

Potestades de Fiscalización de Órganos de la
Administración del Estado:
El caso de la Agencia de Protección de Datos Personales
Ley 21.719

Brigitte Leal V.
Dra. en Derecho, Cambridge
Profesora de Derecho, UAI
brigitte.leal@uai.cl

Temas analizados:

1. Qué es y que no es fiscalizar.
2. Análisis de Ley 21.719, en lo relativo a fiscalización.
3. Competencias fiscalizadoras que posee la Agencia.
4. Reflexiones finales.

1. Qué es y que no es fiscalizar

- Las potestades de fiscalización de la administración se despliegan con la finalidad de **verificar niveles de cumplimiento normativo**.
- Fiscalizar no es meramente observar o monitorear hechos, sino **verificar** que ciertos **sujetos** cumplan con **marcos normativos definidos** y que están bajo la **esfera de competencia** del órgano fiscalizador.
- La fiscalización administrativa genera **una relación jurídica**:
 - a) sujeto activo: funcionarios fiscalizadores.
 - b) sujeto pasivo: entidad regulada.
 - c) objeto: lo fiscalizado/fiscalizable (por. ej. tratamiento y protección de datos personales).

2. Análisis de la Ley 21.719

- **Ámbito de aplicación territorial:** interpretación amplia del objeto sobre el cual podría recaer la actividad fiscalizadora. Por tanto, se trata de un caso de **fiscalización horizontal o de amplio espectro**.

"Artículo 1° bis.- Ámbito de aplicación territorial. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán al tratamiento de datos personales que se realice bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el responsable o mandatario estén establecidos o constituidos en el territorio nacional.*
- b) Cuando el mandatario, con independencia de su lugar de establecimiento o constitución, realice las operaciones de tratamiento de datos personales a nombre de un responsable establecido o constituido en el territorio nacional.*
- c) Cuando el responsable o mandatario no se encuentren establecidos en el territorio nacional pero sus operaciones de tratamiento de datos personales estén destinadas a ofrecer bienes o servicios a titulares que se encuentren en Chile, independientemente de si a éstos se les requiere un pago, o a monitorear el comportamiento de titulares que se encuentran en el territorio nacional, incluyendo su análisis, rastreo, perfilamiento o predicción de comportamiento.*

La presente ley también se aplicará al tratamiento de datos personales que sea realizado por un responsable al que, sin estar establecido en el territorio nacional, le resulte aplicable la legislación nacional a causa de un contrato o del derecho internacional."

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

- Competencias de fiscalización se definen en relación al **objeto** de la Agencia y al **ámbito de aplicación** de la Ley. No se identifica, per se, con un sector de la economía en particular. Por ello, es una fiscalización transversal.

Artículo 30.- Agencia de Protección de Datos Personales. Créase la Agencia de Protección de Datos Personales, corporación autónoma de derecho público, de carácter técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

La Agencia tendrá por objeto velar por la efectiva protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales, de conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones.

El domicilio de la Agencia será fijado en el reglamento, sin perjuicio de los domicilios que pueda establecer en otros puntos del país.

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

- El centro de gravedad de su actividad fiscalizadora es la **fiscalización documental**. No se establece de manera explícita la fiscalización inspectiva o in situ. Lo fiscalizable es el tratamiento de datos, pero ese tratamiento de datos puede darse por personas (responsables) que no están asociadas a un lugar fijo, como es el caso de la fiscalización de industrias (por ej. fiscalización SEREMI Salud, DT, Sernageomin, SMA, otros).

Artículo 30 bis.- Funciones y atribuciones de la Agencia. La Agencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

*c) **Fiscalizar el cumplimiento** de las disposiciones de esta ley, sus reglamentos y las instrucciones y normas generales que se dicten respecto de los **tratamientos de datos personales**. Para ello, podrá requerir a quienes realicen tratamiento de datos personales la **entrega de cualquier documento, libro o antecedente y toda la información que fuere necesaria** para el cumplimiento de su función fiscalizadora.*

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

ELEMENTOS:

1. *Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley, sus reglamentos y las instrucciones y normas generales que se dicten (...).*
2. *(...) respecto de los **tratamientos de datos personales**.*
3. *Para ello, podrá requerir a quienes realicen tratamiento de datos personales la **entrega de cualquier documento, libro o antecedente***
4. *(...) y toda la información que fuere necesaria para el cumplimiento de su función fiscalizadora.*

Agencia va a fiscalizar y sancionar. Por ello, potestad de fiscalización debe desarrollarse bajo estándares de legalidad (con colaboración reglamentaria o infra-reglamentaria, si es el caso), puesto que en el procedimiento sancionatorio, la Agencia tiene las “más amplias facultades” para investigar infracciones y, en su caso, aplicar sanciones.

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

- Fiscalización asociada a procesos, operaciones, o mecanismos.

*Artículo 29.- Fiscalización. La Agencia fiscalizará las **operaciones de transferencia internacional de datos**, pudiendo formular recomendaciones, adoptar medidas conservativas y en casos calificados, suspender temporalmente el envío de los datos."*

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

- No existe una regulación específica para el caso de personal fiscalizador de la Agencia, como regulación de calidad de ministro de fe, especial estatuto funcionarial, deberes de los funcionarios inspectores, entre otros.

Artículo 32.- Personal de la Agencia y fiscalización. Las personas que presten servicios a la Agencia se regirán por el Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, serán aplicables a este personal las normas de probidad establecidas en la ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses y en el Título III del decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga.

(...)

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

Art. 30 nonies.

Al presidente del Consejo Directivo de la Agencia le corresponderán especialmente las siguientes funciones y atribuciones:

f) Contratar al personal de la Agencia y poner término a sus servicios, de conformidad a la ley.

3. Competencias fiscalizadoras de la Agencia

- Se trata de una agencia que, si bien fiscaliza, lo hace bajo una “cultura del cumplimiento”. Este es un enfoque preventivo que ha ganado terreno dentro del sector público.
- Es importante separar las funciones de **fiscalización**, de las funciones de **sanción** y de las funciones de **asistencia en el cumplimiento**. Cada una de ellas implica “roles” distintos.
- Se requiere claridad respecto de qué se entiende por “**proceso de fiscalización**”: a) un procedimiento de fiscalización a una entidad responsable determinada; b) un plan de fiscalización a diversas entidades de un mismo tipo.

b) La Agencia podrá iniciar un procedimiento sancionatorio, de oficio o a petición de parte, como resultado de un proceso de fiscalización o a consecuencia de una reclamación presentada por un titular de datos, en virtud del procedimiento establecido en los artículos 23 y 41 de esta ley. En este último caso, se deberá certificar la recepción del reclamo. Junto con la apertura del expediente, la Agencia deberá designar un funcionario responsable de la instrucción del procedimiento.

● Análisis comparativo

Otras agencias con competencias fiscalizadoras transversales, sobre intangibles, de amplio alcance, y donde la autoridad también sanciona: CMF (Ley 21.000).

Art. 1

“Corresponderá a la Comisión, en el ejercicio de sus potestades, velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas, depositantes y asegurados, así como el resguardo del interés público.

*Asimismo, le corresponderá velar porque las personas o entidades fiscalizadas **cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan**, desde que inicien su organización o su actividad, según corresponda, hasta el término de su liquidación; pudiendo ejercer **la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones**”.*

● Análisis comparativo

Artículo 5.- La Comisión está investida de las siguientes atribuciones generales, las que deberán ser ejercidas conforme a las reglas y al quórum de aprobación que determine esta ley:

*7. Inspeccionar, por medio de sus **empleados o de empresas de auditoría externa**, a las personas o entidades fiscalizadas.*

*En las inspecciones que la Comisión realice en el marco de la fiscalización, podrá **integrar su propio personal con el de la empresa fiscalizada**.*

- Potestades inspectivas expresamente conferidas por el legislador en el marco de fiscalización de la CMF.
- Otras potestades fiscalizadoras: requerir información para que esté disponible al público, citar a declarar a personas sobre aspectos bajo ámbito de fiscalización (art. 5 Nos. 8 y 9).
- Hay unidad de investigación que instruye procedimiento sancionatorio.

4. Reflexiones finales

1. Las potestades de inspección son específicas. Deben estar referidas de manera expresa por el legislador, porque pueden ser intrusivas del espacio privado.
2. Las potestades de fiscalización son generales, pero en general el legislador establece mecanismos para operativizarlas: fiscalización documental, inspecciones, requerimientos de información, citaciones a declarar ante la autoridad.
3. La Agencia tiene potestad de fiscalización otorgada por ley, siendo la fiscalización documental o requerimiento de información documental su expresión más clara.
4. Para mayor certeza hacia las entidades reguladas, es deseable contar con documentos infralegales que establezcan “planes” o “políticas” de fiscalización, para dotar de cierta predictibilidad al modelo fiscalizadorio.
5. Un adecuada planificación de la fiscalización puede incidir en una mejor promoción de cultura del cumplimiento.