de la protección de datos personales, a saber: lealtad y legalidad, finalidad, proporcionalidad, calidad, transparencia y responsabilidad, se aplican tanto a los datos estructurados como a los datos no estructurados, en la medida que haya datos personales involucrados. En materia de derechos fundamentales, esa distinción no tiene mucho sentido: si los datos están en una base de datos de una empresa o diseminadas por Internet, el responsable del tratamiento debe cumplir con la ley igualmente.

Por supuesto que si el responsable del tratamiento de datos personales es extranjero y está radicado fuera de Chile habrá más dificultades para llegar a él, pero en la medida que realice operaciones de tratamiento de datos de chilenos y tenga un factor de conexión con Chile, debe estar sujeto a la legislación nacional en la materia.

DANIELLE ZAROR

Entonces, ofrecerías esa respuesta basada en los principios.

CARLOS REUSSER

Ofrecería esa respuesta, pues los principios no varían.

DANIELLE ZAROR

Carlos, tú escribiste un libro sobre derecho al olvido. ¿Crees que se mejora el

estándar de aseguramiento del derecho de cancelación de datos en el proyecto que se discute?

CARLOS REUSSER

Al principio, antes de refundir los dos boletines de los que está constituido el actual proyecto de ley, se establecía expresamente el “derecho al olvido”. Afortunadamente al día de hoy eso desapareció, pues carece de sentido: el “derecho al olvido” es sólo un nombre mediático, pues jurídicamente se trata del derecho de cancelación o eliminación de datos personales, establecido en términos similares tanto en la ley actual como en el proyecto en trámite.

Ahora, me habría gustado que en vez de “cancelación”, el proyecto de ley hablara de “supresión”, que es el término actual que usa el Reglamento europeo, que dejó de usar “cancelación”, pues se confunde con la institución de Derecho Civil referida al borrado del registro de una deuda pagada.

Tal vez el esfuerzo mayor es extralegislativo, fuera del Congreso, que es explicarles a los abogados y jueces que el “derecho al olvido” es el mismo derecho de cancelación de datos de la ley de protección de datos personales, pero aplicado a la realidad de Internet, pues esto se ha prestado para una confusión enorme, en que los jueces resuelven los casos diciendo «¡uy!, el derecho que me invoca no está en la ley», cuando en realidad ése es el “nombre artístico” del derecho a la supresión de datos.

DANIELLE ZAROR

Perfecto. Me gustaría darle la palabra en este momento a Alejandro. Alejandro, tú has tenido la oportunidad de ser un actor privilegiado en torno a la modernización del Estado. Sin ir más lejos, fuiste el responsable de la Secretaría Ejecutiva de la Estrategia Digital del Gobierno de Chile.

ALEJANDRO BARROS

Así es, entre los años 2007 y 2009.

DANIELLE ZAROR

¿Tú crees que el Estado está preparado para enfrentar un cambio regulatorio como éste, pensando que el Estado es un responsable en el tratamiento de datos personales?

ALEJANDRO BARROS

Hay dos respuestas, la corta y la larga. La corta es “no”. Pero quiero partir con una reflexión anterior, que es muy relevante. Si cometo algún error de carácter legal me perdonarán, ya que hablo desde la ingeniería. Aquí hay una pugna, y es una reflexión que se está dando tanto en Europa como en Estados Unidos; me refiero a la pugna entre el valor de los datos por un lado (hoy por hoy, considerado por muchos como el petróleo del siglo XXI) —y me refiero no sólo a valor económico— y la protección de los datos personales por otro. Algunos estudios de la Unión Europea estiman cuánto va a ser el aporte a la economía europea de los datos y hablan de 700 mil millones de euros al año 2020¹. O sea, un volumen muy grande. Por lo tanto, este ámbito se transforma en una palanca de desarrollo, de innovación. Entonces, aquí el problema es cómo uno logra una relación lo más simétrica posible, en el sentido de proteger, por un lado, la vida privada de las personas y, por otro lado, generar un espacio de innovación, desarrollo y modernización.

Tanto es así que, por ejemplo, hay un informe reciente muy interesante del equivalente de nuestro Ministerio de Hacienda en el Reino Unido. Me refiero al HM Treasury, en el cual se plantea explícitamente “el valor económico de los datos”, donde se analiza el impacto fundamentalmente económico de los datos en el sector público y privado². Hay que pensar que, por ejemplo, cuando el Estado disponibiliza datos que tiene para que terceros puedan hacer cosas, aparecen innovaciones y desarrollos muy interesantes.

Ahora, dicho eso, volviendo a la pregunta, yo diría que no está del todo capacitado por dos razones: una, porque quizás buena parte de las agencias estatales no tienen real conciencia de lo que significa proteger adecuadamente, y no creo que la ley vaya a cambiar eso, al menos en el primer momento. Cuando digo proteger, me refiero a cuidar qué pasa con esos datos, cómo se usan, cómo se almacenan, qué mecanismos de seguridad tienen, cómo se respaldan. De hecho, ahí hay desafíos adicionales, dado que los medios tecnológicos o estándares que se utilizan pueden quedar obsoletos rápidamente si uno no los elige adecuadamente. Por ejemplo, puedo tener un montón de disquetes y otros dispositivos de almacenamiento que no puedo leer con nada al día de hoy y que pueden tener información muy relevante. Algunos datos, por ejemplo, tienen que permanecer

¹ Jorn Berends, Wendy Carrara y Cosmina Radu, “Analytical Report 9: The Economic Benefits of Open Data”, diciembre, 2017, https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/analytical_report_ng_economic_benefits_of_open_data.pdf.

² Alejandro Barros, “El valor económico de los datos”, *Escritorio de Alejandro Barros* (blog), 6 de octubre de 2018, <https://www.alejandrobarrros.com/el-valor-economico-de-los-datos/>.

durante muchos años, como los datos comerciales de las compañías de seguros. Si yo le contrato a mi hijo recién nacido un seguro de vida y él decide mantener ese seguro, esos datos tendrán que permanecer 80 años. O sea, tengo que poder volver a leer esos datos 80 años después.

Entonces, efectivamente hay un desafío importante que pasa por medidas tecnológicas, pero no sólo por ellas, sino también por protocolos.

Algo que siempre me ha llamado la atención por parte del Estado es ese apetito por los datos, por capturarlos sin pensar en las medidas necesarias para su cuidado. Hay ansiedad por obtener datos. Piensen por un momento en los sitios web del Estado, en los cuales, para hacer algún reclamo o alguna denuncia, nos preguntan cuál es nuestra profesión. Dan ganas de decir «¡y a usted qué le importa, estoy haciendo un reclamo!»

Entonces, hay varios elementos que dicen relación con esta incapacidad del Estado. Cuando uno pregunta, por ejemplo, a instituciones públicas, qué activos de información tienen, la respuesta más honesta es «no lo sabemos».

DANIELLE ZAROR

O sea, hay ignorancia.

ALEJANDRO BARROS

Por supuesto, sobre todo en lo que dice relación con la gestión de los datos. Como en realidad se capturaron alguna vez, están por ahí en alguna estantería o en un disco duro, pero nadie se ha preocupado de saber si algún dato tiene, por ejemplo, un error. Si uno quisiera aplicar estos principios que tiene la ley de que pueda corregir datos sobre mi persona que están incorrectos, sería un desafío. Lo quiero ver llamando a una institución pública y decir «mire, el dato que usted tiene de mi fecha de nacimiento está malo, cámbielo».

DANIELLE ZAROR

Bueno, y en ese mismo sentido, Alejandro, tú que fuiste una de las personas a cargo de imaginar la modernización del Estado, ¿qué tipo de medidas tecnológicas y organizativas crees que sería necesario implementar para acompañar este proceso de manera que tenga un resultado adecuado?

ALEJANDRO BARROS

Lo primero es ponernos de acuerdo en quién debiera ser el regulador, que hoy es precisamente la piedra de tope. Los parlamentarios dicen: «no, eso lo vamos

a dejar para discutir al final, porque sobre el punto no hay acuerdo». Hace bastantes años, al centro en el que trabajo, el Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile³, le pidieron un estudio para saber qué significaba para el Consejo para la Transparencia asumir esta función en los ámbitos operacionales y tecnológicos y en términos de recursos. Y qué bueno que Carlos mencionó el caso mexicano y el español, porque de hecho los miramos en su minuto (yo conozco bastante del caso mexicano, ya que me tocó trabajar con ellos en el pasado). Si uno mira los dos mundos, el mundo del acceso a la información pública y el mundo de la protección de datos, ve que son órdenes de magnitud muy distintos en términos de esfuerzo y de modelo de negocios, por decirlo de alguna manera. Entonces, es un desafío importante resolver dónde debe residir esto y cómo se va a gestionar.

Y lo segundo, desde el punto de vista de las instituciones, el primer desafío es entender cómo se gestionan adecuadamente los datos, es decir, qué tipos de estándares vamos a usar, cómo vamos a mantener en el tiempo aquellos datos que van a tener un período de vigencia muy largo. Por lo tanto, hay un desafío desde el punto de vista de los estándares, pero también desde el punto de vista de entender que tengo un activo y que, en la medida que se usa bien, ese activo genera valor público y permite diseñar políticas públicas. En general, diseñar buenas políticas públicas con buenos datos es mucho más fácil.

DANIELLE ZAROR

Siguiendo el hilo de tu reflexión, tenemos claro que una cosa es la Agencia de Protección de Datos que establece el proyecto de ley, que debería ser el encargado de ejecutar las normas, pero hay también una organización anterior. Para que todo esto funcione bien, desde el Estado hay un gran equipo que debe coordinarse, ¿no es cierto? ¿Dónde crees tú que debería estar el centro de gobierno o la gobernanza en materia de datos personales en el Estado? Considerando que el Estado, a través de los registros administrativos, va recogiendo de manera muy poco coordinada y con muy poca inteligencia un cúmulo de datos, ¿dónde crees que debería estar el foco decisorio del tipo de datos que se recoge, y con qué calidad, con qué permanencia y en qué formato?

ALEJANDRO BARROS

Aquí hay dos cosas; una es la recolección de datos, donde efectivamente hay datos que son muy de nicho o de un área en particular, y que debería recolectar

³ “Centro de Sistemas Públicos, Ingeniería industrial, Universidad de Chile”, acceso el 23 de julio de 2019, <http://www.sistemaspublicos.cl/>

la institución. Estoy pensando, por ejemplo, en datos de salud o de la industria minera. Entonces, la recolección de datos en general, y tal como funciona en muchos países, está distribuida.

DANIELLE ZAROR

Está descentralizada.

ALEJANDRO BARROS

Claro. Ahora, si la pregunta dice relación con quién debería definir los principios que fijan cómo se gestionan esos datos por parte del Estado, la respuesta no es fácil, porque en general esto se reside en la genéricamente denominada “institucionalidad de gobierno digital”, que en algunos países depende del Ministerio de Hacienda, en otros de lo que aquí sería la Secretaría General de la Presidencia (el *Cabinet Office* en el caso de Inglaterra), y en otros es una agencia con bastante independencia, como en el caso de Uruguay, donde existe una agencia que prácticamente tiene “vida propia”.

A partir de una solicitud del Ministerio de Hacienda y de la Secretaría General de Presidencia, me tocó hacer una propuesta de modelo de esta institucionalidad de gobierno digital⁴, para lo cual analizamos una quincena de países, muchos de ellos a los que habitualmente nos gusta mirar. El resultado fue que mayoritariamente esto está vinculado al mundo de las finanzas (Ministerio de Finanzas o Ministerio de Hacienda); en segundo lugar, a los ministerios equivalentes a la Secretaría General de la Presidencia; y en tercer lugar, a una agencia especializada que tiene como uno de sus componentes relevantes la gestión de datos, pero más bien con una lógica de definición de estándares, políticas y recomendaciones a los servicios públicos.

DANIELLE ZAROR

Hoy está en discusión un proyecto de ley sobre transformación digital del Estado, que no es otra cosa que institucionalizar el Programa Chile Atiende. ¿Qué convergencias crees que debe tener ese proyecto con el proyecto de protección de datos personales?

⁴ Alejandro Barros, Tomás Campero y Pablo Cabello, “Programa de modernización del sector público: Estudio para una gobernanza digital en Chile” (propuesta de Institucionalidad y Modelo de Gobernanza Digital, desarrollado para el Ministerio de Hacienda, marzo, 2016), <https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/07/Gobernanza-Digital-en-Chile.pdf>.

ALEJANDRO BARROS

Algo que se le olvidó a ese proyecto es el tema de protección de datos. Me preocupa que vayan por carriles paralelos porque podemos terminar con un “mono canguro”, digamos, y no sería la primera vez que nuestra normativa crea uno. Déjenme contar una anécdota. En 1992 fui parte de una comisión técnica que hizo algunas propuestas para la ley de delito informático. Éramos un equipo de siete personas provenientes de la academia y la industria tecnológica, e hicimos una propuesta con principios concebidos desde el mundo de la ingeniería. Lo que finalmente despachó el Congreso fue otra cosa. Todos sabemos lo mala que es nuestra ley de delito informático.

Entonces, volviendo a tu pregunta acerca de la ley, la convergencia es muy necesaria, pero no la veo en el proyecto de ley y echo de menos alguna indicación que permita saber cómo esto se va a manejar adecuadamente. Ahora bien, es probable que los tiempos de ambas leyes sean distintos. El ministro Blumel tiene expectativas de que la transformación digital salga a mediados de este año—de lo cual tengo mis dudas, pero no va a ser mucho más tarde que eso—; y la protección de datos tiene para un tiempo largo todavía. Entonces, habrá que resguardar que no quedemos con un modelo desfasado.

DANIELLE ZAROR

Lo que hace esta ley de transformación digital es justamente recurrir indudablemente a la ley de procedimiento administrativo, la cual entrega el mandato, o más bien la prohibición de exigir que se le pida al ciudadano información que ya se encuentra en poder del Estado.

ALEJANDRO BARROS

Cosa que el Estado no cumple desde 2004.

DANIELLE ZAROR

Claro. Y otro aspecto relevante del proyecto de transformación digital es que comienza con un par de servicios piloto y posteriormente la incorporación de nuevos servicios públicos a la plataforma de Chile Atiende es voluntaria. En el fondo, podría ser una buena marcha blanca para los pocos servicios con los que se va a comenzar, pero claramente hay que ponerle atención a la manera en que se hace esta confluencia y se van estableciendo garantías.

CARLOS REUSSER

Fue una decisión política la de no meterse en temas de protección de datos per-

sonales, porque en las discusiones sobre los proyectos de ley de modernización, delincuencia informática y transformación digital —los conocí someramente en mi calidad de asesor— el discurso oficial era: «No, no nos metamos con temas de protección de datos, pues todo eso lo va a solucionar la futura ley de protección de datos».

Para todas las iniciativas de Gobierno, la futura ley de protección de datos se ha transformado en una tragicomedia similar a *Esperando a Godot*: una espera eterna de algo que nunca viene, «pero mañana seguro que sí».

DANIELLE ZAROR

Claro. Me gustaría terminar la ronda de preguntas preparadas para los expositores. Alejandro, ¿crees que es una buena idea que exista un solo lugar que sea el repositorio de todos los registros administrativos con datos personales en el Estado, o te inclinas por un modelo, como el que conversábamos, en que la recogida de los datos se encuentre descentralizada en cada uno de los servicios responsables de recogerlos? Te lo pregunto porque es una pregunta que se hace recurrente.

ALEJANDRO BARROS

Sí, y, de hecho, en varios países se habla de esta lógica del *Data Chief Officer* del Estado, que en el fondo es como una suerte de Zar de los datos del Estado. Tengo mis dudas —aunque admito que teóricamente es un modelo interesante— pero hay algo que me preocupa.

DANIELLE ZAROR

¿La operativización?

ALEJANDRO BARROS

Exactamente. Y la implementación. Por lo que he visto, esto debería tener una componente tecnológica importante. Pero hace algunos meses hice un análisis de tres proyectos de ley que tienen componentes tecnológicas importantes y son bastantes vergonzosos porque no entienden a lo que se están enfrentando. Déjenme darles un solo ejemplo: la ley de notarios que se está discutiendo actualmente plantea un repositorio central de todos los documentos que generen las notarías. La idea es que estos documentos sean almacenados digitalmente en un repositorio documental en el Registro Civil. El presupuesto definido para eso es de 500 millones de pesos, aproximadamente 700 mil dólares. ¡Y estamos hablando de financiar con eso todo el repositorio de todas las notarías, el cual debería contar con mecanismos para buscar, obtener, subir y bajar información!

Entonces, volviendo a tu pregunta, si bien es un modelo interesante, creo que si no pensamos bien cómo va a operar y cuántos recursos necesita para ello, yo preferiría que no.

DANIELLE ZAROR

Y también hay que pensarlo en términos de riesgos, porque hoy, por ejemplo, un modelo como el mencionado estaría muy expuesto si llegase a haber, por ejemplo, un *hackeo*, un *blackout* o, sin ir más lejos, un terremoto. En este sentido, ¿no crees que se centraliza mucho el riesgo? ¿No es un modelo más seguro tenerlos en distintos data centers?

ALEJANDRO BARROS

Por eso digo que si ese modelo centralizado está bien pensado, como lo han hecho en algunos países, el riesgo es menor. Pero tiendo a pensar que, dado como hemos implementado algunos de estos sistemas, correríamos un gran riesgo y preferiría un modelo más distribuido. Recordemos que a consecuencia del terremoto de 2010 Chile desapareció de Internet durante cuatros horas.

DANIELLE ZAROR

Podemos abrir un espacio para otras preguntas.

JOSÉ LUIS CEA

Muy agradecido, Danielle. Tu moderación ha sido espléndida. Te la agradezco especialmente. Y también la participación de Carlos y Alejandro ha sido estupenda. Está abierta la posibilidad de formular preguntas. Miguel Ángel, ¿tú tienes alguna?

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ

Muchas gracias, don José Luis. Concuero en que ha sido muy interesante lo que han planteado los dos expositores, así como también los comentarios de nuestra moderadora. Quisiera hacer dos preguntas a los tres. Una, a propósito del tema del *enforcement* de la ley y de cómo darle más eficacia, en cuanto a si hay algo que rescatar de la jurisprudencia de los tribunales a raíz de la Ley N° 19.628 o eso está obsoleto. ¿Qué de valioso hay ahí? Tiendo a compartir la posición de Carlos en la lógica del Consejo para la Transparencia, que ha tratado de hacer algunos aportes. ¿Se puede rescatar algo del Consejo para avanzar en darle mayor eficacia a la ley?

Y lo segundo, a propósito de lo que planteaba Alejandro acerca de los datos como

un activo. Efectivamente, los datos son un bien valiosísimo, pero que tiene un valor distinto en el sector público que en el sector privado. Por ejemplo, en este último, el valor de los datos está orientado a la definición de políticas públicas, como decía Alejandro, y desde ese punto de vista deben ser fidedignos y estar actualizados. En el mundo privado, en cambio, el valor de los datos es un bien apreciable en dinero y sujeto de intercambio. ¿El proyecto se hace cargo de esto? ¿Se puede hacer cargo? ¿No son dos regímenes jurídicos distintos? En el Tribunal Constitucional hemos tenido un par de casos bien interesantes a propósito de solicitudes de acceso de información del INE, y la discusión es más fina hoy en día.

DANIELLE ZAROR

¿Quieres comenzar tú, Carlos?

CARLOS REUSSER

A ver, sobre la primera pregunta, si hay algo que rescatar de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, la verdad es que si se me pregunta cuál fallo de la Corte Suprema es digno de ser estudiado y recordado, cuál de ellos está basado en fundamentos sólidos o plantea un razonamiento cuya lógica debería perdurar, tristemente tendría que decirle que no hay ninguno.

En todos estos años no hay ningún fallo de la Corte Suprema que permita decir «mira, aquí está la recta doctrina». Recuerdo vagamente alguno en que decías «qué buena es la solución a la que llegaron»; pero luego revisabas el razonamiento subyacente y te dabas cuenta de que lo único bueno para los derechos de las personas era la solución. O al revés, lees una sentencia y dices «mira, qué bien razonado»; y luego miras la decisión del caso y es totalmente contradictoria con lo que estaban argumentando. No tenemos fallos emblemáticos en los tribunales ordinarios.

En cambio, en el Tribunal Constitucional sí hay un fallo emblemático, que es el que estableció que, cuando se invoca el derecho a la “autodeterminación informativa”, en el fondo se está hablando del derecho a la protección de datos personales, el cual está contemplado en la Ley 19.628, que desarrolla la garantía constitucional del derecho a la protección de la vida privada.

DANIELLE ZAROR

Un antes y un después.

CARLOS REUSSER

Efectivamente, pues esta sentencia permitió construir el entarimado jurídico que permitió sostener que en Chile se protegían los datos personales del tratamiento abusivo de los mismos, y que esa protección la brindaba la Constitución Política a través de su artículo 19 n^o4, cuando garantizaba la protección de la vida privada.

Ahora, en estricto rigor, todo es una mentira, una fábula que nos contamos entre todos y que permitió interponer recursos de protección para quienes se vieran privados, perturbados o amenazados en el ejercicio de sus derechos constitucionales como consecuencia del tratamiento abusivo de sus datos personales.

La reforma constitucional de 2018, por la cual se reconoce expresamente el derecho a la protección de los datos personales, hace innecesario este entarimado, pero lo importante es reconocer que cumplió un importantísimo rol como plataforma para alegar la vulneración del derecho a la protección de datos en sede judicial.

Respecto de la pregunta que versa sobre si se deben entender los datos como activos económicos o “cosas” con valor económico, tengo una posición bastante distinta a la de Alejandro Barros, y entiendo que ya no es sostenible el reduccionismo de decir que los datos tienen un gran valor económico, que su existencia contribuye al desarrollo y que la lucha está entre regularlos más (Europa) o regularlos menos (Estados Unidos).

De hecho, si ustedes recuerdan, durante mucho tiempo, y respecto de los términos en que iba a surgir el Reglamento Europeo de Protección de Datos, casi todos los analistas plantearon que el Reglamento de la Unión Europea iba a ser más laxo en temas de protección de datos porque los europeos habían entendido que era una cuestión de importancia económica.

Pero —todo lo contrario— el Reglamento fue de una regulación mucho más dura y estricta, pues entendieron que la protección de datos no afecta negativamente el desarrollo económico, sino que todo lo contrario, pues el tener datos exactos y verídicos significa desplegar una gran actividad económica que se traduce en cuestiones tales como procesos de recogida y certificación de datos, la creación de empresas de seguridad de la información y el desarrollo de industrias tecnológicas enfocadas en dispositivos de seguridad, pues, al fin y al cabo, un dato personal verificado y obtenido en condiciones de lealtad y licitud en realidad es un activo muchísimo más valioso que el producto que se obtiene de la forma “pirata” en que se transfieren las bases de datos en nuestro país, por poner un ejemplo. De eso pueden dar fe ustedes mismos, que revisan correos electrónicos

que les ofrecen productos y servicios que nunca les interesarán en la vida, de gente a la que no conocen y que no ha sido autorizada a enviarles nada.

Respecto de si debiera haber un régimen distinto para los datos que maneja el sector público respecto de los que cuenta el sector privado, esa discusión está zanjada hace mucho y la respuesta es categóricamente negativa, pues los principios y normas son idénticos para ambos: un tratamiento inadecuado de datos personales que se haga por el sector público o por el sector privado al final del día es igualmente dañino para las personas y puede afectar sustancialmente sus proyectos de vida y futuro, que es el fondo de lo que estamos hablando.

DANIELLE ZAROR

No quisiera extenderme sobre los puntos que Carlos ya mencionó; sólo quiero reforzar la idea de que tampoco veo qué rescatar en la jurisprudencia judicial. De hecho, son evidentes los casos en que hay esta jurisprudencia contradictoria. Por ejemplo, está más o menos resuelto que esta ley se aplica a personas naturales, pero las cortes han hecho aplicaciones de la ley a personas naturales y jurídicas, y tienen fallos relativamente frecuentes en ambos sentidos. Ése es un buen diagnóstico de lo necesario que se hace una ley para venir a entregar algo de luz en estas materias. Tampoco me parece que la jurisprudencia del Consejo por la Transparencia sea un gran aporte en este sentido, porque de hecho tiene una recomendación en materia de protección de datos, pero luego es el mismo Consejo quien desatiende esas mismas recomendaciones que ha dado para otros casos.

Creo que es importante también contar un poco el tras bambalinas de este proyecto. Este proyecto, o la idea de legislar en protección de datos personales, ha estado en el ruedo ya más de 10 años. De hecho, me tocó en algún momento ser responsable de uno de los proyectos que estuvo en tramitación. En esa época este proyecto estaba fuertemente motivado, o estaba fuertemente tramitado, en clave económica, es decir, en que tener una ley de protección de datos significaba una gran ventaja económica para el país. El proyecto en esa época finalmente no prosperó porque, justamente, era difícil hacer esta conexión. Y creo que hoy la diferencia está en el foco: ahora la discusión del proyecto de protección de datos está en clave jurídica, en clave de derechos fundamentales, y eso ha tenido mucho más sentido para los legisladores y también para la ciudadanía; eso hay que decirlo.

Ahora, si me permiten, el día que se apruebe esta ley, se va a implementar con éxito porque va a proteger datos, porque ahí sí va a ser económicamente rentable hacerlo. La lógica que se adoptó ha sido la correcta.

Con respecto a lo que decía el profesor Fernández, bueno, en algún momento nos tocó compartir una mesa justamente como asesores del INE, y es bien interesante el caso al que hace referencia el profesor, porque precisamente ese caso enfrentó a dos instituciones públicas por la protección de datos. El Consejo para la Transparencia estaba ordenando una entrega y el INE, por su lado, estaba impetrando la garantía constitucional y la regla de la protección de datos, justamente tratando de convencer al Consejo de que el secreto estadístico no es otra cosa que la materialización de la garantía constitucional de protección de datos y que, además, es una piedra angular para el ejercicio de la función estadística. Es un muy buen ejemplo; uno podría utilizarlo para efectos académicos.

En el fondo, no sé a qué tipo de arreglos institucionales tenemos que llegar para evitar que dos instituciones públicas lleguen a este nivel de conflicto. Esto está pasando en México también. El INEGI y el Consejo por la Transparencia mexicano —que protege datos a su vez—, teniendo los dos autonomía constitucional, están con sendos recursos en el tribunal constitucional de México. No es una cuestión nada de exótica, está ocurriendo en el mundo y por eso es importante reflexionar sobre estos temas para arribar a la mejor solución. Con respecto al tema de los datos como activos, creo que Alejandro tiene más que decir que yo.

ALEJANDRO BARROS

Efectivamente, en este punto no estamos de acuerdo con Carlos. Y quiero dar dos ejemplos respecto del uso de los datos como un activo económico. El primer caso es que, tal como ha sido demostrado en algunos países, si el Estado comparte datos, por ejemplo, de accidentes viales, con una plataforma como Waze, lo que finalmente se produce es valor público, porque los conductores llegarán con más cuidado a los cruces peligrosos y se va a obtener, como efecto general, una reducción de los accidentes de tránsito. Y eso sólo por el hecho de que el Estado comparte a un privado un dato que tenía como público, tratándolo adecuadamente, con la privacidad que corresponde. ¿Y por qué no se hace eso aquí? Porque tenemos esta lógica de que los datos son de uno.

En el caso de las encuestas, algunos países han adoptado lo que se llama el *Open Government Partnership*, que en el fondo es un acuerdo de ir hacia políticas que tengan más transparencia, más acceso a la información, más disponibilización de la información. Lo que han hecho es establecer estos modelos que se llaman *Open by Design* o *Privacy by Design*. ¿Qué significa eso? Significa que yo sé que esta encuesta después va a ser pública y, por lo tanto, capturo los datos y los gestiono pensando siempre en que finalmente van a ser publicados.

En el mundo privado, los datos tienen un enorme valor. Recuerdo un *paper* que analiza cuánto valen los datos de Amazon y cuánto vale su infraestructura física.

Amazon vale cercano a cero si es que entrega sus datos. O sea, son el activo más importante de Amazon, de Alibaba, de Facebook.

DANIELLE ZAROR

Déjame agregar a tu intervención, Alejandro, que la Comisión Nacional de Productividad publicó varios informes acerca de economía digital. Allí aparece que en los últimos años las empresas con más valor bursátil son este tipo de empresas.

JOSÉ LUIS CEA

Tengo algunas inquietudes que quisiera manifestar en voz alta, no sin antes pedir disculpas porque no soy un experto en la materia, aunque sí soy sensible a captar la trascendencia que tiene el asunto.

La primera pregunta: ¿estamos tratando una legislación que va a ser para expertos? Si es así, ¿cuál es el grado de eficacia y efectividad que va a tener en la práctica? Esta primera serie de inquietudes me lleva a una segunda preocupación, que declaro con sencillez: ¿cuál es el objeto de este proyecto de ley? Revisándolo encuentro una sucesión de tópicos interminables, aparecen mezclados los controles con los descontroles, la venta, el comercio. ¿Cuáles son en definitiva las ideas centrales o matrices de este proyecto?

La complejidad es enorme y, dado que existe un nivel primario de cultura en torno de esta materia, puede resultar una “república aérea” que no tenga cimiento en la realidad. Esa pregunta, la segunda, me lleva también a plantearme otra: ¿existe conocimiento científico empírico suficiente acerca de hechos que, cualitativa y cuantitativamente, permitan dimensionar la problemática o la complejidad que tienen los datos en la sociedad moderna chilena? Tengo la impresión de que esto es preocupante por la confidencialidad, la reserva o el secreto que se ha mantenido, pero, si es así, se está legislando en el aire. Si no se conocen los hechos, no se puede legislar, o al menos no se puede legislar adecuada o correctamente. ¿Se conocen los hechos, por ejemplo, llamémoslos “patológicos”, del abuso de datos en Chile? Tengo alguna experiencia, compartida con Miguel Ángel en relación con juicios arbitrales, de lo que se hace, por ejemplo, con los datos sobre morosidad en Dicom y en otros centros con recepción y manejo de bases de datos, pero se me ocurre una idea muy fragmentaria, tópica, aislada: no sé dónde se integra o vertebra todo para legislar en un sistema de protección, almacenamiento, utilización, control, tratamiento, etc., de esos datos. Los hechos, en otras palabras, que son tan importantes para legislar adecuadamente en Derecho, no sé si están suficientemente decantados.

Por último, recuerdo ese maravilloso libro de Jeremy Bentham, *El panóptico*⁵, en el que se da cuenta de un personaje notable que ve sin ser visto; controla sin ser controlado; ejerce poder, coacción, presión, sin que nadie lo pueda detener porque no se sabe dónde está, cómo lo hace, de dónde saca la energía, a quiénes se orienta o castiga ese monstruo. Creo que Harari, en su magnífico libro *21 lecciones para el siglo XXI*⁶, dice que el manejo de datos es una de las claves del éxito o fracaso de la sociedad contemporánea. Lo que hemos conversado hoy hace pensar que hay que ir mucho más allá de operacionalizar los conceptos. Estamos frente a un peligro: crear una agencia centralizada o descentralizada. No sé cuál podría ser la naturaleza de esta entidad, que maneje un caudal enorme de información, de la cual nosotros, incluso, muchas veces no vamos a saber ni siquiera si somos víctimas. Son algunas de las inquietudes que me plantea la estupenda exposición que hemos oído de parte de ustedes.

ALEJANDRO BARROS

Antes de abordar el tema del abuso, es necesario entender que estamos enfrenados a un crecimiento masivo de los datos. Hoy se estima que el tamaño de Internet, en términos de datos, es de ocho Zbytes. Un Zbit es 10^{21} bits. Para que se hagan una idea, si yo hago una película de 1 Zbit en súper alta definición, la película duraría 36 millones de años. De eso estamos hablando. Y eso crece y crece, y además aparecen múltiples modelos de negocio en torno a los datos. Entonces, tenemos un desafío, ya que esto está avanzando y todavía no sabemos muy bien si lo regulamos o no, ni cómo lo regulamos. Además, el tema de los abusos se da cada vez con mayor frecuencia.

Déjenme dar un ejemplo. La semana pasada me llegó un email no solicitado desde una empresa que entrega garantías para presentarse a licitaciones públicas. Venía con el logo de Chile Compra el logo de la Corfo. Llamé a Chile Compra y me dijeron que habían entregado la base de datos por la ley de acceso a la información pública. Cuando solicité que me dijeran a quién más le habían entregado mis datos me respondieron que no lo podían hacer, ya que eso lo tiene que autorizar quien pide la información⁷.

⁵ Jeremy Bentham, *El panóptico* (Buenos Aires: Quadrata, 2001).

⁶ Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI* (Barcelona: Debate, 2018).

⁷ Spam Desde el Estado - <https://www.alejandrobarrros.com/informacion-publica-cuando-se-abusa-de-una-buena-politica-publica/>

CARLOS REUSSER

El mundo al revés.

ALEJANDRO BARROS

Exacto, el mundo al revés. Ellos piden los datos por la ley de acceso a la información pública, hacen *spam* con esos datos y yo, que soy el afectado, no puedo saber quién tiene mis datos.

DANIELLE ZAROR

Déjame agregar algo a tu idea. Los ministros del Tribunal Constitucional le preguntaron al Consejo por la Transparencia si conocen la naturaleza de los datos que obligan a entregar. La respuesta fue “no”.

ALEJANDRO BARROS

Claro. En el fondo, tenemos múltiples abusos. El más común es el tema de los correos no deseados, pero, por otro lado, también se pueden dar cosas muy complejas en el mundo del Internet de las cosas o los sensores en los autos. Éste es un tema que se ha discutido afuera. ¿A quién le pertenece la *data* de los sensores de los autos? ¿quién puede usarla? ¿puede acceder a ella la compañía de seguros? Así empieza a aparecer, como digo, una gran cantidad de usos potenciales, y si no regulamos al menos ciertos principios vamos a estar en un descampado. Además, se da una relación bien asimétrica entre quien posee el dato y quien le da mal uso.

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ

Los medidores inteligentes son otro tema polémico.

ALEJANDRO BARROS

Los medidores inteligentes son un súper buen punto. Hoy estamos preocupados de ver quién paga el medidor y no estamos preocupados de varias otras cosas. En Inglaterra ya han hecho varios estudios respecto del perfilamiento de consumo sobre la base de los medidores inteligentes y hay toda una discusión en varios medios de prensa respecto de esto. Por ejemplo, multaron a una compañía eléctrica en el Reino Unido por vender los datos a un *call center*. ¿Y por qué a un *call center*? Porque la compañía eléctrica sabe exactamente cuándo hay personas en las casas y cuando no hay nadie.

ALEJANDRO BARROS

Volviendo a la pregunta, algo tenemos que hacer con esto, y tenemos que hacerlo pronto. No me quiero pronunciar acerca de si la ley recoge todos estos elementos o si la ley que tenemos es la adecuada o no, pero lo que está claro es que hoy no estamos administrando bien los datos, ni en el mundo público ni en el mundo privado. Y además las personas están a descampado respecto de sus datos.

DANIELLE ZAROR

Lo primero que quiero decir es que justamente el valor de este tipo de conversaciones es que genera efectos beneficiosos para toda la comunidad académica, ciudadana, parlamentaria, porque éste es un fenómeno que estamos todos aprendiendo a descifrar todavía. Usted dice que esta legislación es para expertos y sí, creo que sí. El objeto de la protección de datos es bien específico, pero para responder esa pregunta, antes tenemos que salirnos del ámbito disciplinario y pensar que hoy estamos viviendo un paradigma social que tiene que ver con la ciudadanía digital. Las personas hacen muchas cosas en un lugar que se llama ciberespacio: su relación con el Estado se ha electromagnetizado; su relación con el empleador se ha electromagnetizado; las relaciones familiares, personales, románticas, todo se ha electromagnetizado. Todo se hace en un espacio distinto al espacio en que estuvimos acostumbrados, en el que nosotros mismos crecimos. Y esta ciudadanía digital va dejando huellas. Antes nosotros también dejábamos una huella de las cosas que hacíamos, pero esta huella era mucho más difícil de recoger. Necesitábamos un papel donde registrar lo que necesitábamos. Un registro público necesitaba legajos, pero ese paradigma cambió el día que nosotros, gracias a un aparato como este pendrive, pudimos ahorrarnos 40 bodegas.

En materia de protección de datos, ¿qué es lo que uno tiene que tener claro como lección primera? Quizás que el principio basal en materia de la protección de datos es la «libre circulación de los datos en condiciones debidas». Es esa oración completa, con ese sujeto y con ese predicado. ¿Cuál es el problema con la protección de datos? Que cuando una persona no familiarizada con el tema se enfrenta por primera vez a esto, piensa que tiene que meter los datos en una bodega y ponerle llave, y se olvida de que el principio es la libre circulación de los datos en condiciones debidas. Si no tenemos información, no podemos tomar decisiones. El Estado necesita información para políticas públicas; las empresas necesitan información para sus decisiones de inversión. ¿Qué es lo clave en el objeto del proyecto de protección de datos personales? Yo diría, profesor, que es la idea de tratamiento de datos. La ley vigente y el proyecto de ley que está en el Congreso más o menos conservan el mismo concepto de tratamiento de datos, que es cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almace-

nar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal o utilizarlos de cualquier otra forma, dice el artículo. Ese artículo de la ley vigente está casi igual en el proyecto de ley. Como diríamos los abogados, ésta es la mejor definición de bolsillo de payaso ¿no?

Bueno, este artículo, que es el literal O del Artículo 2 de la Ley 19.628, nos da una idea de para qué nos sirve esta ley. Cada vez que queramos hacer cualquiera de esas cosas vamos a tener que recurrir a este instrumento. ¿Cuál es el problema de esto? Que, claro, efectivamente es bien fácil que se produzcan, como usted dice, uso y abusos en el ejercicio de cualquiera de estas operaciones. A propósito, hay un texto que tiene casi diez años, que justamente se llama “Uso y abuso de la protección de datos personales en Chile”, donde varios académicos sobresalientes hacen un diagnóstico, en distintas áreas, de cómo se producen estos usos y abusos. Lo menciono para que quede registrado.

¿Sí hay conocimiento científico asociado a los datos en la sociedad chilena? Como decía antes, la protección de datos comenzó en Chile en clave económica, y justamente ha habido un desarrollo en torno a la importancia de los datos para la economía digital. Una consultora llamada Accenture informó el año pasado que un cuarto del PIB de Chile se produce en la economía digital. Es un dato sorprendente que claramente da cuenta de la relevancia del fenómeno, por lo menos para la economía. En temas de derechos fundamentales, yo me atrevo a decir que no hay mucha información. Además, en derecho, en general los estudios empíricos en este tipo de cuestiones no son muy frecuentes. ¿Y por qué es importante tener, quizás, asociado un derecho fundamental a estos temas? Porque la gran acumulación de información hace que se desarrollen tecnologías, que son los llamados algoritmos, y el riesgo de los algoritmos es que vienen cargados de prejuicios.

No sé si ustedes han escuchado los típicos casos de este tipo de herramientas que quieren hacer, por ejemplo, prevención del delito. ¿Y dónde se producen generalmente las discriminaciones? En que el algoritmo se construye en base a información retrospectiva y esta información retrospectiva nos dice que la gente de ciertas características físicas, sociales o educacionales generalmente comete delitos. Es lo que la historia nos ha contado y el algoritmo recoge eso, recoge esos datos personales, y conforme a esos datos personales, que pueden estar anonimizados, construye un patrón para hacer ciertas predicciones en el futuro. Y el problema es que esas predicciones pueden ser arbitrarias, injustas y generar entornos de discriminación. Entonces, nosotros también estamos en un proceso de entender el fenómeno, y por eso es importante la reflexión como la que se da en este tipo de encuentros.

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ

Al alcalde Giuliani alguna vez lo criticaron porque el porcentaje de personas de color detenidas en Nueva York era del orden de, si mal no recuerdo, el 95 por ciento. Y la respuesta de él era, «bueno, es que la información que tengo es que el 95 por ciento de los que han cometido delitos en los últimos 20 años son de color».

NICOLÁS COBO

Giuliani también dijo «*truth isn't truth*».

JOSÉ LUIS CEA

Tú, Carlos, ¿quieres agregar algo?

CARLOS REUSSER

Sí. Primero quiero hacer notar que usted, profesor, ha exagerado muchísimo al declarar su ignorancia en la materia.

[Risas]

CARLOS REUSSER

Para responder a la pregunta del profesor Cea, si ésta es una legislación de expertos o para expertos, mi impresión es que—sin perjuicio de que sean necesario—para abordar el tema de la protección de los datos personales, lo que más se necesita es el sentido común de una persona informada que esté dispuesta a hacerse preguntas, partiendo del hecho de que sólo se pueden tratar los datos de las personas en la medida que ellas entregaron su consentimiento para ello, o porque la ley lo autoriza bajo ciertas condiciones. Y no hay más razones que legitimen el tratamiento de datos personales.

DANIELLE ZAROR

Ésas son las condiciones debidas.

CARLOS REUSSER

Por ejemplo, profesor Cea, si usted entrega datos personales para una determinada finalidad, ¿le parece razonable que los usen para otra finalidad distinta?

JOSÉ LUIS CEA

Por supuesto que no.

CARLOS REUSSER

Si está sacando un certificado de nacimiento por Internet, ¿es razonable que le exijan, como requisito para entregarlo, que indique cuál es su domicilio, como hace el Servicio de Registro Civil? No, pues ésa es una infracción al principio de proporcionalidad, ya que lo único que deberían pedirle es una dirección de correo electrónico a la cual enviarle el certificado digital.

Y si usted le entregó sus datos personales a determinada persona, ¿le parece razonable que él deba tomar las medidas necesarias para asegurar que sus datos no se transfieran a terceros? Probablemente coincidiremos en que sí, en que quien tiene datos de los demás debe tomar las precauciones necesarias, que tiene un deber de seguridad respecto de los mismos.

Y eso, profesor Cea, es lo que hace un experto en el derecho a la protección de datos: alguien que se preocupa de que, en el tratamiento de datos, se respeten principios del todo razonables y que, por la antigüedad de la temática, otros ya han definido, por lo que sólo nos toca asegurarnos de su efectivo cumplimiento.

Sobre cómo lo van a hacer los legisladores para hacerlo bien, debo confesar que no les pedimos mucho, básicamente porque el guion ya ha sido escrito. Los estándares internacionales son conocidos y lo único que se les pide es que el texto de las leyes que voten sea respetuoso de esos estándares y contenga los elementos que deben estar: los principios en materia de protección de datos, los derechos de las personas, una autoridad independiente del poder político y un régimen de sanciones que desincentive a los infractores.

Respecto de la pregunta sobre cuál es el objeto del proyecto de ley, tendremos que decir que el objeto directo es la regulación de las condiciones de licitud de las operaciones de tratamiento automatizado de datos personales. Pero tenemos que decir también que su objetivo final es la defensa de todos los derechos legales y constitucionales de las personas, pues no hay forma más eficiente de vulnerar los derechos de las personas que tomar decisiones en base al tratamiento de sus datos personales.

De esta forma, las personas se verán afectadas, por ejemplo, en su derecho de acceso al crédito, al trabajo, a la vivienda o a la educación, y nunca sabrán de dónde vino el golpe, o quién fue el que, creyendo saber algo de ellas, tomó una decisión que impacta en su libertad de decidir su propio proyecto de vida.

Por supuesto, actualmente el proyecto de ley es muy voluminoso y tiene una redacción técnica que va aumentando en complejidad cada día, pero el centro de la discusión es sólo uno: alguien cree saber algo de usted y tomará una decisión a

su respecto. Toda la regulación debe apuntar a determinar quién es ese alguien, con qué información cuenta, y a entregarles a las personas ciertos derechos que puedan ejercer frente al que realiza el tratamiento de la información personal.

Ahora, respecto de sus referencias al *Panóptico*, debo aclarar que las Agencias de Protección de Datos no tienen datos personales, sino que ellas se ocupan de implementar la ley, educar a la ciudadanía, fijar ciertos criterios y fiscalizar el cumplimiento de las normas, pero ellas no tienen los datos de la gente.

JOSÉ LUIS CEA

¿Y cómo controlan entonces?

DANIELLE ZAROR

A petición de parte, cada vez que se presente un reclamo le toca juzgar.

JOSÉ LUIS CEA

Entonces, ésta es una eficacia «rayana en lo inverosímil», como diría mi suegra.

CARLOS REUSSER

Tenga presente que las multas suelen ser tan altas que todos procuran respetar las normas, porque el día que la Agencia aplica una multa, aunque sea leve, ella tiene un efecto gravísimo en las finanzas.

DANIELLE ZAROR

Bueno, ahí hay un problema interesante. El proyecto de ley de protección de datos trae asociada una sanción que dice relación con un porcentaje de la producción de la empresa, que es una copia burda de la ley de libre competencia, donde dice que cuando hay un acto colusorio, se sanciona con un porcentaje, pero es en la línea de producción. Aquí se copió eso, pero en el fondo es inaplicable.

JOSÉ LUIS CEA

Ése es el punto. Es tan alta la sanción que no se aplica.

ALEJANDRO BARROS

No es tan alta.

El proyecto de ley acá no establece un porcentaje tan alto si uno lo compara con el GDPR europeo. En Europa la sanción es del cuatro por ciento de las ventas de

la empresa; las ventas, no la utilidad, o 24 millones de dólares, la cifra que sea más alta, y aquí estamos hablando de órdenes de magnitud menor.

DANIELLE ZAROR

Como 500 millones de pesos.

ALEJANDRO BARROS

Claro, 500 millones, mil UTM, etc.

CARLOS REUSSER

Sólo me cabe reiterar que los regímenes de sanciones en materia de protección de datos son bastante altos, y ello tiene sentido en la medida que sean una eficaz forma de disuadir la mala práctica de vulnerar la ley y considerar desde un principio la multa como un costo de producción.

JOSÉ LUIS CEA

Nicolás, ¿quisieras preguntar o decir algo?

NICOLÁS COBO

Voy a hacer, también desde mi desconocimiento técnico, algunos comentarios. Byung-Chul Han, un filósofo que habla mucho de la sociedad de la transparencia, trata esto y señala que el usuario suele pensar «bueno, yo no soy muy importante, así es que nadie me va a andar espiando». Sin embargo, sí existe un monitoreo de su conducta como consumidor y usuario en el rastro de su navegación.

DANIELLE ZAROR

El que nada hace, nada teme.

NICOLÁS COBO

Exactamente, eso es lo que pasa. En realidad, no importa tanto la identidad de este consumidor como su número de IP, su comportamiento y su trazabilidad como consumidor. Y tengo muchas dudas sobre las potencialidades futuras de la tecnología, dado que su enorme desarrollo hace difícil dimensionar sus capacidades de seguimiento e invasión de la privacidad. Como cualquier ciudadano promedio, desconozco las capacidades infinitas que tiene la tecnología para cruzar información de cosas mucho menos obvias que datos como mi nombre, mi domicilio y mi RUT. Muchas veces ni siquiera importa nuestro nombre; lo que importa es la trazabilidad de la navegación de cada persona y el uso de esa infor-

mación, de manera que lo relevante es el registro de nuestro comportamiento en la navegación, y esto cruzado con otros datos. Eso hace muy difícil administrar la información y anticipar los riesgos. Las cámaras y el reconocimiento facial, por ejemplo, son cosas que hoy ya están en Internet. Hace poco tuve acceso a una cámara en China y era increíble la nitidez que uno podía lograr a muchos kilómetros de distancia con ella. Estaba ahí, poniendo en riesgo la privacidad de incontables individuos a enorme distancia sin que las personas tuvieran ninguna conciencia de la presencia de este Gran Hermano vigilante. También me tocó conocer una empresa norteamericana que recibe muestras de saliva y prepara mapas genéticos de las personas, no sólo con sus antepasados con una amplitud increíble, sino también con los porcentajes de todas las etnias que uno puede tener hacia atrás. Pero, además, ahí hay un montón de información muy valiosa respecto de nuestra predisposición a ciertas enfermedades y otros datos sensibles. Esos datos, en manos de una agencia de seguros de salud, en manos de entidades públicas o privadas, valen mucho dinero, y generan evidentemente riesgos. Entonces, tengo mucho temor. Nosotros estamos mirando el dato y claro, esa definición que leyeron ahí es tan amplia que efectivamente llega muy lejos, pero el asunto es que el regulador sepa plantear el problema, y de esa manera tratar de resolverlo, porque con el *data mining* y todas sus capacidades —tal que, insisto, ni siquiera podemos imaginar las potenciales amenazas—, en verdad importa mucho menos que esté protegido el anonimato, por ejemplo, porque los cruces que se pueden hacer de nuestros datos son infinitos. Nosotros podemos estar preparados para las capacidades tecnológicas de hoy, que ya son enormes, ¿pero estamos preparados para lo que pueda ocurrir en diez años más con la tecnología?

Y por otro lado tenemos otros debates importantes. China está defendiendo la soberanía de los datos, es decir, que los datos queden enmarcados dentro del territorio físico. Los datos se quedan ahí, se administran ahí y se someten a esa ley, porque China tiene un interés evidente en eso. Y, por otro lado, los norteamericanos tienen una postura de mayor apertura, porque quieren usar esos datos y no quieren que China ni nadie controle sus datos sin poder intervenir. Entonces, hay una discusión muy interesante de soberanía y de quién tiene el control de los datos. Un ciudadano de a pie no anticipa lo que puede hacerse con sus datos ni quién los está manejando, porque existen otras intenciones e intereses que eventualmente no me simpatizarían mucho si conociera las capacidades tecnológicas que se puede tener con estos datos. Esas capacidades tecnológicas nos dejan con mucha incerteza al momento de plantear el problema de lo que en verdad queremos proteger.

JOSÉ LUIS CEA

Gracias, Nicolás. Creo que lamentablemente estamos en la hora de término. Nuevamente, mil gracias a todos.