

Comisión Asesora Ministerial para la Implementación de la ley Ley No. 21.719
13.11.25

Prof. Pablo Contreras¹

1. Solicitud

“[L]a interpretación de si la normativa reglamentaria o infra legal de la CMF o UAF, SERNAC, DT u otras que se basa en una ley cuando mandata a sus regulados a hacer algo, puede entenderse como base de licitud suficiente para un tratamiento de datos, e invocar en el caso la base de licitud: ley o un mandato legal”.

2. Marco de análisis

2.1. Objeto de la pregunta y marco legal

Es una pregunta referida a la evaluación de la procedencia de una base de licitud con relación al tratamiento de datos personales instruidos por vía infralegal por una autoridad administrativa.

Se entiende que la pregunta busca resolver el problema a partir de la Ley N° 19.628, sobre protección de los datos personales, reformada por el Artículo Primero de la Ley N° 21.719, que Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. En adelante, cuando me refiera a la Ley No. 19.628, deberá entenderse que se trata de la versión reformada aquí citada.

2.2. Sujetos del tratamiento de datos personales

No se precisa. Se entiende que el destinatario de la norma infralegal realiza tratamientos de datos personales por orden de la autoridad administrativa. Por lo tanto, al configurarse en abstracto la pregunta, el sujeto instruido podría tratar los datos a título de responsable o encargado.

Tampoco se precisa la naturaleza público o privada del sujeto que trata el dato. En algunos contextos puede ser una entidad privada con fines de lucro, como una administradora de fondos de pensiones (AFP), o sin fines de lucro, como una mutual. Asimismo, podría ser un organismo público, por ejemplo, la Comisión de Medicina Preventiva e invalidez (COMPIN) o una universidad estatal. No se vislumbra la posibilidad que autoridad administrativa pueda disponer, vía normativa infralegal, obligaciones de tratamiento de datos a órganos constitucionales autónomos.

La naturaleza del sujeto es relevante para determinar la procedencia del Título III de la ley. En el caso afirmativo, debe evaluarse la aplicabilidad de la regla especial del artículo 20 de la ley para el caso concreto.

2.3. Objeto del tratamiento de datos personales

Se entiende que la pregunta comprende tratamiento de datos personales. Dicho concepto, al tratarse de un género, debe entenderse abarcativo de datos sensibles y de las categorías especiales de datos personales.

¹ Doctor en Derecho, Northwestern University. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Chile.

Adicionalmente, al preguntarse sobre “hacer algo”, se da entender que podría ser cualquier tipo de operación de tratamiento de datos personales.

3. Presupuestos constitucionales del problema

3.1. Mandato constitucional a partir del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa

El problema planteado tiene bases constitucionales. El año 2018 se consagra constitucionalmente el derecho a la autodeterminación informativa en su artículo 19 No. 4. En efecto, “[l]a Constitución asegura a todas las personas: [...] la protección de sus datos personales.”

Con el reconocimiento del derecho fundamental, se configuran deberes generales y especiales para los órganos del Estado. En términos generales, los órganos públicos deben someter su acción a dicha norma y deben respetar y promover este derecho, en concordancia de los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución.

En términos particulares, la Constitución tipifica un deber de protección del derecho cuyo destinatario es el legislador. Específicamente, “[e]l tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley” (artículo 19 No. 4).

Corresponde al legislador, entonces, establecer la *forma* y *condiciones* para *tratar* y *proteger* estos datos. Dentro de las *condiciones* para tratar los datos personales, encontramos las bases de licitud como hipótesis que autorizan jurídicamente las operaciones de tratamiento. Sólo la ley puede establecer bases de licitud para habilitar el tratamiento de datos personales.

3.2. Reserva de ley en la protección del derecho fundamental

Al tratarse de un derecho fundamental, las restricciones a los derechos deben sujetarse a una reserva legal. El mismo artículo 19 No. 4 establece al legislador como destinatario de un mandato de protección del derecho en este punto.

La reserva de ley y el tipo de dominio legal que establece la Constitución es una de las cuestiones más debatidas del derecho público chileno, bajo el texto de 1980. No es del caso reproducir dicho debate en esta minuta. Bajo la tesis de reserva legal absoluta, la autoridad administrativa no podría regular por una norma infralegal la *forma* y *condiciones* del tratamiento de datos personales por ser una cuestión reservada constitucionalmente al legislador. Bajo la tesis de la reserva legal relativa, la cuestión de la colaboración reglamentaria sería admisible al complementar, desarrollar o detallar la regulación legal, tanto la Ley No. 19.628 como las leyes sectoriales que otorgan competencias a las autoridades administrativas en cuestión.

Nótese que este debate determina la juridicidad de la *normativa reglamentaria o infra legal* que ordena *hacer algo* al sujeto del tratamiento y no –necesariamente– la licitud del tratamiento de datos. Es, por tanto, un problema de constitucionalidad de dicha normativa, que depende de la posición que se adopte en materia de reserva legal.

4. Alcances legales del problema

4.1. El requisito de la base de licitud en general

El tratamiento de datos personales requiere contar una base de licitud. Se trata de un presupuesto general para su juridicidad. Dicho requisito tiene fundamento constitucional

–como vimos– y establece deberes particulares a los sujetos del tratamiento de datos personales.

Corresponde al responsable acreditar la licitud del tratamiento (artículo 3, letra a), inciso 2). Consecuentemente, debe informar al titular los antecedentes que acrediten la licitud del tratamiento y asegurar que los datos se recojan de fuentes de acceso lícitas (artículo 14, letra a) y b)). El incumplimiento de estos deberes está tipificado como infracción grave (artículo 34 ter, letra a)).

4.2. La determinación de una operación de tratamiento por vía de norma infralegal

En el problema planteado, la obligación cuyo cumplimiento se exige por vía de una norma infralegal es de rango legal. Por lo tanto, la norma infralegal determina una *modalidad* o *medio* de cumplimiento legal.

En este sentido, se trata de una operación de tratamiento más o menos específica que detalla ciertas categorías de datos y que su finalidad es ejecutar la norma legal base.

4.3. El sujeto del tratamiento sobre el cual pesa la obligación de acreditar la base de licitud

Acreditar la concurrencia de la base de licitud corresponde al responsable. Sobre esto, cobra importancia lo planteado en §2.2., con relación a la naturaleza y calidad del sujeto que trata el dato.

4.3.1. La autoridad pública como responsable del tratamiento

Si el responsable del tratamiento es la autoridad administrativa que dictó la norma infralegal, obligando al sujeto regulado en tanto encargado del tratamiento, entonces, dicho sujeto no tiene el deber de acreditar una base de licitud. Por el contrario, corresponderá a la autoridad administrativa hacerlo. Al tratarse de un organismo público (artículo 2, letra j), entonces se le aplica el Título III y el artículo 20, siempre que esté actuando en la órbita de sus competencias y en el cumplimiento de sus funciones legales.

4.3.2. El sujeto obligado como responsable del tratamiento

Si el responsable del tratamiento es el sujeto obligado por la autoridad administrativa, nuevamente habrá que revisar la naturaleza del sujeto en cuestión. Por ejemplo, si la SUSESO dicta una circular que ordena el tratamiento de datos personales para cumplir con obligaciones legales en materia de licencia médica, entonces podríamos tener distintos tipos de responsables. Lo mismo ocurriría si la Superintendencia de Educación Superior ordena un tratamiento de datos específico relativo a los estudiantes de centros de formación técnica, podríamos tener como responsables a instituciones de carácter público o privado.

4.3.2.1. El organismo público como sujeto obligado responsable del tratamiento mandatado por la autoridad

En el caso de los organismos públicos correspondería, eventualmente, someterse al Título III y el artículo 20 de la ley, para efectos de revisar la licitud del tratamiento y si dichas disposiciones cubren la operación de tratamiento mandatada.

4.3.2.2. El privado como sujeto obligado responsable del tratamiento mandatado por la autoridad

Por el contrario, si fuere una entidad privada, entonces corresponde a ésta verificar si cuenta con una base de licitud. Una posibilidad es que la misma autoridad administrativa

haya determinado en cuál base de licitud se funda la operación de tratamiento ordenada. Por lo tanto, bastaría a dicho sujeto obligado fundar el tratamiento de datos ordenado infralegalmente en la base de licitud identificada por el regulador.

En el caso que la autoridad administrativa no identifique la base de licitud, entonces requerirá del juicio autónomo del sujeto obligado. Una posibilidad es esgrimir el artículo 13, letra b), esto es, que el tratamiento de datos mandatado por la autoridad es lícito “[c]uando el tratamiento sea necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal o lo disponga la ley.” En este caso, el responsable podría argumentar que la operación de tratamiento regulada por vía infralegal es un medio necesario para ejecutar o cumplir una obligación legal.

En caso de duda, el responsable podría dirigir una solicitud de pronunciamiento a la Agencia de Protección de Datos Personales, la cual podría “[a]plicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias en materia de protección de los datos personales y las instrucciones y normas generales que dicte la Agencia” (artículo 30 bis, letra b).