



**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO**

LA CADUCIDAD DE LOS DATOS HISTORICOS BANCARIOS Y FINANCIEROS

ANALISIS DOGMATICO

*Memoria de Prueba para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Austral de Chile*

PROFESOR PATROCINANTE: Juan Andrés Varas Braun

MEMORISTA: Rafael Asenjo Pérez

Valdivia – Mayo 2005

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

LA CADUCIDAD DE LOS DATOS HISTÓRICOS BANCARIOS Y FINANCIEROS: ANÁLISIS DOGMÁTICO RAFAEL ASENJO PÉREZ

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza el trabajo del Sr. Asenjo está bien concebido: Engloba de modo satisfactorio el tema en que se inscribe el problema que pretende encarar y es suficientemente descriptivo y sintético. En efecto, él se pregunta esencialmente por el régimen al que queda sometido el tratamiento de los datos bancarios y financieros, en lo que se refiere, específicamente, al “historial” del deudor, esto es, a los datos que han perdido su actualidad en cuanto no dan cuenta de deudas exigibles, sino de la trayectoria como deudor de un sujeto privado. La pregunta tiene mucho sentido frente a la grave dicotomía que se observa entre la teoría y la práctica bancaria, y que configura una denominada “zona gris”: Donde la primera afirma, con base en la ley específica, la imposibilidad de seguir comunicando los datos históricos después de ciertos eventos o plazos, la segunda ha venido haciendo subsistir esa información, impidiendo a los afectados el acceso a variadas operaciones comerciales, con fundamento en la Ley de Bancos.

Con el propósito de explorar la resolución de su problema el tesista discurre por el siguiente camino. Luego de una introducción, destina un primer y segundo capítulo a realizar una síntesis acerca del concepto de datos y bases de datos, así como a su regulación legal básica, tanto desde la perspectiva legal cuanto constitucional, con el propósito de servir de necesario prólogo a la cuestión específica que lo ocupa. Luego, explora en detalle el contenido normativo de la Ley especial dictada para con el objeto de resolver el problema –la Ley 19.628, en sí en sus relaciones con otras normas, para abocarse luego, en los capítulos 4 y 5, a la descripción detallada y a la resolución hermenéutica del problema de la “zona gris”.

En ellos, el Sr. Asenjo expone su tesis, postulando la primacía de la Ley 19.628 sobre la normativa bancaria, y fundado esa afirmación con referencias a la doctrina y al Derecho comparados, la historia fidedigna de la ley y criterios de jerarquía y validez normativa, destinando luego un apartado final para la recapitulación conclusiva.

En cuanto al fondo, es preciso hacer notar que el tema abordado por el memorista es de una muy razonable amplitud, y se estructura al modo de una genuina tesis, formulando hipótesis frente a un problema relevante (tanto teórica como prácticamente), y que ha sido hasta aquí insuficientemente planteado en la dogmática nacional. La extensión del tratamiento de las diversas materias que aborda es la justa, y la profundidad con que se tocan la adecuada; así como resulta apropiada la recopilación eurística.

Por otra parte, cabe indicar que el rigor con el que se ha emprendido el trabajo analítico es suficiente, utilizado la escasa bibliografía nacional disponible, y complementándola con alguna (necesariamente parcial) extranjera, por lo que la revisión

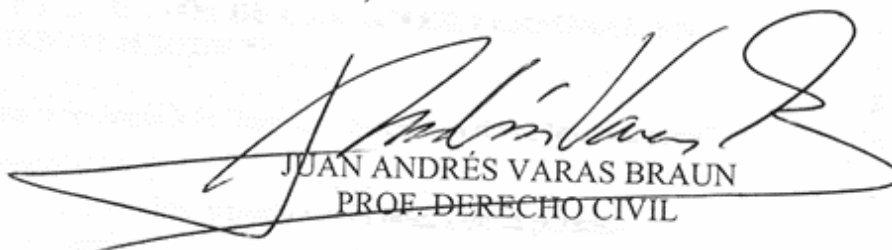
Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

bibliográfica puede considerarse como suficiente a los propósitos del trabajo. En cuanto a la forma, hay que hacer presente que el tesista tiene –las más de las veces- una redacción razonable, que permite la adecuada comprensión de las tesis que sustenta. Al mismo tiempo, el vocabulario técnico se halla correctamente empleado.

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema jurídico interesante, de trascendencia teórica y práctica, inteligentemente planteada, acotada, bien desarrollada y argumentada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de don Rafael Asenjo Pérez, con nota 6,5 (seis coma cinco).



JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

INDICE

Materia:	Nº
Introducción	2
1. LAS BASES DE DATOS	
1.1- Concepto.....	5
1.2.- El Dato.....	5
1.3.- La Información	6
2. LA REGULACION DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO	8
2.1.- Generalidades. una referencia a la llamada “Sociedad de la Información”	8
2.2- Perspectiva Constitucional	9
a) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona.....	10
b) La Libertad de Información.....	12
c) Conflicto entre estos derechos	15
3. LA LEY Nº 19.628 Y LA INFORMACION FINANCIERA, BANCARIA Y COMERCIAL	18
3.1- Antecedentes Legislativos.....	18
3.2- Breve descripción de la Ley Nº 19.628.....	19
3.3- El Título III de la ley Nº 19.628 y la ley Nº 19.812	24
3.4- El Decreto Supremo Nº 950 del Ministerio de Hacienda de 1928.....	28
3.5- El inciso tercero del artículo 14 de la L.G.B	32
3.6- Capítulo 18-5 de la R.A.N. sobre información de deudores de las instituciones financieras	33
4. EL PROBLEMA DE LA ZONA GRIS	35
4.1- Exposición	35
4.2- Importancia del problema y la necesidad de una solución	40
5. LA PRIMACIA DE LAS LEYES Nº 19.628 y 19.812 SOBRE LA NORMATIVA BANCARIA	45
5.1- El Derecho al Olvido.....	45
5.2 - La Historia Fidedigna.....	47
5.3- La Jerarquía de Normas	50
5.4- La Derogación	52
6. CONCLUSIONES	54
7. BIBLIOGRAFIA	57
8. ANEXO	62

Introducción

El 27 de Octubre de 1999 entró en vigencia la Ley N° 19.628 sobre “*protección de datos de carácter personal*”; mediante la cuál el legislador tuvo la expectativa de regular el “*tratamiento*” que los organismos públicos y privados efectúan sobre datos personales que se encuentran almacenados en sus registros automatizados o no¹.

Una materia que fue objeto de una gran discusión durante la creación de esta ley –tal como revisaremos en el capítulo tercero, fue el tratamiento de datos sobre las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Así, en su texto original, el artículo 18 estipulaba que no se podrá seguir comunicando los datos relativos en el sistema financiero o casas comerciales después de transcurridos tres años del pago o de su extinción por otro modo legal; y luego de siete años, cuando no ha operado el pago, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación. Decimos que tal norma “*estipulaba*” porque el 13 de Junio de 2002, mediante la promulgación de la Ley N° 19.812 -o mal denominada “Ley Dicom”²- se modificó este cuerpo legal, reduciendo los plazos precedentes a cero y cinco años respectivamente.

Sin embargo, las modificaciones más importantes son las que establecieron la prohibición de informar en determinados casos. Esta prohibición opera respecto de:

- Las obligaciones se hayan pagado antes del 13 de junio de 2002.
- Las obligaciones se hubieren extinguido por un modo legal, y también lo hace.
- Cuando el total de las obligaciones de una persona que fueren exigibles antes de 1° de mayo de 2002 y se encuentren impagas, sumen un capital inferior a 2 millones de pesos³.

Tal cambio legislativo tuvo en consideración las consecuencias de la larga crisis económica sufrida por numerosos chilenos, la que impactó principalmente en la mantención de puestos de trabajo y justamente, una medida para facilitar la reinserción laboral de las personas que se tuvo en vista fue limitar los efectos negativos que tienen los antecedentes de

¹ Esta ley tuvo en su origen (moción ante el Senado del 5 de Marzo de 1993) el propósito de otorgar la debida protección al derecho de la vida privada de las personas ante eventuales intromisiones ilegítimas, llenando así un vacío manifiesto en el ordenamiento jurídico, cual era la ausencia de un texto legal que desarrolle la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República: “*El respeto y protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia*”. En dicho proyecto se reconocía la existencia de numerosas disposiciones dispersas que abordan -hasta hoy- aspectos concretos de este derecho fundamental).

² *Dicom* es una de las varias empresas privadas que se dedica a la comercialización de informes comerciales (buró crediticio), pero en el consciente colectivo se ha ido posesionando para inducirnos al error no grave de asimilar el hecho de estar informado en otras bases de datos (p.g. el Boletín de Informes Comerciales de la Cámara de Comercio o la nómina de deudores de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras).

³ Véase el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.812.

incumplimientos comerciales, pese a que las personas hayan pagado sus deudas o éstas se hayan extinguido por otras causas legales⁴.

Sin perjuicio de este anuncio tan esperado por muchos, subsisten hasta hoy ciertas situaciones fácticas que transforman en ilusorio el fin perseguido por la modificación a la Ley N° 19.628, lo que se conoce periodísticamente como la “zona gris” de la “Ley Dicom”. De esta manera, autoridades y ciudadanos⁵ han denunciado públicamente, entre varias anormalidades, el incumplimiento generalizado de la banca en relación con la normativa vigente al hacer subsistir los llamados “registros históricos” de datos negativos⁶ correspondientes a deudas vigentes, vencidas y castigadas⁷ impidiendo a esos titulares acceder a nuevos créditos y a otras operaciones comerciales.

Ahora bien, la explicación dada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (S.B.I.F) ante la inobservancia de la ley, consiste en que la Ley General de Bancos (en adelante L.G.B) permite a la industria financiera intercambiar información a través de datos consolidados y no prohíbe su almacenamiento. En otras palabras, para la autoridad bancaria, la L.G.B. al ser una norma de carácter especial –que obliga sólo a sus entes fiscalizados- prima por sobre la Ley N° 19.628.

Evidenciado el problema, creemos necesario realizar primeramente una breve exposición respecto al concepto y naturaleza de las “bases de datos”, para después observar la forma como nuestro ordenamiento jurídico ha regulado los datos de carácter personal, tanto desde una perspectiva constitucional como legal. Adelantamos desde ya que nos encontraremos frente a un

⁴ En la Moción N° 2375-05 del 6 de Julio año 2001 –presentada por los H. Diputados Eugenio Tuma y Sergio Elgueta, entre otros- se consignó que “(...)la cesantía, que se acerca peligrosamente a los dos dígitos a nivel nacional, ha motivado una serie de acciones gubernativas y también legislativas para ir en apoyo de las familias que han perdido sus fuentes únicas de ingresos. Estas acciones van desde el desarrollo de planes de absorción de mano obra, pagados con recursos fiscales, hasta la creación de instrumentos especiales de fomento para las actividades productivas o medidas para aliviar la situación sobre todo de las pequeñas y medianas empresas, en donde la crisis de la economía se expresa con mayor crudeza, como ha sido la aprobación de normas legales especiales para repactar deudas tributarias y previsionales (...)”.

⁵ Sobre el tema véase declaración del Presidente de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, Eduardo Saffirio, quien dijo “(...) miles de personas siguen sin poder acceder a créditos, incluso en el Banco del Estado, porque sus nombres continúan figurando en DICOM, lo que estaría vulnerando la ley que dictó el Parlamento. El diputado llamó a terminar con lo que denominó el “DICOM histórico”(...)”. Publicado en “Datos Sur”, Edición N° 246 de 2004, Julio 2004, y “DiarioPyme”, Edición N° 17, del 23 de Mayo de 2004, entre otros periódicos. En tanto, respecto a denuncias ciudadanas está el portal “www.meenoje.com”

⁶ Una distinción a priori es tener en cuenta que los datos nominativos-patrimoniales de una persona pueden ser “positivos”, cuando se refieren a monto del patrimonio, impuestos pagados, participaciones societarias, monto de acciones, etcétera, o “negativos”, lo que alude a datos sobre insolvencia e incumplimientos de obligaciones dinerarias (tales como morosidad o protestos comerciales). En la mayoría de los países estas bases de datos tratan ambos tipos de informaciones. La excepción es Chile, en donde la ley únicamente permite el tratamiento de información crediticia negativa (vease el artículo 18 de Ley N° 19.628).

⁷ En el Manual Sistema de Información de la S.B.I.F. se define a la “Deuda” como “el conjunto de obligaciones efectivas y contingentes de un deudor con la institución financiera, a la fecha de la información, y estará constituida por el saldo de capital adeudado más los reajustes e intereses devengados hasta esa fecha, en conformidad a las normas de esta Superintendencia...” En tanto, los créditos impagos hasta 89 días son considerados como “Deuda Vigente”, y los que han completado 90 ó más días impagos constituyen “Deuda Vencida”. Finalmente son “Deudas Castigadas” los créditos contabilizados como incobrables por el Banco, en atención al incumplimiento del cliente.

conflicto jurídico de garantías constitucionales, por lo que trataremos de resolver mediante diferentes criterios la colisión que se produce entre el derecho a la vida privada y la honra de los titulares de datos personales y el derecho a informar y de ser informado que tienen los bancos e instituciones financieras.

Luego del marco general jurídico, analizaremos nuestra principal fuente, cual es, la Ley N° 19.628. En este acápite comentaremos las disposiciones generales, así como también los llamados “Derecho de Acceso”, “Derecho de Rectificación”, “Derecho de Cancelación” entre otros. Un especial énfasis se realizará en el Título Tercero de esta ley, denominado “*De la utilización de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial*” (artículos 17 a 19) y la normativa bancaria en pugna, en especial el inciso tercero del artículo 14 de la L.G.B., precepto donde emana la obligación de la SBIF⁸ de mantener una información permanente y refundida sobre todos los deudores de los bancos y sociedades financieras para el uso de las instituciones sometidas a su fiscalización.

Delimitado el objeto de nuestro estudio, describiremos la importancia práctica de dar solución a este conflicto normativo y así, por vía de la hermenéutica; trataremos de salvar la llamada “zona gris” teniendo como ambicioso objetivo el de persuadir a la comunidad jurídica y bancaria que la Ley N° 19.628 somete bajo su imperio a los bancos e instituciones financieras existentes en nuestro país.

⁸ Es necesario hacer presente que esta entidad fiscalizadora tiene, por la vía administrativa, la facultad de regular la actividad bancaria, lo que da origen a la RAN (Recopilación Actualizada de Normas). Sobre el particular, basta mencionar los Capítulos 18-5 y 20-6 y de la Circular N° 2182-2002. Esta última normativa es la que niega tajantemente la aplicación del texto de la Ley N° 19.628 a las instituciones bancarias y financieras.

1. LAS BASES DE DATOS

A partir de la escritura, el ser humano preservó el recuerdo de los hechos con mayor seguridad. Así, aquello que antes se almacenaba en la memoria y se transmitía oralmente, pudo permanecer certeramente y con facilidad gracias a papiros y otros grabados. El registro tuvo utilidades incontables y se expandió tanto a lo entrañable del espíritu como a lo puramente material y patrimonial. Por lo tanto, siempre se recopiló información personal, pero lo que se hace hoy, mediante la ayuda de la informática, no es sólo almacenarla sino relacionarla con otros bancos de datos, logrando crear así perfiles de individuos para conocer sus hábitos, costumbres de consumo y en general sus inclinaciones personales⁹.

1.1 CONCEPTO

La Ley N° 19.628 denomina a las bases de datos como “Registro o Banco de Datos”¹⁰, definiéndolo como “*el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tratamiento de datos*” (artículo 2 letra m).

1.2. EL DATO

Ante las distintas acepciones del concepto, nos parece más acertado considerar un concepto único que se maneje también dentro del lenguaje común, pero sin posibilidades de equívoco. Así, al hablar de “datos”, nos estamos refiriendo al “*antecedente o noticia cierta que sirve de punto de partida para la investigación de la verdad y que se encuentra en un documento o soporte con la calidad de testimonio y sin haber sido sometidas a ningún tipo de tratamiento ni adecuación*”¹¹. Ahora bien, cuando el dato es sometido a un tratamiento para un fin, se convierte en información.

El Dato para existir útilmente, debe contener una referencia a un sujeto (cosa o persona), de manera tal que nos permita conocer a ese algo o alguien. Para nuestro estudio (sobre información financiera, bancaria y comercial), tal imputabilidad va a estar dada por la

⁹ Cfr. HAJNA RIFO E., LAGREZE BYRT F. Y MUÑOZ NAVARRO P., “Derecho e Informática”. Ediciones Instituto Profesional de Santiago, Santiago de Chile 1989. p.59. al decir que los bancos de datos nacen, se forman y organizan de un modo consciente y voluntario. Expresan además que todo organizador de algún banco de datos ha tenido en vista alguno de los dos objetos extremos siguientes: “*satisfacer sus propias necesidades de información, o brindar servicios a terceros; entre ambos extremos se encuentra una variada gama de alternativas que son combinaciones de ellas (...)*”.

¹⁰ Similar definición en la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales de Argentina las designa como “*el conjunto de datos personales, sean objeto de tratamiento o procesamiento electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento o acceso*”.

¹¹ VILLAGRÁN, FABIANA FERNANDA, “Argentina: Bases de Datos y Habeas Data” <http://www.alfaredi.org/revista/data/50-12.asp>

investigación a través del nombre, número de documento, domicilio, etc; en fin toda referencia que nos permita individualizar a las personas frente a sus obligaciones dinerarias.

1.3. LA INFORMACION

Como una cuestión preliminar, BEKERMAN¹² realiza una distinción al decir que en un sistema informático se cargan datos y no información. Es así que el dato es el impulso electrónico que se graba y se recupera, en forma directa o indirecta, de una base magnética. Mientras que el conjunto de los datos cargados en un banco de datos se denomina información.

Debemos entender lo anterior de la siguiente forma; cuando los datos son organizados (de acuerdo a una forma lógica y consecuente) y procesados de manera significativa que facilite su interpretación y la toma de decisiones, ellos adquieren la cualidad de convertirse en algo útil y pasan a denominarse “información”. En virtud de lo anterior, se puede sostener que información *“son todos aquellos datos que contribuyen a reducir incertidumbre o riesgo de un evento, o bien, faciliten la comunicación o adquisición de conocimientos que permitan ampliar o precisar los que posean respecto de una materia determinada”*¹³.

Ahora bien, los datos contenidos y organizados en las bases computacionales deberían ser catalogados como “bienes” en cuanto son apropiables y útiles al hombre, y constituyen el objeto de los derechos. Otra situación será considerar si caen dentro de la esfera de los bienes corporales o incorporeales¹⁴.

Aun cuando los datos personales procesados en bases computacionales no gozan de materialidad, carecen de una tangibilidad física, es patente que no podremos catalogarlos como incorporeales porque no tienen necesariamente la naturaleza de créditos.

¹² BEKERMAN, JORGE, “Bases de datos y bancos de Datos, Producto o servicio (consideraciones sobre la responsabilidad)”, Revista La Ley, 1990, Tomo C, Secc. Doctrina, pág. 943., *cit.* por LIVELLARA, SILVINA, “Habeas Data e Información Crediticia, la eventual responsabilidad civil de las entidades financieras y del Banco Central de la República Argentina por cesión y publicidad de datos inexactos”, Alfa- Redi Revista de Derecho Informático, N° 118, Julio 2003.

¹³ OSSA ROJAS, CLAUDIO, “Chile: La protección jurídica de las Bases de Datos” Revista Alfa Redi, N° 114 –Marzo 2003, p. 12 expresa: *“Si realizamos un breve análisis de la definición anteriormente mencionada, se puede desprender de ella que: -el valor de la información estará directamente relacionado con el valor de la decisión en que participa o el del riesgo que disminuye, y su costo estará asociado al trabajo que implique recolectar, seleccionar y procesar los datos que conforman la materia prima para producirla. En tal sentido, la información aparece por regla general como algo “temporal”, ya que si la decisión fue tomada o el riesgo disminuido, la información pasa a convertirse en un simple dato. Es decir, la oportunidad de la información será condición de posibilidad de su existencia. - existirá un tipo de información que es atemporal, o dicho de otro modo, que no perece con el transcurso del tiempo. Este tipo de información es la que constituye el conocimiento o inteligencia acumulada.”*, es la información que hace al hombre a diferencia de un animal un ser histórico(...).”

¹⁴ El artículo 565 del Código Civil dispone que los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Las cosas corporales *“...son las que tiene un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”*. En tanto las cosas incorporeales son *“..las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”*

En palabras de HAJNA RIFO, LAGREZE BYRT Y MUÑOZ NAVARRO¹⁵, esta situación obligó a dar una ubicación a bienes identificables de un inmenso valor (como los datos personales de contenido económico) respecto de los cuales aceptando que, aun cuando no tuvieran tangibilidad absoluta, corpórea y manual, serían considerados como cosas corporales en cuanto son dominables y utilizables en las necesidades humanas, y, por tal concepto, son clasificadas como cosas muebles. Establecida de este modo su naturaleza, y considerando entre tales bienes los datos y a la información contenida en los bancos de datos, podemos concluir su potencialidad de ser objeto de actos jurídicos concretos.

¹⁵ HAJNA RIFO E., Y OTROS, *op. cit.* p 60. “Estamos entonces ante bienes que se conforman, asignan y valorizan, fundamentalmente, por la forma de compilación, por los mecanismos y capacidades de relacionarse con otros, y por su cantidad, calidad y la oportunidad de ser entregados a quien los necesite....Concluyendo a priori que estamos ante un bien de naturaleza corporal, que adquiere una materialidad efímera mientras la consulta sea por pantalla, o una materialidad documental cuando se traspasa a un soporte de papel, podemos asegurar que el destinatario de este bien recibirá la información deseada, en cuanto su organizador haya dispuesto los correspondientes mecanismos de control de calidad, tanto de la entrada de datos, como de la idoneidad de los procedimientos de búsqueda y recuperación. Si el organizador estima que todo ello es posible, estará en condiciones de ofrecerlo a terceros. Hay, entonces, una decisión unilateral, de parte del organizador del banco de datos, de considerar que sus datos constituyen un producto que puede ser ofrecido al mercado de potenciales usuarios”

2.- LA REGULACION DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

2.1. GENERALIDADES. UNA REFERENCIA A LA LLAMADA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”

El concepto de "sociedad de la información"¹⁶ hace referencia a un paradigma que está produciendo profundos cambios en nuestro mundo al comienzo de este nuevo milenio. Esta transformación está impulsada principalmente por los nuevos medios disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales¹⁷. De hecho, la adopción de este modelo basado en la tecnología está íntimamente relacionado con el grado de desarrollo de la sociedad. Sin embargo, la tecnología no es sólo un fruto del desarrollo (por ser consecuencia de éste), sino también, y en gran medida, uno de sus motores (por ser una herramienta de desarrollo).

Es aceptado normalmente bajo el paradigma de la neutralidad científica, tecnológica e informativa que la moderna tecnología de la información podría hacer posible coadyuvar en un desarrollo más completo de la persona y alcanzar algunas metas de la democracia, como la posibilidad de que cada ciudadano se interese por los asuntos públicos y pueda intervenir directamente en las decisiones que puedan afectar sus derechos.

Por otro lado, y en contrapartida, el surgimiento de las nuevas tecnologías introduce altos riesgos sociales y conflicto de intereses, dando lugar a la acumulación de poder a través de la información, como bien describe PEREZ LUÑO¹⁸: *“En las sociedades informatizadas del presente, el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de información que*

¹⁶ Una aproximación descriptiva de PORRAS MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, “De Internet, la Sociedad Red y la Política. La Emergencia de la Gobernabilidad Digital” Revista “Polis” OnLine de la Universidad Bolivariana Volumen 1 Número 4 – 2003, p.2. (<http://www.revistapolis.cl/4/porr.htm>) *“La Sociedad Red viene definida por su contraposición a la Sociedad Industrial. Si esta última basa la coordinación básica entre sus diferentes procesos y actores que la integran a partir de los principios de integración jerárquica y centralizada de sus componentes, la división mecanicista basada en la especialización funcional o la supeditación a las reglas, en la Sociedad Red se enfatiza la horizontalidad, la descentralización y autonomía de las partes, su versatilidad funcional y la ausencia de normas formales que restrinjan el funcionamiento de las organizaciones. Por otro lado, mientras que los valores centrales que inspira la Sociedad Industrial son, principalmente, la inhibición de la innovación y de la asunción de riesgos y la consideración del sostenimiento de las organizaciones como un fin en sí mismo, en la Sociedad Red son la percepción de interdependencia entre las partes, la libre asociación, así como la adaptabilidad al cambio. Lo que a su vez se traduce en la necesidad de desarrollar la habilidad de conseguir consensuar acciones en un escenario de múltiples actores en el que ninguno puede forzar a los otros a cooperar(...)”*

¹⁷ A través de la ciencia actual los fenómenos naturales son traducidos en información inteligible y procesable. Podemos enumerar, de entre muchos, los siguientes ejemplos sobre la traducción de nuestros actos a información: el registro de nuestros llamados telefónicos; cuando adquirimos un bien e ingresan nuestros datos en una computadora (aunque sólo sea para formalizar una factura); las operaciones con tarjetas de crédito o cajeros automáticos; operaciones con bancos a través de una cuenta corriente o caja de ahorro; al navegar por internet; al utilizar los servicios de nuestra obra social; al realizar operaciones de seguro; cuando compramos pasajes de larga distancia; etc..

¹⁸ PEREZ LUÑO, ANTONIO, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en “Cuadernos y Debates”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, número 21. p. 138

permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos, casi sin necesidad de recurrir a medios coactivos. Por ello, la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información”.

Al poder tornarse peligrosa la tecnología de la información, por encontrarse en el lado opuesto de la intimidad de la persona, y que por encima de los usos positivos que se le puedan extraer ya representa una amenaza, no se debe escatimar en esfuerzos para proteger a las personas del manejo de sus datos, entendiendo así que no es un problema individual o sectorial, sino social¹⁹, y que las soluciones deben pasar desde la educación y la prevención hasta el castigo.

2.2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A diferencia de algunos países latinoamericanos²⁰, en nuestra Carta Fundamental de 1980 –en adelante C.P.R. 1980- no existe referencia específica al tratamiento de datos o información de las personas. Tampoco existe consagración constitucional de los llamados Derechos de Acceso y Rectificación²¹ -materia que trataremos al analizar el texto de la Ley N° 19.628-. No obstante la omisión, debemos hacer presente que en Chile existe un reconocimiento constitucional de dos intereses que entran en conflicto al referirnos a la protección de datos personales, a saber:

- a) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona (artículo 19 N° 4 de la C.P.R. 1980).

- b) La libertad de información (artículo 19 N° 12 de la C.P.R.)

¹⁹ Para PÉREZ LUÑO, la protección de los datos personales constituye un importante criterio de legitimación política de los sistemas democráticos, tecnológicamente desarrollados. Se trata de una garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales (*cit.* por VILLAGRÁN, FABIANA FERNANDA, “Argentina: Bases de Datos y Habeas Data” <http://www.alfa-redi.org/revista/data/50-12.asp>)

²⁰ Véanse la Constitución de Colombia en su art. 15 y la Constitución Peruana en su art. 2 inciso sexto.

²¹ El inciso primero del artículo 43 de la Constitución Argentina estipula: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.” El inciso segundo del artículo 15 de la Constitución Colombiana expresa: “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. Finalmente el artículo 2 N° 6 de la Constitución Peruana. “Toda persona tiene derecho a: A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”

a) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona.

En la historia constitucional de Chile, no ha sido la C.P.R. 1980 la que por primera vez consagra este derecho. En efecto, ya en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 esta protección se estableció junto a la “*inviolabilidad del hogar, las comunicaciones y los documentos privados*”²² en una sola disposición. Actualmente, el texto vigente de este derecho reza así: “*La Constitución asegura a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia*”.

Desde ya, digamos que la C.P.R. de 1980 no ha delimitado los conceptos de “Vida Privada”, “Vida Pública” y “Honra”. Tal tarea fue delegada implícitamente por el Constituyente²³ a los tribunales de justicia. Así, recién con la vigencia de la C.P.R. de 1980, se inaugura una vía que tendría una gran aplicación posterior, la de recurrir de protección por violación de la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 frente a las irregularidades suscitadas con el funcionamiento del Boletín Comercial y las bases de datos relacionadas con él (e.g DICOM).

El primer caso se refiere a la negativa del registro comercial a aclarar un alcance de nombres que afectaba al recurrente. La Corte Suprema estimó agraviado el derecho a la honra y a la vida privada²⁴. Son muchos los casos posteriores que se fundan en estas mismas razones²⁵. En la mayoría de las oportunidades la corte resuelve sin distinguir si se trata de la afectación del derecho a la honra, de la privacidad o de ambas²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una norma jurídica que nos otorga una aproximación descriptiva pero deficiente sobre lo que debe entenderse por “*esfera privada*” y que corresponde al inciso final del artículo 30 de la Ley N° 19.733²⁷ -: “*Se considerarán, en todo caso*

²² Art. 1° N° 10: “*Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:.. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinadas por la ley*”

²³ En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución –en adelante CENC-, el comisionado JAIME GUZMÁN expresó al respecto: “... va a ser la jurisprudencia la que en definitiva irá calibrando o precisando a quién y hasta dónde alcanza este derecho a la privacidad. Al decir que esta materia no solamente tiene importancia desde el punto de vista de los medios de comunicación, quiere hacer referencia también al hecho de que a él le ha impactado muchas veces el que en reparticiones o instituciones, ya sean del sector público o privado, se suela exigir, por parte de la autoridad, datos o antecedentes o practicar investigaciones que violan la privacidad de las personas ...” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 129°, celebrada el 12 de junio de 1975, pp. 6-9)

²⁴ Corte Suprema, 11 de Noviembre de 1981, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 78, Secc. 5°, p.296.

²⁵ Véase, RODRÍGUEZ PINTO, MARIA SARA “Protección de la vida privada. Límites jurisprudenciales”, Revista Chilena de Derecho, Vol26 (1999), pp 721-726.

²⁶ En cambio, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt –confirmado por la Corte Suprema- en el que se reclama porque Dicom había aceptado para poner en un registro de morosidad una simple fotocopia de una letra de cambio supuestamente aceptada por la recurrente, se sostiene que no se agrede solamente a la honra sino a la vida privada (C. de Puerto Montt, 18 de Marzo de 1997; C. Suprema 16 de Julio de 1997, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 94, Sección. 5°, p.193).

²⁷ Ley que regula las Libertades de Opinión e Información y Ejercicios del Periodismo .

pertenecientes a la esfera privada los hechos relativos a la vida privada, conyugal o doméstica de una persona, salvo que ellos fueran constitutivos de delito". Resulta criticable porque el legislador sólo asimila el concepto "vida privada" con la "vida conyugal" o la "vida doméstica". Entonces, a partir de esta observación, resulta factible cuestionarnos si dentro del concepto de "Vida Privada" podemos incluir el comportamiento de una persona frente a sus obligaciones patrimoniales.

Cuestión donde existe mayor claridad conceptual es la "honra", la que no es posible atribuir exclusivamente al mundo de lo público o de lo privado de cada persona. Así, utilizando palabras de EVANS DE LA CUADRA, *"La honra es el conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de los demás. Es un concepto vinculado estrechamente al buen nombre, a la buena fama, al bien moral. La honra se adquiere, se conserva y se enaltece cuando se vive con honor que es la conciencia de que es preciso estar cumpliendo siempre estrictamente, con las obligaciones personales, familiares y sociales... El Constituyente quiso cautelar la privacidad y el buen nombre de las personas, estimando que se trata de valores íntimamente vinculados a la personalidad humana, que deben ser protegidos como bienes jurídicos específicos."*²⁸

El derecho al honor de una persona se refiere al derecho a no ser ofendido en su fama, es decir, en este caso, para que exista atentado se requiere que la persona sea infamada, en cambio un atentado al derecho a la vida privada no supone ofensa a la fama, sino infracción al control que corresponde a todo individuo sobre los datos referentes a su persona. En cambio, respecto de la protección a la honra se requerirá que los datos sean falsos o se refieran a ciertas materias que por su solo conocimiento por terceros puedan causar el descrédito de la persona afectada. Los antecedentes comerciales, en ciertos casos, pueden afectar el buen nombre del titular. Una de esas materias a la que hacemos mención, corresponde al principio de la proporcionalidad y de calidad de datos, y se trata de que los datos deben ser exactos y actualizados, deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al objetivo para el que se transmitan. Por tanto, fácil es concluir que pasado cierto tiempo, estos datos perderán vigencia o adecuación, y que los datos muy antiguos pueden no reflejar la finalidad de la recolección²⁹.

Como antes se dijo, este derecho está estrechamente vinculado con la protección de datos personales; esto es así porque la información comercial que circula con cierta publicidad podría llegar a afectar la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la C.P.R. de 1980. Así, una información económica falsa, errónea o caduca podría ser usada tendenciosamente, podría

²⁸ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE., "Los Derechos Constitucionales". Editorial Jurídica de Chile., Santiago Chile Tomo I, p. 174.

²⁹ QUIROZ CAMACHO, JENNY, "La protección de datos personales y el habeas data: elementos para iniciar una discusión en Costa Rica", Costa Rica, Noviembre de 2002, p.17.

ocasionar grave daño a la honra de la persona afectada, y por tanto estos casos no necesariamente debieran ser resueltos sobre la base de la privacidad. Desde luego, ser identificado ilegalmente como deudor moroso, puede constituir una forma de descrédito o mala fama no sólo en lo social sino particularmente en las esferas económicas y profesional.

Al respecto, ya en el siglo XIX don Andrés Bello –citado por la C.E.N.C. en su Informe del 16 de agosto de 1978- expresaba: “*¿Es acaso el buen nombre una propiedad menos sagrada que la de los bienes materiales? o ¿Son los golpes que asestan a la reputación los que producen heridas menos dolorosas?. Está pues obligado el legislador a prevenir esta especie de injurias con no menos cuidado que las otras, y tanto olvidaría su misión dejando expuestas la buena opinión y la respetabilidad de los ciudadanos a los ultrajes de la maledicencia, como dejando su vida y sus bienes a merced de los ladrones y asesinos*”³⁰

La discriminación realizada entre la vida privada y honra de las personas no tiene mayor trascendencia que al momento de recurrir de protección en resguardo de la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la C.P.R. de 1980. Como es lógico, para evitar resultados desfavorables, aconsejamos en este aspecto incluir ambos conceptos en la presentación ante el tribunal competente. De todas maneras, para fines prácticos en adelante, cuando nos refiramos al derecho a la vida privada, comprenderemos dentro de su acepción al concepto de honra ya estudiado.

b) La Libertad de Información

La historia de las libertades de opinión y de información en Chile se encuentra entrelazada con la historia del periodismo. Su formulación inicial fue principalmente la de “libertad de prensa”, la cual implicaba principalmente el concepto de la libertad de difundir opiniones, que era el propósito principal de los periódicos; más importante que el de informar.

Los textos constitucionales criollos desde muy temprano reflejaron la preocupación por la libertad de prensa, concepto que había sido extraído de los filósofos y teóricos del Derecho³¹. Lo importante es que la C.E.N.C. definió que se entendía por libertad de opinión y libertad de información: “*En primer término hemos considerado conveniente distinguir la libertad de opinión -entendida como la facultad que tiene toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree- de la libertad de información, que, como complemento de la primera, tiene por objeto hacer partícipes a los demás ese pensamiento y dar*

³⁰ EVANS DE LA CUADRA, *op. cit.* p. 175

³¹ Su primera manifestación normativa expresa fue en 1776, en el N° 12 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia. En tanto, en Chile, el 26 de Octubre de 1812 el Reglamento Constitucional fue el primero en consagrar este derecho, no obstante en Noviembre del mismo año se dicta un decreto que suprime la libertad de opinión. Finalmente, desde la vigencia de la Constitución Política de 1818 se reestableció este derecho.

*a conocer hechos del acontecer nacional o internacional (...) hemos estimado que en la garantía constitucional de que se trata hay dos bienes jurídicos en juego: uno de carácter personal o individual, que es el derecho a emitir opinión y de informar, y otro de carácter social, que es el derecho a recibir información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir, derecho este último que corresponde a la comunidad toda. Por esta razón, el anteproyecto, junto con consagrar la libertad de emitir opinión y la de informar, asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva, sobre el acontecer nacional e internacional. Esta garantía, a juicio de la Comisión, comprende el derecho a la importación y comercialización de libros, impresos y revistas, como asimismo la circulación, remisión y transmisión de escritos y noticias (...)*³²

Hasta acá no es posible inferir de manera alguna que el constituyente haya contemplado la comunicación de datos personales –ni mucho menos los de contenido económico, bancario, financiero o comercial–, como parte del Derecho de Información. Si bien existe una remisión del constituyente al legislador en cuanto a que el ejercicio de la libertad que reconoce el artículo 19 N° 12 de la C.P.R de 1980 se regirá por una ley de quórum calificado, que corresponde en la actualidad a la Ley N° 19.733³³, tampoco este texto legal contiene referencia expresa a los bancos de datos personales.

A partir de este razonamiento, podríamos concluir que ni el constituyente ni el legislador consideran como libertad de información la creación y tratamiento de bancos de datos personales³⁴. Tal aseveración constituiría una falacia en nuestra realidad jurídica en razón – primeramente- de las mismas excepciones a la libertad de informar que contiene nuestra C.P.R. de 1980, las que trascienden el umbral de la llamada ‘libertad de prensa’ y establecen, en cambio, reglas generales en materia de secreto o reserva para todas las personas, sean naturales o jurídicas –quedan vedados no sólo los medios de comunicación social–. Así, entre varios ejemplos podemos citar a la garantía de efectuar elecciones sin exponer públicamente su votación (artículo 15); obligación de mantener acuerdos como reservados si se determina por razones de Seguridad Nacional y Orden Público (artículo 96 letra b); a la protección de la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar y de sus comunicaciones privadas (artículo 19 N° 5).

³² C.E.N.C.: “Proposiciones e Ideas precisas” (16 de agosto de 1978) en VIII Revista Chilena de Derecho (1981), pp.201-202.

³³ Ley que regula las Libertades de Opinión e Información y Ejercicios del Periodismo

³⁴ Cfr. GUIBOURG RICARDO A, Y OTROS, “Manual de Informática Jurídica”, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina p.263. “Frente al derecho a la información genéricamente reconocido a los ciudadano usualmente invocado como fundamento de la libertad de prensa, se alza un derecho sobre la información, que compete a cada cual respecto de ciertos datos que se le reconocen como privados y que lo autoriza a restringir su conocimiento o su uso por terceros. La evolución de este derecho se ha visto bruscamente conmovida por la aparición de las computadoras. Ellas se utilizan en la preparación de las nóminas para el pago de sueldos y jornales, en las reservas de pasajes de tren o de avión, en el control bancario del estado de nuestras cuentas, en la vigilancia de los datos de interés fiscal, en el campo de la medicina y en muchas otras actividades, sin olvidar una de las más recientes, que es precisamente la jurídica”.

Así, la “*libertad de prensa*”, en sentido estricto, es aquella que se refiere a la divulgación de los hechos y opiniones a través de medios masivos (diarios, revistas, radio, televisión, publicidad), mientras que derecho a la información es un concepto nuevo y de mayor elaboración, el que abarca justamente a la libertad de prensa, e incluye como novedad el derecho a obtener y recabar información y divulgarla³⁵.

Con todo, si nuestro discurso se ha avocado a la dimensión individual de la libertad de información (el derecho que tienen los bancos e instituciones financieras de comunicar datos negativos patrimoniales de personas) no debemos perder de vista también la dimensión social de este derecho, que para el objeto de nuestro estudio corresponde al derecho a controlar los datos personales (también llamado por la doctrina comparada como “autodeterminación informativa”), el que tiene por objeto el poder acceder a los propios datos para tutelar cualquier derecho que pueda verse afectado por dicha información³⁶.

En conformidad con lo que hasta aquí se ha desarrollado, pasamos a enumerar los derechos que consideramos oponibles a la actividad informativa y a la formación de bases de datos que contengan información personal:

- El derecho a controlar los datos personales: (Correlativo a la dimensión social del derecho de información) Implicará la facultad de controlar la información personal en poder de terceros que represente un peligro actual o potencial (destinadas o no a darse a conocer al público) y solicitar su actualización, modificación o exclusión (según el caso concreto).
- Los derechos personalísimos a la vida privada y al honor: Determinan si la información utilizada es prohibida (datos sensibles por ser íntimos o lesivos del honor), caduca (por el transcurso del tiempo que las inutiliza para el fin buscado y merece ser olvidada) e inapropiada (al no ser medianamente idéntica al sujeto informado, tachándose de incompleta o de no ser suficientemente veraz).

³⁵ RUIZ MARTINEZ, ESTEBAN “Los Informes Comerciales y el derecho a la información”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires Argentina, Febrero de 2000, p. 21

³⁶ Cfr. RUIZ MARTÍNEZ, ESTEBAN “España: El derecho a controlar la información personal”, REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, Agosto 2002, N° 49

c) Conflicto entre estos derechos

Desde el punto de vista jurídico debemos comprender la necesaria armonización del derecho a la protección de datos personales, con el derecho a la información (entendiéndola desde su dimensión individual).

Al estar compuesta la información comercial por “hechos” económicos e identificatorios debe considerarse como un fenómeno objetivo, por cuanto se tiene en vista otorgar información objetiva, sin juicio de valor alguno, a efectos de garantizar su verdad y certeza. Así, los juicios valorativos no son admisibles en los informes comerciales, dado que introducen la posibilidad de error al momento de juzgar, y asimismo condicionan al receptor.

Desde el punto de vista psicológico y social, la incertidumbre es un disvalor que altera la conciencia del individuo y de la sociedad. En igual sentido esto sucede desde la visión económica, puesto que la falta de certeza altera la transparencia de los mercados, dificultando la libre circulación del crédito³⁷.

Hasta ahora hemos encontrado amenazas y apoyos, derechos y límites a esos derechos. El problema se origina cuando en un mismo caso, en una misma circunstancia, concurren los dos derechos. Para salvar una confrontación práctica, BARROSO ASENJO³⁸ utiliza algunos criterios de jerarquización jurídica :

- *Criterio de la primacía del bien común:*

Dice este autor que si identificamos al derecho de la información con el servicio a la comunidad o bien social y en tanto, al derecho a la privacidad como un bien personal o individual, la conclusión es obvia. Resaltaría la primacía del primero sobre el segundo.

- *Criterio de los derechos humanos:*

Otra circunstancia a valorar es la pertenencia o no a los derechos humanos. Ciertamente que tanto el artículo 19 N° 4 y 12 de la C.P.R. de 1980 pertenecen a esa clasificación. Este autor recuerda que para algunos juristas el orden del articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12 que corresponde al derecho a la vida privada y el artículo 19 que trata sobre el derecho de la información) es muy significativa y respondería a un orden cualitativo y de preferencia a favor del primero contra el

³⁷ RUIZ MARTINEZ, “Los Informes Comerciales...” *op. cit.*, p.22

³⁸ BARROSO ASENJO, PROFIRIO “Límites constitucionales al Derecho de la Información”, Editorial Mitre, Buenos Aires- Argentina, 1984, p. 66 -72.

segundo. Primacía, según esto, del derecho a la privacidad sobre el derecho a la información.

- *Criterio de los derechos absolutos y relativos:*

Ni el derecho a la vida privada ni la libertad de información tienen el carácter de derecho humano absoluto. Por no tener este carácter son iguales. Pero por ser derechos relativos son diferentes. Así, el primero tiene carácter individual, pues sólo interesa al individuo, mientras que el segundo es de interés general.

- *Criterio de individualidad y sociabilidad*

Criterio diferente sería la individualidad que otorga el derecho a la vida privada con respecto a la sociabilidad del derecho de la información. Este último sería un derecho social, que interesa a toda la comunidad. Visto como el derecho a la intimidad es más restringido y partiendo de que el bien común se debe anteponer al bien particular, es de ética que concluyamos esto según la tesis de Santo Tomás de Aquino.

No obstante el autor ya referido concluye en su texto la primacía que tiene el derecho de información por sobre el de vida privada, estos criterios nos servirán de todos modos como base al momento de llegar a una solución distinta para la llamada “zona gris” de la Ley N° 19.628.

3.- LA LEY N° 19.628 Y LA INFORMACION FINANCIERA, BANCARIA Y COMERCIAL

3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Nuestro legislador se ha caracterizado por ser uno de los precursores dentro de la región en cuanto a abordar diversas problemáticas que provocan las tecnologías de información en las últimas décadas. (Por citar algunos ejemplos: la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, Ley N° 19.223 sobre delitos informáticos y Ley N° 19.628 sobre protección de datos personales). Específicamente, en lo que se refiere a la protección de datos personales, sólo países como Canadá, los miembros de la Unión Europea, Argentina y Chile tienen una legislación general en la materia. En tanto, los Estados Unidos³⁹ y Perú no cuentan con una ley general de protección de datos, pero sí con una ley que regula a las empresas de recolección y tratamiento de datos.

Como primer acercamiento al tema en Chile, el año 1986 hubo un anteproyecto de ley para contemplar dentro del ordenamiento jurídico la *libertad informática*; sin embargo, aquel intento resultó frustrado, ya que no se tradujo en ley.

El 14 de Marzo de 1991, mediante una moción parlamentaria se presentó el primer proyecto de ley sobre la materia. Disponía la cancelación inmediata, de pleno derecho de las anotaciones existentes en las instituciones financieras, Boletín Comercial y la S.B.I.F., anteriores al 31 de Diciembre de 1986. Se establecía lo mismo para aquellas que cumplían cinco años desde su registro⁴⁰.

Sin embargo, esta audacia reguladora y protectora por parte de las autoridades nacionales no tuvo en su origen la idea de proteger a los datos personales. Fue así que el 5 de Enero de 1993 fue presentado ante el Senado el proyecto de ley sobre “Protección Civil de la Vida Privada” (adviértase que no se mencionaban los datos personales) cuyo propósito era dar una

³⁹ Estados Unidos cuenta adicionalmente con más de mil leyes federales y estatales que regulan la protección de datos de todo tipo de sectores

⁴⁰ Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 25, Miércoles 8 de Agosto de 2001 (Legislatura Ordinaria N° 344 -2001). Según los dichos del H. Diputado Sergio Ojeda: “La motivación de la iniciativa fue un ambiente de caos, de confusión, de problemas económicos, de interrupción de planes y de proyectos de la actividad económica. La necesidad imperiosa de regular y solucionar el entramamiento de la actividad comercial por las anotaciones en los boletines respectivos, derivada de la crisis económica producida entre 1978 y 1982, que se denominó “la gran depresión económica”, justificaban la eliminación de anotaciones respecto de miles de personas que habían incumplido sus obligaciones y figuraban en dichos registros. Además considerábamos que el advenimiento de la democracia requería condiciones para emprender y desarrollar una nueva forma de vida”.

adecuada protección al derecho de privacidad de las personas en el ámbito del derecho civil, ante eventuales intromisiones ilegítimas⁴¹.

De acuerdo a los estudios de HERRERA BRAVO⁴², esta iniciativa legislativa se basó en la Ley Orgánica N° 1, del 5 de Mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de España; la Ley N° 78-17 de 6 de Enero de 1978, sobre informática, ficheros y libertades de Francia; la ley del 12 de Junio de 1984, sobre protección de datos, de Gran Bretaña; la Ley N° 48, de 9 de junio de 1978, sobre Registro de datos personales, de Noruega, el artículo 1071 bis del Código Civil Argentino y el artículo 9 del Código Civil Francés, entre otros. Agrega este autor que el aporte estructural y dogmático que pudieron haber dado estas leyes de protección de datos no se vio reflejado en el texto propuesto.

Pero no fue hasta que en 1997 la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados modificó íntegramente el contenido de esta moción parlamentaria, pasando de esta manera de ser un proyecto de protección civil de la vida privada, a un desperfilado proyecto de protección de datos.

Siguiendo con la exposición de HERRERA BRAVO⁴³, las cuestiones generales que inspiraron tal modificación fueron:

1) La mayor libertad para procesar, almacenar y transmitir, mediante sistemas electrónicos, cualquier dato que no sea de carácter personal, pero para el caso en que sí lo sea se requerirá de una reglamentación, de una autorización expresa de la ley a un organismo público para recolectar datos nominativos dentro del ámbito de su competencia. En el caso de los privados, se requerirá una autorización expresa del afectado.

2) La eliminación del archivo "*histórico*" que acostumbran llevar los bancos y las instituciones financieras, con información crediticia de sus eventuales clientes -lo serán si no cuentan con incumplimientos en su historia comercial-. El problema que ha acarreado este archivo es la ausencia de una justa limitación temporal, ya que es posible encontrar en ellos datos de incumplimientos que se arrastran por muchos años, impidiendo a su titular acceder a créditos, por ejemplo.

⁴¹ Además, y sin perjuicio de este proyecto, se estimó conveniente la redacción de un texto refundido, coordinado y sistematizado sobre la privacidad, como una suerte de Código o Estatuto Jurídico de la Privacidad; un cuerpo legal que esté a la altura de esta importantísima institución jurídica, recogida en disposiciones dispersas dentro del derecho penal, comercial, tributario, civil, y procesal chileno.

⁴² HERRERA BRAVO, RODOLFO, "*Breves antecedentes sobre el Proyecto de Ley de Protección de datos personales en Chile*". REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 4 Noviembre 1998, p 5.

⁴³ HERRERA BRAVO, "*Breves antecedentes sobre...*" *ob. cit*, pp 14 y 15.

3.2. BREVE DESCRIPCION DE LA LEY N° 19.628.

El 27 de octubre de 1999 entró en vigor la tan discutida Ley 19.628 sobre Protección de Datos de carácter personal. En el título preliminar se contemplan las *disposiciones generales*, donde se establecen el ámbito de aplicación de la ley, y además se define detalladamente en un extenso catálogo⁴⁴ la terminología propia de la materia en cuestión, y se regula someramente la recolección de datos en encuestas y sondeos para fines estadísticos. En el Título I denominado “*De la utilización de datos personales*”, se recoge el principio del consentimiento del tratamiento de datos, el derecho a eliminación de datos, la regulación de los datos sensibles, y la responsabilidad de los operadores de las bases de información. En mérito de nuestra investigación, del Título III “*De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial*” realizaremos en el siguiente acápite un análisis especial y detallado. En el Título IV, el legislador quiso separar el tratamiento de datos en general, del que es administrado por bases públicas de información, otorgando un mandato al Servicio de Registro Civil e Identificación para la confección de un registro nacional de los bancos de datos a cargo de organismos públicos. El Título V al versar “*De la responsabilidad por las infracciones a la ley*”, consagra una acción de indemnización por el daño patrimonial y moral por el tratamiento indebido de datos y el procedimiento judicial por el cual los titulares deben dirigirse. En tanto, el Título Final contempla una modificación al Código Sanitario en cuanto al secreto médico. Por último, respecto a las Disposiciones Transitorias, ellas establecen primeramente la vigencia de la ley, advirtiendo en seguida como excepciones, el efecto retroactivo de los derechos de esta ley para aquellos titulares de datos registrados con anterioridad a su entrada en vigor, y el reconocimiento a las normas del Decreto Supremo N° 950 de 1928 sobre el Boletín de Informaciones Comerciales, derogando tácitamente toda disposición que sea contraria con esta ley.

⁴⁴ El artículo 2 de la Ley N° 19.628 define, entre otros algunos conceptos que nos parecen relevantes para los efectos de este trabajo:

- * “ALMACENAMIENTO DE DATOS”: La conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos.
- * “COMUNICACIÓN O TRANSMISION DE DATOS”: Dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.
- * “DATO CADUCO”: el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.
- * “ELIMINACION O CANCELACION DE DATOS”: La destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera que fuere el procedimiento empleado para ello.
- * “REGISTRO O BANCO DE DATOS” El conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos
- * “RESPONSABLE DEL REGISTRO O BANCOS DE DATOS”: la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.
- * “TITULAR DE DATOS”: La persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.
- * “TRATAMIENTO DE DATOS”: Cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos de cualquier otra forma.

De la estructura recién expuesta podemos destacar los siguientes derechos e ideas matrices de la ley, que permitirán ilustrarnos de buena forma para abordar nuestra temática investigativa:

- El Consentimiento del Titular

El inciso primero del artículo 4 de la Ley N° 19.628 dispone que *"El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello"*, como recaudo establece que dicha autorización *"debe constar por escrito"*, y no requiere causa justificada para permitir su *"revocación" "aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito"*.-

El artículo sienta un principio general, en materia de procesamiento de datos personales, el que a juicio de JIJENA⁴⁵ no es sino una mera “declaración de principios” atendidas a las excepciones que consagra. Agrega además que la norma es conflictiva y confusa, y que apuntó a proteger y legalizar desde las empresas del ramo, más que a resguardar los derechos de los titulares de los datos. Creemos que los dichos de este autor tienen como base las excepciones a la necesidad del “consentimiento” contenidas en el inciso quinto del artículo 4 de la ley⁴⁶, las que constituyen una excesiva permisividad para estos registros (a diferencia de las legislaciones argentina y española⁴⁷), porque habilita la posibilidad de crear cualquier registro o banco de datos y su tratamiento, quedando excluido únicamente los datos sensibles⁴⁸.

Por lo tanto, advertimos que no requiere el consentimiento de los titulares (que equiparamos en la ley a “autorización”) el tratamiento de datos personales cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

⁴⁵ JIJENA, RENATO JAVIER “Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la Ley N° 19.628 de Agosto de 1999” REDI, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 39, Octubre de 1999.

⁴⁶ *“No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión, su actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa y comercialización o comercialización o venta de bienes y servicios. Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados u otros de beneficio general de aquellos”.*

⁴⁷ Cfr. PEYRANO, GUILLERMO “Bancos de Datos y tratamiento de Datos Personales. Análisis de algunas problemáticas fundamentales”. REDI, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 34, Mayo de 2001 Las excepciones en la Ley N° 19.628 resultan mayores que en las legislaciones argentinas y española

⁴⁸ Véanse los artículos 2 letra g y 10 de la Ley N° 19.628.

- Derecho de Información o Acceso (artículo 12)

Es definida como la facultad que tiene toda persona para exigir a quien sea responsable de un banco de datos, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son regularmente transmitidos. En consecuencia, según CORRAL TALCIANI⁴⁹ este derecho puede ejercerse con varios objetivos, tales como:

- *Para saber si un determinado banco de datos contiene información sobre el requirente;*
- *Para saber el contenido de la información que posee el banco sobre el requirente;*
- *Para conocer el origen de los datos;*
- *Para conocer el destinatario para el cual fueron recogidos;*
- *Para conocer el propósito u objeto de su almacenamiento, y*
- *Para conocer las personas u organismos a los cuales los datos son transmitidos, esto es, comunicados de manera regular.*

Este derecho a acceso de la información está estrechamente ligado con el principio de la calidad y finalidad de datos. Es así que el inciso primero del artículo 9 de la ley dispone: *“Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”*.

En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos”.

En resumen, podemos decir que los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido. Esta recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la Ley N° 19.628⁵⁰.

⁴⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN “De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos: el Habeas Data chileno”. Trabajo publicado en Cuaderno de Extensión Jurídica N° 5 “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 2001, p.45.

⁵⁰ Véase Directiva N° 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de Octubre de 1995: sección I principios relativos a la calidad de los datos: *“Artículo 6. 1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: a) tratados de manera leal y lícita; b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas; c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y*

- Derecho de Rectificación y Cancelación

En caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos⁵¹, y así se acredite, el titular de los datos tendrá derecho a que se modifiquen y además, a exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos. Igual exigencia de eliminación, de los Datos Personales, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

- Derecho de Bloqueo.

El titular de datos personales puede solicitar el bloqueo de ellos cuando éste haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

HERRERA BRAVO⁵² dice que el bloqueo de datos al “...dejar irreconocibles los datos no debe ser considerado como una alternativa morigerada de la eliminación o cancelación de datos, más bien debe ser entendida como una respuesta frente al riesgo que genera justamente el proceso de cancelación de datos de presumible interés histórico, para evitar un borrado parcial de la historia del titular”

- Derecho de Copia Gratuita.

La información, modificación o eliminación de los datos personales será absolutamente gratuita, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, el titular

para los que se traten posteriormente; d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas; e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos”.

⁵¹ En realidad, sólo tratándose de los datos erróneos, inexactos y equívocos cabe hablar del derecho a la modificación. Cuando existe un dato incompleto, no hay modificación, sino complementación e integración.

⁵² HERRERA BRAVO, RODOLFO “Análisis de la ley chilena N° 19.628, sobre protección a la vida privada de 28 de Agosto de 1999”, apuntes inéditos en www.adi.cl/admin/anmviewer.asp?a=95&z=13&isasp=

podrá, asimismo, obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que hayan transcurrido a lo menos 6 meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho.

Sin embargo, nada se dice respecto de la consulta informativa, cuya posibilidad de realización no aparece sujeta a cortapisas. PEYRANO⁵³ entiende que este derecho no debería estar sujeto a restricción alguna, ni temporal ni económica; ello es así porque los datos que han sido referenciados respecto de personas determinadas o determinables, no pertenecen a los bancos de datos, ficheros o registros, sino a sus titulares.

- Derecho a que se avise a terceros.

Entramos aquí en el supuesto de que si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les haya comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.

- Irrenunciabilidad

El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.

Los tópicos recién revisados son parte integrante de un derecho mayor, cual es el Derecho a controlar la información, del que ya habíamos esbozado su definición dentro de la perspectiva constitucional de la libertad de información. Este macro derecho es una garantía esencial que se encuentra en toda ley de protección de datos, y debido a su importancia en varios países tiene rango constitucional⁵⁴.

⁵³ PEYRANO, “Bancos de Datos y tratamiento...”.

⁵⁴ Véanse, artículo 200 de la Constitución Peruana de 1993 “*Son garantías constitucionales: 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución*”. y artículo 43, inciso tercero de la Constitución Argentina de 1994 y artículo 15 de la Constitución de Colombia.

3.3. EL TITULO III DE LA LEY N° 19.628 y LA LEY N° 19.812.

La regulación que ofrece esta ley está dirigida al *tratamiento de datos*⁵⁵, un concepto genérico que comprende acciones diversas destinadas a objetivos tan dispares, tales como la recolección de datos, su cesión a terceros o su eliminación

Una de las situaciones específicas donde se regula en parte la comunicación de datos, es el Título III de la Ley N° 19.628, denominado “*De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial*”, que constituye una fuente directa que alimenta nuestra investigación.

A nuestro juicio, el artículo 17 de la Ley N° 19.628, establece una manifestación del principio de seguridad jurídica, ya que determina claramente qué tipo de obligaciones de carácter comercial, económico, bancario y financiero podrían ser susceptibles para ser comunicadas. Estas son:

1° Letras de cambio y pagarés protestados

2° Cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada, o por otra causa

3° Incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común; y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales

4° Otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuáles conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.

Sobre el particular, MAGLIONA MARKOVICHT⁵⁶ alude que en el Parlamento se debatió ampliamente el alcance que debía dársele a esta materia, una posibilidad era legislar en sentido amplio, de modo que los bancos de datos pudieran tratar datos personales que dieran cuenta de diferentes tipos de incumplimientos de obligaciones pecuniarias, como aquellas referidas a

⁵⁵ Ver artículo 2 de la Ley N° 19.628.

⁵⁶ MAGLIONA MARKOVICHT, CLAUDIO, “Breve Análisis de la ley número 19.628 sobre Protección de la Vida Privada”, REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, diciembre 2000, N° 29, p.11

cuentas por consumo de servicios⁵⁷, contratos de arriendo, facturas, colegiaturas y cualesquiera otras. Tal criterio se sustentó en la necesidad de considerar, para el adecuado funcionamiento de la actividad económica, la mayor cantidad de información posible acerca del comportamiento económico de las personas, que en algún momento pudiera ser de interés para terceros llegar a conocerla.

Finalmente, la Comisión Mixta fue de la idea de precisar de un modo taxativo los títulos⁵⁸ que contenían las obligaciones impagas de carácter económico, financiero, bancario y comercial que podrían ser tratadas en un banco de Datos Personales, con exclusión de cualesquiera otras. Esta opinión se fundamentaría en que, si bien existe una conveniencia social de conocer parte de esta información, hay siempre otra parte que la persona tiene derecho a conservar en reserva, por múltiples razones, como afectar un ámbito más íntimo, su menor trascendencia, su dudoso fundamento o exigibilidad, etc. Esta posición se inclinaba por continuar con la tendencia establecida por el Boletín de Informaciones Comerciales, que es administrado por la Cámara de Comercio de Santiago, en el sentido de señalar un listado taxativo de las obligaciones que pueden comunicarse a través de dicho boletín de publicación periódica.

Bajo lo que en doctrina se denomina “*Derecho al Olvido*”, la comunicación de datos de contenido económico está limitada en el tiempo. El artículo 18 de la Ley N° 19.628 estipula que *“En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá seguir comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal.”*

La mencionada caducidad no opera con respecto a los datos sobre dichas obligaciones cuando sean requeridas por los tribunales con motivo de juicios pendientes. El fundamento de esta excepción radica en que los tribunales, con independencia del plazo transcurrido, puedan siempre requerir la información que sea necesaria para la acertada resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Hasta antes de la vigencia de la Ley N° 19.812, el artículo 18 de la Ley N° 19.628 prescribía que no se podía continuar comunicando los datos relativos a obligaciones con el sistema financiero o con casas comerciales después de transcurridos tres años del pago de la obligación o de su extinción por otro modo legal, y luego de siete años, cuando no ha existido el

⁵⁷ Nótese que con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley N° 19.812 se prohibió expresamente la comunicación de deudas provenientes de servicios de electricidad, teléfonos, y gas.

⁵⁸ Estos títulos son los siguientes: letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa.

pago, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación. Con la modificación legal del año 2002 se rebajó el tiempo máximo durante el cual las empresas encargadas de los registros pueden comunicar la morosidad, de 7 a 5 años, contados desde que la obligación se hizo exigible, como tampoco se podrá seguir comunicando cuando la deuda se encuentre pagada o extinta por algún modo legal.

Al ser categóricos al afirmar que lo que prohíbe la ley en el inciso segundo del artículo 18 es la comunicación o transmisión de los datos, no podemos restarnos a la siguiente interpretación. Desde la modificación por la Ley N° 19.812, concluimos que un titular que ha pagado o ha extinguido por cualquier otro modo de las obligaciones que daba cuenta el artículo 17 no sólo tiene derecho a exigir que no se siga comunicando a terceros sino también puede requerir la eliminación del mismo en la base correspondiente. Esta afirmación se infiere de la lectura del inciso primero del artículo 19⁵⁹ de la misma ley, el que deberíamos entender tácita y parcialmente derogado por el artículo 1 N° 4 de la Ley N° 19.812, toda vez que se refiere a una situación que no está vigente, que consistía en que para proceder a la eliminación de los datos que informen obligaciones ya pagadas o extinguidas por cualquier otro modo debían cumplirse los tres años a que hacía mención el antiguo artículo 18 ya que de estar pendiente el plazo éste no generaba la caducidad o la pérdida de fundamento legal de ellos. Por esto, al no condicionar la incomunicabilidad de estos datos a un límite temporal como se hacía antes, debemos entender eliminada la frase final del inciso primero del artículo 19, esto es “(...) *mientras estén pendientes los plazos que establece el artículo precedente*”. De esta manera, una vez verificado el pago o la extinción por otro modo legal de una obligación, el titular debe asegurarse no tan sólo con la prohibición de la transmisión del dato, sino también cuenta con el derecho a exigir la eliminación del mismo que aparece almacenado en la base de datos.

Otras normas importantes de la Ley N° 19.812 son las contenidas en los *Artículos Transitorios*, que establecen la incomunicabilidad en determinados casos. En efecto, la ley establece la prohibición de informar, aplicable a los responsables de registros (bancos de datos personales) que traten información de carácter económico, financiero, bancario o comercial⁶⁰. Esquemáticamente la prohibición opera cuando:

⁵⁹ El inciso primero del artículo 19 de la Ley N° 19.628 “*El pago o la extinción de estas obligaciones por cualquier otro modo no produce la caducidad o pérdida de fundamento legal de los datos respectivos para los efectos del artículo 12, mientras estén pendientes los plazos que establece el artículo precedente*”. En tanto el artículo 12 en el inciso tercero dice: “*Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos*”.

⁶⁰ Artículo 1° Transitorio. “Los responsables de los registros o bancos de datos personales que traten información señalada en el artículo 17 de la ley N° 19.628 no podrán comunicarla cuando se refiera a obligaciones que, a la fecha de publicación de esta ley, hayan sido pagadas o se hayan extinguido por otro modo legal. Asimismo, no podrán comunicar los datos relativos a esas obligaciones que se hayan hecho exigibles antes del 1° de mayo de 2002 y se encuentren impagas, siempre que el total de obligaciones impagas del titular que comunique el registro o banco de datos a la fecha de publicación de esta ley sea inferior a \$2.000.000 por concepto de capital, excluyendo intereses, reajustes y cualquier otro rubro. En el caso de los incisos anteriores, tampoco podrá proporcionarse información al titular de los datos, ni comunicarse el hecho de que éste haya sido beneficiado con esas disposiciones.”

- *Las obligaciones se hayan pagado antes del 13 de Junio de 2002.*
- *Las obligaciones se hubieren extinguido por otro modo legal dentro del mismo término anterior.*
- *El total de las obligaciones que fueren exigibles antes del 1° de mayo de 2002 y se encuentren impagas, sean por un capital inferior de 2 millones de pesos.*

Los dos primeros supuestos no son sino una manifestación expresión de la retroactividad de inciso segundo del artículo 18 de la Ley N° 19.628 (teniendo en cuenta que el 13 de Junio de 2002 entró en vigencia dicha normativa). En tanto, respecto al último tópico, éste aparece condicionando con un tope máximo de dinero el efecto de la ley en el tiempo anterior, para que tales obligaciones impagas no sean comunicadas. Sin embargo, no cabe duda, que frente a estos casos, existe un beneficio adicional al establecido por las normas permanentes de la Ley Dicom en el sentido que, para los deudores cuyo capital inferior del total de sus obligaciones sea de dos millones de pesos (exigibles hasta antes del 1 de Mayo de 2002) no será necesario el transcurso del plazo de los cinco años señalado en el inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 19.628. Así *v.gr*, un deudor de un pagaré bancario protestado, cuyo capital era de \$1.800.000 (un millón ochocientos mil pesos) y el vencimiento fijado era el 1° de Mayo de 2002 gozará del mismo derecho de prohibir la comunicación de su deuda a terceros, que si hubiera tenido que esperar cinco años según las reglas generales.

Si en el párrafo anterior advertimos el carácter condicional de la tercera situación descrita, fue porque ésta genera una discriminación elocuente para aquellos deudores de obligaciones cuyo capital supera los dos millones de pesos. Con respecto a los créditos que se hicieron exigibles a partir de la entrada en vigencia de la ley, existe plena certeza que se aplica el actual inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 19.628; sin embargo un panorama dudoso se plantea con las deudas cuya exigibilidad datan de antes del 13 de Junio de 2002. Al no existir una disposición transitoria en el texto de la ley *Dicom* que haga aplicable retroactivamente el plazo de los cinco años; pareciera, entonces lógico deducir la preeminencia del antiguo inciso primero del artículo 18 por sobre el texto vigente. Así, en ningún caso podrían comunicarse los datos de este tipo de obligaciones, luego de transcurridos siete años desde su exigibilidad.

Siguiendo con el estudio de la normativa de la Ley Dicom, se destaca el mandato expreso de eliminar ciertos datos caducos en sus artículos 2º y 3º transitorios⁶¹. Los beneficiados con tal derecho corresponden a aquellos deudores de créditos otorgados por el INDAP (Instituto de Desarrollo Agropecuario), órgano perteneciente a la administración del Estado y aquellos deudores del Banco del Estado de Chile que se acogieron a un programa de retornados políticos. Nótese que la relevancia de estos casos excepcionales, más allá de la contingencia de las motivaciones que tuvo en su oportunidad el legislador, viene dada por el reconocimiento implícito de la subsistencia de los llamados “registros históricos” de las entidades bancarias. Sobre este tema y de las consecuencias prácticas de distinguir entre la eliminación y prohibición de comunicar volveremos más adelante, cuando desarrollemos las manifestaciones de la llamada “zona gris”.

3.4. EL DECRETO SUPREMO Nº 950 DEL MINISTERIO DE HACIENDA DE 1928

El Boletín de Informaciones Comerciales (BIC) fue creado en 1926 como resultado de la iniciativa de un grupo de comerciantes nacionales de intercambiar información sobre los malos pagadores. Fue tal la relevancia que tuvo esta publicación, que el gobierno ratificó la existencia del Boletín a través del Decreto Supremo 950 del Ministerio de Hacienda de 1928. En ese cuerpo normativo el Ejecutivo entregó exclusivamente a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. la facultad de determinar la única imprenta para dar existencia al *BIC*. Adicionalmente, esa reglamentación impuso a funcionarios y otras personas⁶² la obligación de remitir a la Cámara de Comercio determinada información comercial, cuyo carácter se encuentra detallado en su artículo 1º.

Respecto a nuestro tema de estudio, debemos acotar que entre el B.I.C. y la S.B.I.F se produce una particular convivencia. Mientras que el B.I.C. no informa deudas castigadas, la S.B.I.F. no informa protestos o morosidades. Sin embargo, un crédito bancario moroso, puede y digo puede y no debe, estar informado al B.I.C. como protesto y a la vez como deuda vencida o castigada a la Superintendencia, como puede estar informado sólo a uno de estos organismos.

⁶¹ Artículo 2º transitorio.- “Los responsables de los registros o bancos de datos personales que comuniquen información sobre las obligaciones a que se refiere el artículo 17 de la ley Nº 19.628 eliminarán todos los datos relacionados con créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios”. Artículo 3º transitorio.- “Los deudores del Banco del Estado de Chile que al 30 de septiembre de 1999 obtuvieron créditos en el marco del programa de créditos para establecimiento por cuenta propia de chilenos retornados y que hayan optado, dentro del plazo establecido, a los beneficios que les otorga la ley Nº 19.740, una vez aclarada la morosidad y previa solicitud, serán borrados definitivamente del o los registros históricos que existan sobre los documentos señalados en el artículo 17”.

⁶² Los notarios, los Juzgados de letras en lo Civil, los Conservadores de Bienes Raíces, Instituciones, Empresas y órganos de la Administración del Estado, Bancos, Sociedades Financieras y Administradoras de Mutuos Hipotecarios.

De esta manera, la Cámara de Comercio informa las cuotas morosas de deudores enviadas al B.I.C. para su publicación (lo que constituye un protesto bancario). En tal caso los bancos están facultados para enviar, dentro de los primeros 15 días de cada mes, una lista con todos los deudores cuyas cuotas no fueron pagadas en el mes precedente. Además, los bancos y sociedades financieras deben enviar semanalmente al Boletín de Informaciones Comerciales una nómina de las letras de cambio y pagarés no pagados a su vencimiento y que no hayan sido protestados por falta de pago. Igualmente, la nómina de los cheques protestados por causales de falta de fondos y cuentas cerradas debe ser enviada semanalmente por los bancos al B.I.C.⁶³.

Retomemos ahora el rol que cumple la Cámara de Comercio de Santiago A.G.. Debemos decir que ésta se consagró a partir del Decreto Supremo N° 950 de 1928 como el organismo oficial encargado de la información de los antecedentes comerciales. Ello ha configurado una suerte de monopolio, que a la luz de la C.P.R de 1980 resulta incompatible ya que en su artículo 19 N° 21 se asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

En virtud de lo anterior, se dice que una norma reglamentaria estaría constituyendo una prohibición a los demás habitantes del país para desarrollar la misma actividad de la Cámara de Comercio⁶⁴. Así, sus críticos⁶⁵; en la actualidad argumentan que la existencia del B.I.C no contribuye a la libre competencia en el mercado de la información crediticia y además eleva los gastos de los morosos una vez que han cancelado sus deudas en mora, por la vía del pago de las aclaraciones.

Al afirmar la misma Cámara de Comercio de Santiago A.G. ser *“depositaria de la fe Pública”*⁶⁶ no podemos sino que emitir nuestro más profundo rechazo a tal calificación. Sobre el particular, recuérdese que la fe pública no radica en la Cámara de Comercio ni en el BIC. Efectivamente, la confianza que nos merecen los funcionarios públicos radica en que están autorizados para actuar en actos y contratos solemnes en virtud de una ley. La comunidad toda es la que otorga fe a la información proveniente de las entidades y personas, señaladas en los artículos 4, 17 y 22 de la Ley N° 19.628, y no al Decreto Supremo N° 950 del año 1928. Asimismo, el carácter de público sólo recae en funcionarios o instituciones establecidas en la Constitución y en las leyes, y no en asociaciones gremiales, que carecen de ese origen. Debe precisarse, que el honor no nace de la fe pública, como pretende sostenerse, ya que es un atributo de la personalidad que tienen las personas naturales.

⁶³ Debe tenerse en consideración que es posible evitar la publicación llevando el original del documento que ha sido pagado y en caso que no sea posible recuperarlo, obtener un certificado del banco en que se presentó a cobro que acredite la devolución del documento a su beneficiario así como un certificado del mismo beneficiario que de cuenta de haber recibido el pago del cheque.

⁶⁴ Boletín 2198-03, Instituto Libertad y Desarrollo, 26 de Agosto de 1998.

⁶⁵ Cfr. Op. Diputado Julio Dittborn en Revista “REALIDAD”, N° 63, mes de abril 2002.

⁶⁶ Véase http://www.cnc-once.cl/quienes_somos.htm#1

No sólo se ha criticado al B.I.C sobre su dudosa constitucionalidad sino que se agrega la circunstancia que durante muchas décadas no hubo fuente legal que lo recogiera. Fue así, que recién en el año 1999 que la Ley N° 19.628 por intermedio de su artículo 3° Transitorio donde al BIC le fue reconocida su validez legal, pero con la salvedad de sujetarse jerárquicamente a la normativa de esta ley. En efecto, el mencionado precepto deroga tácitamente aquellas normas del Decreto Supremo N° 950 que son contrarias a esta ley. Vale la pena mencionar que hoy en día se vislumbra una armonía aparente entre ambos cuerpos normativos, debido a la fiel observancia de la Ley N° 19.628 por parte de la Cámara de Comercio.

Dentro del texto del D.S. N° 950 hemos puesto especial relevancia para nuestro estudio al artículo 10, que dispone: *“Las publicaciones aparecidas en el Boletín de Informaciones Comerciales dejarán de tener vigencia en los siguientes casos: a) Si se ha publicado la respectiva aclaración de acuerdo al artículo 4 de este Decreto; y b) Si han transcurrido más de 5 años de la respectiva publicación en el referido Boletín.”* Los comentarios de mérito son los siguientes:

En principio, pudiera parecer que el encabezado de este precepto debe haber sido derogado tácitamente por la Ley N° 19.628, ya que no existe dentro de la terminología empleada por esta ley la llamada *“la pérdida de vigencia de una información”*⁶⁷. Es más, podríamos agregar en esta escala argumentativa que el artículo 18 de la Ley N° 19.628 prima por sobre el precepto del D.S. N° 950 ya que las informaciones que se pueden comunicar en el mencionado decreto están contempladas dentro del artículo 17 de la Ley N° 19.628. En conclusión, reuniendo los requisitos de los dos casos contemplados en el artículo 10 del D.S. N° 950, la información ya publicada en el B.I.C. no perdería su vigencia sino más bien debería simplemente no ser comunicada.

La distinción antedicha puede tener efectos importantes, ya que durante bastante tiempo, y hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.628, los tribunales superiores de justicia - en su mayoría-, rechazaban los recursos de protección⁶⁸ interpuestos por aquellas personas que cumplían con los requisitos de las letras a y b del artículo 10 del D.S. N° 950. Al conocer de

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, 26 de Mayo de 1994, causa rol N° 858-1994, caratulados “AS DE TRÉBOL LTDA CON DICOM” Considerando Cuarto: *“Que el Diccionario de la Real Academia dice que “vigencia” es lo que tiene la calidad de vigente y que “vigente” se aplica a las leyes, ordenanzas y costumbres que están en vigor y observancia, de tal modo que en la especie cabe considerar que los antecedentes contenidos en los informes no se encuentran en vigor ni deben ser observados, por el solo hecho de acaecer alguna de las dos circunstancias señaladas en el considerando tercero, esto es, haberse publicado la respectiva aclaración de acuerdo al artículo 4° del decreto N° 950 o haber transcurrido más de cinco años de la respectiva publicación (...).”*(Fuente: Revista Gaceta Jurídica N° 168, p.54 y ss)

⁶⁸ Vgr. Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de Julio de 1997, causa rol 8023-97, caratulados “CELIKBAS BAYELLE CON DICOM S.A”, publicado en Revista “Gaceta Jurídica”, N° 207, pp. 67 y ss.

estos asuntos, nuestros tribunales determinaron que la pérdida de vigencia no significaba la desaparición física de tales publicaciones ni impedía el registro de ellas en los sistemas de información, especialmente los que sólo significan operar computacionalmente esa información para clientes que poseen las respectivas licencias de uso y software de sistemas de bases de datos que contienen tales publicaciones. Así, la mantención y divulgación de la base de datos aludida no importaba a juicio de los tribunales una privación, perturbación o amenaza al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona por cuanto se refiere a hechos de carácter patrimonial y comercial, que dejarían fuera del ámbito de la vida íntima y de la honra de las personas.

En uno de los fallos revisados⁶⁹, de fecha 20 de Marzo de 1998, la Corte de Apelaciones de Santiago esgrimió que el recto alcance del artículo 10 del Decreto Supremo N° 950 es el fijado en el Párrafo II de la circular N° 2.713/1.040, de 6 de noviembre de 1992, mediante la cual la S.B.I.F. impartió instrucciones sobre "Publicaciones en el Boletín de Informaciones Comerciales", expresando que *"... al dejar de tener vigencia estas publicaciones, el efecto que se produce es el mismo que si no existieran. Por lo tanto, si una institución financiera tiene que resolver el otorgamiento de un crédito o la apertura de una cuenta corriente a una persona que registra un protesto aclarado o uno que lleve más de cinco años publicado, debe pura y simplemente abstraerse de la existencia de esos preceptos y proceder como si no hubiesen existido jamás"*. Dicha instrucción normativa, queda en una simple declaración de principios al momento de que los fundamentos de hecho que recogen los recurrentes en la totalidad de este tipo de acciones judiciales es la negativa de los bancos e instituciones financieras para conceder créditos y cuentas corrientes, justificándose por la invocación de protestos que han perdido su vigencia.

Debe tenerse presente que, la exposición jurisprudencial precedente se enmarca dentro del período en que todavía la Ley N° 19.628 no entraba en vigor; y sin perjuicio de ello, estimamos que tanto la determinación conceptual y la de los efectos de la pérdida de vigencia (por parte de nuestros tribunales) nos servirán de base para la interpretación siguiente. Tal como expusimos al inicio de este comentario, en principio fuimos de la idea de que el encabezado del artículo 10 del Decreto Supremo N° 950 se debe entender modificado por el artículo 18 de la Ley N° 19.628, proponiendo el cambio de la expresión *"dejarán de tener vigencia"* por la de *"no podrán ser comunicadas"*. Puede parecer lógica tal aseveración, pero guardando aun mejor el sentido de las palabras, vislumbramos otra opción igualmente correcta. En efecto, pensamos que la solución hermenéutica puede pasar por entender que hoy – a la luz de la Ley N° 19.628- una

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Considerando quinto, sentencia de primera instancia, recurso de protección rechazado en autos rol 56-98, caratulados "SERON HERNÁNDEZ CON DICOM S.A.", publicada en Revista "Gaceta Jurídica", N° 214, pp. 25 y ss.

información cuando pierde vigencia se transforma en caduca; y por lo tanto correspondería impetrar su eliminación de las bases de datos.

Fundamentamos la observación anterior, de la lectura de la Ley N° 19.628, especialmente del artículo 2° letra d), en relación al artículo 6 del mismo cuerpo normativo. El primero de los preceptos señala que un *dato caduco* “...es aquel que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o por la expiración del plazo señalado para su vigencia(...)”. De esta manera, haciendo sinónimas las expresiones “actualidad” con “vigencia”, podemos esbozar que la concurrencia de la circunstancia descrita en la letra a) del artículo 10 del D.S. N° 950 corresponde al cumplimiento de la condición de haber publicado previamente la aclaración del protesto (de acuerdo con el artículo 4 del mismo decreto). En tanto, con el transcurso de cinco años desde la respectiva publicación en el Boletín (letra b del artículo 10 del D.S. N° 950), se entiende expirado el plazo señalado para su vigencia. Por lo expuesto anteriormente, y del tenor del artículo 6, los titulares de las publicaciones que han perdido vigencia según el D.S. N° 950 tienen derecho a la eliminación o cancelación de los mismos, lo que quiere decir la destrucción de estas informaciones almacenadas en el B.I.C., cualquiera fuere el procedimiento para ello (artículo 2 letra h de la Ley N° 19.628).

3.5. EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 14 DE LA L.G.B.

El DFL N° 3 de 1997 fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, decreto con fuerza de ley N° 252, de 1960, y de la Ley Orgánica de la S.B.I.F. contenida en el Decreto Ley N° 1.097, de 1975, y de los demás textos legales que se refieren a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por la S.I.B.F.

Para no perder el norte de la investigación debemos recurrir necesariamente al inciso tercero del artículo 14 de la ley

“Con el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones financieras por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo, la Superintendencia deberá darles a conocer la nómina de los deudores de los bancos, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Lo anterior sólo procederá cuando la Superintendencia haya aprobado su inscripción en un registro especial que abrirá para los efectos contemplados en este inciso y en el inciso segundo del artículo 154. La Superintendencia mantendrá también una información permanente y refundida sobre esta materia

para el uso de las instituciones financieras sometidas a su fiscalización. Las personas que obtengan esta información no podrán revelar su contenido a terceros y, si así lo hicieren, incurrirán en la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Siendo la norma legal recién transcrita, la única que regula en la L.G.B., de una forma vaga, el tratamiento de los datos personales relativos a obligaciones de carácter bancario y financiero, la S.B.I.F. por vía administrativa, ejerce su potestad normativa con mayor detalle y precisión respecto al tipo de información, condiciones y plazos de estos datos, lo que dio origen a la RAN (Recopilación Actualizada de Normas).

3.6. CAPÍTULO 18-5 DE LA R.A.N SOBRE INFORMACIÓN DE DEUDORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

Donde se especifica y se desarrolla el mandato del artículo 14 de la L.G.B. es en la Circular N° 3.245 de la S.B.I.F. de fecha 3 de Noviembre de 2003, la que actualizó el CAPITULO 18-5 para Bancos y Financieras. En el acápite de “Generalidades” del mencionado documento se determina la forma y contenido de la información a proporcionar por esta institución:

“Esta información incluye, además de la individualización de los deudores, el monto de la deuda que ellos mantienen con los bancos y sociedades financieras. La deuda comprende el conjunto de obligaciones reales y contingentes⁷⁰ de un deudor, sea por su calidad de deudor directo o indirecto y se informan tanto sus obligaciones vigentes como las vencidas, manteniéndose también, durante un lapso de seis años la información sobre operaciones castigadas.”

Con respecto a las obligaciones vigentes; o sea, las que no han sido pagadas en la fecha y condiciones pactadas en el momento de aprobar el negocio, éstas se comunican pura y simplemente, ya que nada agrega la circular administrativa en comento. Distinta es la situación

⁷⁰ Pasivos contingentes o eventuales: Son aquéllos que, relacionados con hechos pasados, pudieran concretarse como consecuencia de un hecho futuro que se considera posible, pero no probable. Si fuere probable que ocurriera el hecho en el futuro entonces no sería un pasivo u obligación contingente o eventual, sino que sería una obligación real que requeriría su contabilización como tal en el pasivo exigible a corto y/o largo plazo. Vgr. Una boleta de garantía bancaria. (Fuente: Boletín Técnico N° 1 del Colegio de Contadores de Chile).

que presentan los créditos vencidos y castigados ya que se exige el cumplimiento de una serie de formalidades. El Capítulo 18-5 estipula en el apartado 2.3 lo siguiente:

“(...) sólo deben informar las deudas vencidas o castigadas de aquellos deudores contra los cuales tengan un título ejecutivo válido y vigente y mientras se encuentren siguiendo las ejecuciones correspondientes. Terminado por cualquier motivo el juicio ejecutivo, debe dejarse de informar la deuda y sólo podrá incluir nuevamente si se ha obtenido un nuevo título ejecutivo contra el deudor como, por ejemplo, si este ha reconocido un documento o confesado la deuda.”

A *contrario sensu*, la misma normativa administrativa es clara al establecer que no se podrá comunicar la información refundida sobre deudores de obligaciones vencidas o castigadas en los siguientes casos:

- a) No se incluyen en la información de créditos vencidos o castigados aquellas personas contra quienes los bancos y sociedades financieras carezcan de títulos ejecutivos porque éstos son, de acuerdo a nuestra legislación, los únicos que formalmente dan cuenta de una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse compulsivamente. (No se informarán, en consecuencia, los deudores aunque se encuentren demandados, contra quienes sólo se tengan títulos ordinarios, puesto que éstos requieren de una previa declaración de autoridad, para darles certeza y exigir su cumplimiento a través de la misma.)
- b) Se excluirán, asimismo, los deudores contra quienes existan títulos ejecutivos pero no hayan sido demandados durante el transcurso del plazo de prescripción de las acciones respectivas.
- c) Se suspenderá la información de aquellos deudores contra quienes existan títulos ejecutivos y hayan sido demandados, pero cuyas ejecuciones hayan sido rechazadas o abandonadas por resolución judicial ejecutoriada, así como de aquellos a quienes no se les haya notificado la demanda antes del vencimiento del plazo establecido en las leyes para la prescripción de las respectivas acciones; sin embargo, estos últimos se reinformarán cuando obtenga su notificación.

Asimismo, se suspenderá la información en los casos de deudores, personas naturales, cuando la institución financiera acreedora haya rematado los bienes que se hubieren constituidos en prenda o hipoteca para garantizar el pago de los créditos que adeuden, y no se haya trabado embargo sobre otros bienes de su propiedad o de los codeudores o fiadores que puedan existir. Producida esta situación, aun cuando el producto del remate no haya alcanzado a cubrir el pago de la deuda, deberá omitirse la información respecto del saldo de dicho crédito.

4. EL PROBLEMA DE LA ZONA GRIS

4.1. EXPOSICION

“... lo demuestran múltiples casos de personas que teniendo el certificado del Boletín Comercial sin antecedentes, y demostrando ingresos que respaldan su solicitud, no pueden acceder a Créditos porque registran información histórica”.

*H. Diputado Eduardo Saffirio, “DiarioPyme”,
Edición N° 17, (23 de Mayo de 2004)*

Los Honorables Diputados, Eugenio Tuma y Antonio Leal⁷¹ fueron los primeros en advertir públicamente la existencia de una “zona gris” en la Ley N° 19.812 que modificó a la N° 19.628. Esta nebulosa la podemos definir como un “*área interpretativa que se superpone con la normativa bancaria referente al tratamiento de datos personales sobre obligaciones propias de ese sector, lo que produce daños y perjuicios a sus titulares al verse imposibilitados de acceder a futuros créditos y otras operaciones comerciales*”.

Para un mejor análisis, hemos querido sistematizar en cuatro puntos las manifestaciones de la llamada “zona gris”. Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad pudieren existir otros conflictos interpretativos con la Ley N° 19.628, pero que de modo alguno guardan relación con el sistema bancario⁷².

- Subsistencia de copias de registros.

Como cuestión previa, diremos que las deudas a que alude el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.812 efectivamente ya no están siendo informadas, por lo que es posible concluir que dicha ley eliminó el famoso registro histórico del Boletín de Informes Comerciales de las Cámaras de Comercio. Sin embargo, se ha denunciado que los bancos e instituciones financieras, en una acción de dudosa legalidad almacenaron copia de dichos registros. Con todo, si dicha acción es totalmente reprochable, ésta cuenta con un soporte fundamental, cual es la

⁷¹ www.achiac.cl/boletines/2002-06/nacional.html

⁷² Se ha denunciado públicamente que el Boletín de Informaciones Comerciales ha mantenido su monopolio de las aclaraciones por las que sigue cobrando incluso para los deudores que pagan sus deudas y a los que la nueva Ley permite su salida inmediata de los archivos históricos. En los hechos tanto el Boletín de Informaciones Comerciales como Dicom exigirían el pago previo de las aclaraciones para eliminar al deudor que ha pagado sus deudas.

imposibilidad por parte de un deudor de demostrar tal hecho. Entonces; si actualmente nos preguntáramos si fuera posible eliminar dicha base de datos que guarda la banca, la respuesta sería NO, técnicamente es imposible y correspondería a un trabajo de hacker, el que debería burlar los sistemas de seguridad de cada uno de los bancos.

Pero este no ha sido el único problema de esta ley; al día siguiente de su promulgación, los diputados Antonio Leal y Eugenio Tuma denunciaban la venta -en una suma entre 3 y 5 millones de pesos- de la base de datos históricos de Dicom, que incluía la información que estaba caduca, vencida o que se había considerado amnistiada⁷³. Los parlamentarios explicaron que las empresas de bases de datos, DATA BUSINESS Y SIISA estaban ofreciendo información comercial de cerca de dos millones de personas.

- Reactualización de deudas

Junto con el fraude a la letra de la ley recién expuesto, también se ha denunciado que algunas instituciones están aplicando intereses y publicando las deudas otra vez en el sistema de información de la S.B.I.F., como si se tratara de deudas nuevas.

Así por ejemplo, el 19 de agosto de 2002 se interpuso otra acción judicial por contravenir la Ley N° 19.812. Se trató de una querrela criminal por asociación ilícita y falsificación de instrumento mercantil en contra de los representantes de la empresa "*Inaudito*", debido a la actualización de una deuda que de acuerdo a esta ley debería haber sido borrada de los registros comerciales. Es así que el afectado del caso, mantenía desde 1994 una deuda por un monto cercano a los 350 mil pesos por lo que debido al tiempo transcurrido como por la amnistía decretada por la llamada "Ley Dicom" no pudo seguir figurando en los registros comerciales. Pese a ello, la deuda de esta persona fue actualizada el 24 de mayo de 2002, aumentando además al doble el monto original de dicha morosidad⁷⁴. Estimamos que con la actividad bancaria aludida, se burla el tenor literal del artículo 1 transitorio de la Ley N° 19.812.

⁷³ El 17 de Junio de 2002, los diputados Eugenio Tuma y Antonio Leal, interpusieron la primera demanda judicial en contra de las empresas antes mencionadas que estarían vendiendo los registros históricos perjudicando con ello a más de un millón cuatrocientos mil chilenos. Mediante tal acción, los diputados solicitaron que se investiguen por todos los medios probatorios de las graves faltas que, según ellos, estarían cometiendo estas empresas, que arriesgan sanciones de hasta 50 UTM por vulnerar la legislación vigente. Sin embargo, cabe señalar que al momento de la interponer la demanda, los responsables dijeron que no iban a vender más esta base de datos. (Fuente www.eugeniotuma.cl)

⁷⁴ Fuente: www.eugeniotuma.cl

- Discriminaciones Terminológicas

Tal como advertimos al finalizar el análisis del acápite “*EL TITULO III DE LA LEY N° 19.628 y LA LEY N° 19.812*” (Capítulo 3.3.), volveríamos aquí a revisar las consecuencias prácticas de distinguir entre la eliminación y la prohibición de comunicar los datos personales económicos. La modificación que trajo la Ley N° 19.812 tuvo como intención que el deudor pequeño, de menos de dos millones de pesos, pudiera buscar trabajo sin la limitación de no figurar en las bases de deudores. Pero la ley estableció como regla general la fórmula de “*Prohibir la comunicación*” de las deudas, y sólo de manera excepcional usó la expresión “*Borrar el dato*” para ciertos deudores⁷⁵.

Al momento de prohibir la comunicación o transmisión de datos, sólo se está impidiendo que terceros conozcan de cualquier forma los datos de carácter personal, los que siguen existiendo almacenados en los registros. En cambio, con la eliminación o cancelación de datos se busca inmediatamente la destrucción de esos mismos. Es evidente que con esta última situación no existe riesgo aparente de burlar el espíritu de la ley –como sí ocurre con la prohibición de seguir comunicando–, ya que al desaparecer la materialidad del dato, no podrían existir copias de esos registros o la actualización de deudas caducas a través de aplicación de nuevos intereses.

En la historia fidedigna del establecimiento de la ley, no existe razón de esta odiosa distinción de conceptos. Es más, tampoco existe ningún antecedente en el derecho comparado que sirva de modelo para la consagración de la prohibición de la comunicación en nuestra ley. Así por ejemplo, en Perú sólo se establece la posibilidad de cancelación de los registros⁷⁶. En tanto, mientras en la ley argentina habla de suprimir el dato⁷⁷, la normativa española establece el derecho a cancelación de datos que tienen los titulares para permanecer en los ficheros de solvencia económica⁷⁸. Por lo expuesto, es dable sostener que la “prohibición de comunicar” es una invención meramente criolla y que por lo demás, para algunos corresponde específicamente a un lobby realizado por la Asociación Nacional de Bancos e Instituciones Financieras y por la Cámara de Comercio de Santiago⁷⁹.

⁷⁵ Los beneficiados con tal derecho corresponden a aquellos deudores de créditos otorgados por el INDAP (Instituto de Desarrollo Agropecuario), órgano perteneciente a la Administración del Estado y aquellos deudores del Banco del Estado de Chile que se acogieron a un programa de retornados políticos. (Véase los artículo 1 al 3 transitorio de la Ley N° 19.812)

⁷⁶ EL artículo 15 N° 1 de la Ley N° 27.489 estipula: “*En caso de considerar que la información contenida en los bancos de datos es ilegal, inexacta, errónea o caduca, el titular de dicha información podrá solicitar que ésta sea revisada por cuenta y costo de las CEPIRS y, de ser el caso, que se proceda a su modificación o cancelación*”.

⁷⁷ El artículo 16 N° 1 de la Ley N° 25.326 estipula: “*Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos*”

⁷⁸ El artículo 16 N° 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 estipula “*Serán rectificadas o cancelados, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.*”

⁷⁹ Cfr. BENADO, ERNESTO presidente de Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS), opinión citada en <http://actualidad.elarea.com/documentos/documentos.asp?dc=1160757>

- Utilización de datos caducos en los scorings crediticios.

Una de las manifestaciones de la *Sociedad de la Información* viene dada por los “Modelos de Calificación Crediticia” (“*Scorings Crediticios*”), que constituyen una excepción al principio de veracidad y certeza de los datos identificatorios⁸⁰, toda vez que comprenden en forma implícita un juicio de valor por parte de quien efectúa el tratamiento de datos personales. Los “*Scorings*” se caracterizan por utilizar gran cantidad de bases de datos a objeto de entregar un resultado estadístico útil y, en ocasiones, determinante en la evaluación y otorgamiento de un crédito. Estos modelos son manejados por los burós de crédito⁸¹ (“*credit bureau*”), que cumplen con la función de proveer de información de riesgos⁸² al dador del crédito para bajar el riesgo y así facilitar que se pueda otorgar préstamos a tasas razonables.

Al tener acceso y almacenar la mayor cantidad de datos de una persona (muchos de cuales son de carácter “histórico – caducos”), los burós de crédito hacen una calificación subjetiva de la información, atribuyendo un “*score*” o “puntaje” al solicitante del crédito, en base a las pautas de calificación crediticia determinadas por el calificador. Es en virtud de este método, que los burós de crédito comunican o transmiten datos de carácter personal a personas distintas del titular, determinadas o indeterminadas (según la letra c del artículo 2 de la Ley N° 19.628), pero lo hacen de una manera “*indirecta*” al atribuirle un determinado *score*, cuyo resultado puede incidir en el otorgamiento del crédito o en su rechazo para ser calificado.

El primer buró de crédito bancario de Chile se creó en 1987, cuando la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile A.G., con el respaldo de todos sus asociados, formó la empresa Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras S.A. – en adelante SINACOFI-,

⁸⁰ Cfr. RUIZ MARTÍNEZ, “Los Informes Comerciales...” *op. cit.*, p. 24 y 25, “Los juicios valorativos no son admisibles en los informes comerciales, dado que introducen la posibilidad de error en el momento de juzgar, y asimismo condicionan al receptor. Si se admitiera la información subjetiva, estaríamos frente a la siguiente situación a) la alta probabilidad de transmitir información no cierta, y b) el condicionamiento del receptor a actuar sobre la base de tal juicio antepuesto, provocando en definitiva, una distorsión en la información, que podría dar lugar a la producción de un daño en el patrimonio de alguna de las partes intervinientes en la relación comercial. Así la veracidad y la certeza resultan características sustanciales y últimas del informe comercial, dado que despejan la incertidumbre en las relaciones económicas. Desde el punto de vista psicológico y social, la incertidumbre es un disvalor que altera la conciencia del individuo y la sociedad.(...)”

⁸¹ Cfr. NEGRIN, JOSÉ LUIS “Mecanismos para compartir información crediticia. Evidencia internacional y la experiencia mexicana” Dirección General de Investigación Económica, Banco de México, Diciembre 2000 pp.3 y 4.

⁸² A falta de definición legal en Chile, en Perú, el Art. 2 letra d) de la Ley N° 27.489 que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información define a “*Información de riesgos*” como “Información relacionada a obligaciones o antecedentes financieros, comerciales, tributarios, laborales, de seguros de una persona natural o jurídica que permita evaluar su solvencia económica vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago”.

cuya área de mayor crecimiento es su Central de Riesgos⁸³, desde la cual la industria Bancaria, Financiera y el mercado extrabancario⁸⁴ en general, accede a servicios de información financiera y comercial. Mediante informes integrados, este buró entrega los antecedentes del comportamiento de pago de una persona natural, en todos los sectores industriales (banca, comercio y empresas).

Lo planteado, junto a la negativa de las instituciones bancarias de someterse a las prohibiciones contenidas en el artículo 18 de la Ley N° 19.628, inevitablemente hace más patente a la zona gris. A este respecto, GAMBÍ MOREIRA sostiene: *“(…)Sin embargo, para el caso del Scoring Crediticio puede que tales limitaciones no impidan la efectiva “utilización” de datos caducos, ya que éstos no se comunican propiamente tal sino que sirven de base, junto a otros datos, para calificar a una persona mediante un “puntaje”. En tal sentido, el proveedor de Scoring Crediticio podría argumentar que no está comunicando datos caducos ya que no los ha comunicado al usuario. Sin embargo, no cabe duda que el espíritu del legislador en las leyes N° 19.628 y 19.812 fue impedir, no sólo la comunicación de datos caducos, sino que también su posterior utilización por parte del responsable de un banco de datos, con la única excepción de que éstos se podrán comunicar a los Tribunales de Justicia cuando lo requieran con motivo de juicios pendientes”*⁸⁵.

Los modelos de supervisión de riesgo han evolucionado gradualmente a lo largo del tiempo, desde uno centrado en los aspectos formales hasta otro orientado a la gestión realizada por las mismas instituciones, dando un paso muy importante aquí, la S.B.I.F al momento de poner en vigencia el Capítulo 7-10 “Provisiones por Riesgo de Crédito” de la R.A.N., el cual exige a los bancos desarrollar en la forma que estimen más convenientes según sus necesidades y estrategias de negocio poniendo en marcha un nuevo modelo regulatorio para la elaboración de las empresas bancarias.⁸⁶

⁸³ En sus orígenes la Central de Riesgos tuvo como principal objetivo atender las necesidades del sector bancario financiero. Sin embargo, al alcanzar el 90% de participación en dicha industria, SINACOFI abre sus puertas al mercado extrabancario con el lanzamiento de nuevos servicios y estrategias de desarrollo tendientes a llegar con la información de la Central de Riesgos a personas y empresas que requieran sus servicios, de acuerdo a la normativa vigente

⁸⁴ INFOMAX: Es una nueva división de servicios orientados a satisfacer las necesidades de información de los demás sectores de actividad económica nacional, con los mismos estándares de calidad, confidencialidad y seguridad entregados hoy a la Banca Nacional.

⁸⁵ GAMBÍ MOREIRA, ENNIO. “Análisis de la Ley N° 19.812 y Régimen Jurídico del Scoring Crediticio o Modelo de Calificación Crediticia”, Revista Chilena de Derecho Informático. Centro de Estudios de Derecho Informático Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tomo 4, año 2004, p. 143

⁸⁶ GAMBÍ MOREIRA, *op cit* p. 132 *“Cabe agregar que este modelo otorga un enorme grado de libertad a las instituciones bancarias para desarrollar sus propios modelos de evaluación de riesgos conforme a sus estrategias de negocios y mercados objetivos, donde la única limitante es el cumplimiento de determinadas exigencias “regulatorias”, tales como conocer el comportamiento histórico de pago del deudor, tanto en el sistema financiero como en el cumplimiento de sus demás obligaciones”*

4.2. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA Y LA NECESIDAD DE UNA SOLUCION

Antes de otorgar un crédito, un banco conoce los demás créditos otorgados por otras instituciones bancarias y financieras, y adicionalmente puede conocer sus protestos y pagos con más de 90 días de retraso en casas comerciales y otros, a través del B.I.C y de DICOM pero sin embargo no conoce de la totalidad de los compromisos del solicitante. Por ello, la información comercial reviste una particular importancia para el Instituto ‘Libertad y Desarrollo’, el que se pronunció de la siguiente manera: “*La información comercial es un instrumento para transparentar el grado de responsabilidad comercial de cada deudor en particular y del sistema en general, por lo que constituye un bien público, esto es, que beneficia a un número importante e indeterminado de personas.*”⁸⁷

Este Centro de Estudios cataloga a la información comercial como un bien público, sin embargo debe recordarse que cuando se envió la moción parlamentaria que derivó en la Ley N° 19.812, se tenía en consideración que el país sufría las consecuencias de larga crisis económica que impactó principalmente en la mantención de puestos de trabajo en el mercado laboral. En este contexto, se estimó que una medida para facilitar la reinserción laboral de las personas era limitar los efectos negativos que tenían una gran cantidad de chilenos, el hecho de contar con antecedentes de incumplimientos comerciales, pese a que estas personas hayan pagado sus deudas o estas se hayan extinguido por otras causas legales. A nuestro parecer, los propósitos precedentemente señalados configuran otro *Bien Público* igualmente digno de ser tutelado. ¿Que mejor para la Sociedad que resguardar y fomentar los puestos de trabajo en medio de una crisis económica? ¿Qué mejor para el bienestar de los consumidores el establecer un límite temporal racional a la información negativa que manejan bancos e instituciones financieras sobre personas que hayan pagado sus deudas o las hayan extinguido por otro medio legal? ¿Todas estas Políticas no corresponden denominarse *Bien Público*? Ciertamente que sí.

Si de hablar de bien público, diremos que al momento de la puesta en vigencia de la Ley N° 19.812 se estimaba que ésta beneficiaría a cerca de 1.500.000 personas, las que se desglosan de la siguiente forma: 1.100.000 que tienen pagada y aclarada su deuda en el boletín comercial y 400.000 que mantenían deudas impagas en el sistema financiero. De estos últimos, 320.000 deberían montos menores a dos millones de pesos hasta el 1° de mayo de 2002⁸⁸. Junto con esta estadística, en las próximas líneas destacaremos diferentes expectativas que la población nacional tuvo con motivo de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.812. Este estudio⁸⁹ estuvo a

⁸⁷ Boletín N° 2198-03, del Instituto “Libertad y Desarrollo” 28 de Agosto de 1998, pp. 23.

⁸⁸ Fuente: www.conapyme.cl

⁸⁹ El trabajo en campo se desarrolló los días 10 y 11 de Julio de 2002 en un universo que consideró todos los hogares de la Región Metropolitana, equivalente a 1.156.000 hogares. La cobertura telefónica es de 722.597 hogares.

cargo del Centro de Investigación de Mercados (CIM) de la Universidad Mayor (UM) y PubliMetro.

	¿Cree usted que esta Ley lo (la) favorece directamente a usted?	
a	Sí	28%
b	No	53%
c	Algo	9%
d	Más o menos	8%
e	NS/NR	2%
	Total	100%

	¿Cuál cree usted que es el real aporte de la LEY DICOM?	
a	Salir del registro histórico de deudores	37%
b	Encontrar trabajo	34%
c	Tener acceso a créditos	8%
d	Otra	9%
e	NS/NR	12%
	Total	100%

	¿Quiénes cree usted que son los más favorecidos con la LEY DICOM?	
a	Clase alta	7%
b	Clase media	12%
c	Clase baja	17%
d	Nadie	2%
e	Gente con deudas	48%
f	Todos	10%
g	NS/NR	5%
	Total	100%

Coetáneamente con la realización de este estudio, don ENRIQUE MARSHALL RIVERA (Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras) con motivo de la aplicación de la Ley N° 19.812 emitió la Circular para Bancos N° 3.182 y para Financieras N° 1.453 (de fecha 15 de Julio de 2002). En dicho documento se determina el alcance de la R.A.N.:

“(...) Estas disposiciones, que constituyen normas especiales y dicen relación a las atribuciones de este Organismo de Control, no han sido modificadas por las disposiciones de la citada Ley N° 19.812, por lo que las instituciones sujetas a fiscalización de éste deberán continuar informando acerca del endeudamiento de sus clientes en la forma instruida en el Capítulo 18-5 de la Recopilación Actualizada de Normas de esta Superintendencia”.

Luego, el 17 de Julio de 2002, la Comisión de Economía Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados solicitó a la misma superintendencia un informe oficial sobre la aplicación de la nueva normativa. Ante este requerimiento, la respuesta se remitió el 23 de julio del mismo año a través del Oficio N° 6329, que en su parte sustancial contiene:

“(...) El artículo 18 de la Ley n° 19.628, con la modificación que le introdujo la Ley N° 19.812, se relaciona directamente con el artículo que lo precede, esto es el 17.

El artículo 17 sólo permite a los responsables de los bancos comunicar información sobre antecedentes relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando no se hayan cumplido y consten en determinados documentos.

El artículo 14 de la Ley General de Bancos obliga, en cambio, a dar a conocer a los bancos, en forma refundida todas las obligaciones que registren los deudores, sea que se encuentren vigentes, vencidas o castigadas. Por lo tanto, el universo de obligaciones a que se refiere el artículo 14 es mucho más amplio en cuanto comprende la deuda vigente, pero mucho más restringido en cuanto sólo comprende bancos y obliga a refundir esas deudas antes de entregarlas, de manera que cada banco sólo conocerá las deudas de sus clientes y la suma de lo que en otros bancos tengan éstos u otras personas.

Como el artículo 16 está ligado al 17, no se ve que pueda ser aplicable al universo de deudas a que se refiere el artículo 14 de la Ley General de Bancos, sin perjuicio de que, en la aplicación de éste, no se dan a conocer las deudas una vez pagadas o extinguidas por otro modo de poner término a la obligación.

2º Por lo mismo que se ha dicho antes, las deudas extinguidas no se siguen dando a conocer, sin perjuicio de que cada banco pueda conservar para su uso la información obtenida por aplicación del artículo 14 de la Ley General de Bancos(...)"

En conclusión, una información que fue eliminada o que dejó de ser comunicada por la Ley N° 19.812, puede estar siendo informada como deuda castigada en el sistema bancario⁹⁰ y ello, según la interpretación de la máxima autoridad administrativa bancaria sería ajustado a derecho⁹¹.

Haciendo eco de las palabras de MARSHALL RIVERA (Oficio N° 6329), éste expresó que frente a la Ley N° 19.628, el universo de obligaciones a que se refiere el artículo 14 de la L.G.B. es mucho más restringido, en cuanto sólo comprende bancos. Por tanto, debemos entender que esas instituciones serían las únicos que pueden ver deudas castigadas. Sin embargo, esta aseveración se ha transformado en una falacia, ya que algunas grandes tiendas han tramitado sus licencias como banco -tales como Ripley, Falabella, Almacenes Paris- y así las informaciones sobre deudas castigadas son conocidas también en las bases de datos de las casas comerciales, afectando como es obvio la consecución de créditos en el comercio⁹².

⁹⁰ V.gr. www.meenoje.com De este portal de internet se extraen las siguientes denuncias en torno al tema.

-El 19 de agosto de 2002 una persona solicitó a un banco un crédito de consumo, pero la institución se lo denegó argumentando que había estado en Dicom.

- El 19 de Noviembre de 2002 otra persona concurrió a solicitar un préstamo para microempresas al Banco Estado, donde la ejecutiva le informó que aparecía como un "mal pagador", aun cuando su boletín comercial aparecía sin protestos. Fue ahí donde le dijeron que estaban obligados a consultar a distintas bases de datos históricos, fuera del sistema y que no pertenecían a la Cámara de Comercio.

- Otra persona, durante el mes de julio de 2002 pagó totalmente la deuda que tenía con BANEFE correspondiente a \$2.174.000 en capital por lo cuál esta Institución debió haber eliminado la información.

- Al ser beneficiada otra persona con la Ley Dicom, el 21 de Junio de 2002 ésta solicitó a BCI la apertura de cuenta corriente, pero aunque cumplía con los requisitos de antigüedad y renta, su solicitud fue rechazada por tener una deuda castigada del año 1997. Luego de esta negativa solicitó su informe de DICOM donde se establecía que no poseía documentos impagos y/o protestados.

⁹¹ La experiencia nos indica que la S.B.I.F. al solucionar una deuda castigada, demorará por un tema informático y no jurídico, hasta dos periodos mensuales en reflejarse solucionada. A lo anterior cabe agregar que la S.B.I.F. mantiene en los hechos un registro histórico de un año contados desde su aclaración, siendo visualizada por la totalidad de los bancos e instituciones financieras durante todo ese período.

⁹² Sobre este punto, sólo una vez se ha reclamado ante el Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en Rol 259, de fecha 26 de Septiembre de 1997) por un proyecto de ley infringiría la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la C.P.R de 1980. Se trató de un proyecto que pretendía modificar el artículo 13 bis de la L.G.B. (actual artículo 14) para otorgar a la S.B.I.F. la facultad de requerir a los establecimientos de comercio que venden bienes a plazo y las entidades que otorguen crédito para su adquisición, información sobre deudores, saldos adeudados y créditos concedidos, organizando así un sistema de información consolidado al que podrían acceder tanto las entidades comerciales o financieras como los propios deudores. Los requirentes fundamentaron su petición en que el texto propuesto transgredía la garantía de la vida privada porque las negociaciones que involucren este tipo de créditos, de aprobarse la norma, dejarían de ser privadas. El gobierno defendió el proyecto diciendo que no había ataque alguno a la vida privada de las personas y que, en todo caso, la intromisión era legítima por justificarlo el interés público. El Tribunal Constitucional finalmente declaró la inconstitucionalidad de la norma propuesta, pero lo hizo invocando razones de forma, omitiendo así un pronunciamiento sobre la garantía de la privacidad.

Otro aspecto criticable de los dichos de MARSHALL RIVERA dice relación con el punto 2 del documento citado. La autoridad hace en él un reconocimiento expreso respecto a que sus instituciones fiscalizadas siguen utilizando los datos obtenidos por aplicación del artículo 14 de la L.G.B., aun cuando ya se hayan extinguido las deudas informadas.

Todas las situaciones recién descritas, junto con la subsistencia de copias de registros, la reactualización de deudas y la utilización de datos caducos por los scorings crediticios (acápito 4.1) derivan a nuestro entender en un tratamiento indebido de datos personales, sancionado judicialmente según el artículo 23 de la Ley N° 19.628. Ciertamente que no pretendemos buscar soluciones caso a caso -por intermedio de nuestros tribunales- a la zona gris, pero hoy por hoy se hace necesaria una única vía interpretativa que concluya en el sometimiento de las instituciones bancarias a las disposiciones de la Ley N° 19.628 y la N° 19.812. Nuestra postura va a ser fundamentada en el próximo capítulo a través de una interesante construcción doctrinal, además de varios elementos de interpretación judicial, y de principios jurídicos.

5.- LA PRIMACIA DE LAS LEYES N° 19.628 y 19.812 SOBRE LA NORMATIVA BANCARIA

Para sustentar esta hipótesis, nos serviremos de varios elementos de interpretación que nos permitirá persuadir derechamente respecto a la primacía de la Ley N° 19.628 y su modificación por la Ley N° 19.812 por sobre toda la normativa bancaria anterior, ya que las primeras derogan tácitamente al segundo grupo en todo lo que respecta al tratamiento de los datos comerciales negativos de las personas.

5.1. EL DERECHO AL OLVIDO

Al iniciar el análisis de este tema, destacamos las palabras de CIFUENTES, quien señala que *“El olvido suele ser un defecto y la memoria una cualidad, pero esa doctrina limitante de la tutela a casos de falsedad y discriminación, desatiende los graves efectos de la informática, uno de los cuales es precisamente memorizar lo que no se debe, haya o no plazo para suprimir los datos. Pues, si el crédito fue saldado, aunque no fuera falsa la información por su rastreo histórico, el olvido aparece como una cualidad y no un defecto, que debe ser considerado para permitir la redención moral y crediticia del ser humano”*⁹³

El derecho al olvido forma parte del derecho al honor, y se aplica a aquella información que aun siendo cierta, no corresponde que se divulgue. PALAZZI dice que *“consiste básicamente en obligar a los registradores de datos a eliminar la información que tiene más de un cierto tiempo, con el fin de permitir a los registrados una nueva organización de su <vida pública registrada>”*⁹⁴.

Para este autor, el conflicto entre los derechos a la información y el derecho a la honra⁹⁵, se soluciona en establecer un límite a ese manejo de datos. Un primer límite está dado por el derecho de suprimir información en el caso de falsedad o discriminación. Pero además existe otra forma de limitarlo que se da cuando la información afecta directamente a la intimidad por ventilar hechos pasados⁹⁶. Agrega que si bien es lícito recolectar información crediticia para

⁹³ CIFUENTES, SANTOS. “Derecho personalísimo a los datos”. Artículo publicado en “La Ley”, 1997 p. 1323

⁹⁴ PALAZZI, PABLO ANDRÉS, “Limitación temporal al almacenamiento de información personal en bancos de datos” Exposición en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática”, Tema: “Informática y Derecho Habeas Data”, Montevideo – Uruguay, 4 al 8 de mayo de 1998.

⁹⁵ Véase letra C del acápite 2.2. “*Perspectiva Constitucional*” de este trabajo.

⁹⁶ El *Derecho al Olvido* tiene su origen en una sentencia de los EEUU, que se refiere al *leading case* “*MELVIN V REID*”. Gabriel Darley, una mujer norteamericana que había sido prostituta fue juzgada y absuelta por asesinato y que posteriormente contrajo matrimonio y llevando una vida ejemplar entablando amistades con gente que desconocía su pasado. Años después se estrenó la película “*The Red Kimono*” donde se narraba su vida, con su nombre real sin su consentimiento, lo que dio motivo a una demanda judicial por invasión a la privacidad que finalmente ganó por cuanto se le reconoció el derecho al olvido, basándose en la cláusula constitucional del estado de California que otorgaba a todos los Hombres el derecho de *“procurar y obtener la felicidad”*. Es decir, se concluyó que el uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad y reserva de un individuo, cuando éste tenga cierta antigüedad.

finés de resguardar el crédito, ello no obsta a la posibilidad de poner un límite a dicho almacenamiento.

Otro fundamento igualmente válido a la hora de exigir la prohibición de informar datos de contenido patrimonial parte desde el supuesto que ninguna norma jurídica establezca un límite temporal. En efecto, por analogía jurídica vale la pena recordar aquí la existencia de normas que establecen plazos para el almacenamiento de condenas penales⁹⁷, o el plazo de prescripción en acciones civiles.

Ahora bien, sin perjuicio de haber catalogado al *Derecho al Olvido* como parte integrante del Derecho a la Honra, debemos mencionar que cierta jurisprudencia ha rechazado la aplicación de esta construcción doctrinal al no acreditarse concretamente la afectación al honor de la persona demandante teniendo en cuenta que, si bien en el caso concreto no se llegue a afectar el derecho al honor, sí existe un daño potencial al mismo. A modo ejemplar, podemos citar el caso en que se acogió un recurso de protección⁹⁸ interpuesto por un cliente del Banco del Estado de Chile, por estimar vulnerado el ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2 de la C.P.R. de 1980).

El fallo en comento no sólo reviste importancia para efectos de distinguir las garantías constitucionales que se ven afectadas, sino que también significa la puerta de acceso jurisdiccional al Derecho al Olvido en nuestro país, en una época en que aun existía un vacío legislativo en la protección de datos personales (1998), y que además se reconoce abiertamente la existencia de un registro histórico en las instituciones bancarias, que sobrepasa el límite temporal establecido por la S.B.I.F.

⁹⁷ Sin haberse puesto en vigencia la Ley N° 25.326 sobre Protección de Datos Personales de la República Argentina, un Juez de Primera Instancia en lo Civil de la Capital Federal reconoce a fines de 1999 mediante una acción de Habeas Data al “Derecho al Olvido”. En la sentencia se ordenó a Organización Veraz (Buró de crédito), que borre de su archivo un dato vencido por más de diez años sobre un ex comerciante. En la demanda iniciada para suprimir el dato que da cuenta de la inhabilitación se solicitó la aplicación del artículo 51 del Código Penal Argentino, que establece que “*El registro de las sentencias condenatoria caducará después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa e inhabilitación*”. El juez Ibarra consideró que “*la directiva del Código Penal en cuanto a la caducidad del dato y la prohibición de informar una condena luego de transcurrido cierto tiempo, resulta analógicamente aplicable a la empresa demandada, a pesar de no ser un ente oficial*”. Además el magistrado concluyó, que la empresa “*...incurrió en un abuso del derecho. Al difundir un dato antiguo y que ha perdido utilidad, está ejerciendo abusivamente su derecho a informar y a trabajar que le asiste, en detrimento del derecho a la privacidad del registrado*”.

⁹⁸ El recurrente, a quien se le había otorgado un certificado dando cuenta de haberse castigado su deuda, la que además se encontraba prescrita, fue excluido de la nómina de deudores que se informa a la S.B.I.F., pero no obstante se le mantuvo en el denominado “*Boletín Histórico*” de deudores. Con ello se puso en riesgo la apertura de cuenta corriente en otros bancos y afectó su derecho a obtener créditos. Si bien en su libelo, alegó conculcadas las garantías constitucionales estatuidas en los números 2, 4 y 21 del artículo 19 de la C.P.R. de 1980, la Corte en definitiva acogió el recurso estimando que se había vulnerado sólo la del N° 2, por cuanto no podría la recurrida, como ninguna otra autoridad, establecer diferencias arbitrarias, por cuanto la recurrente no había podido obtener prerrogativas crediticias a que tenía derecho por su calidad de funcionaria de “*Correos de Chile*”, tal como el resto de sus compañeros. En el considerando quinto se agrega que no se vulnerarían los N° 4 y 21 por no encuadrarse los hechos de la causa con el contenido de las normas constitucionales anotadas. (Véase *Revista Gaceta Jurídica N° 215, p. 67 y sptes Sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 20 de Mayo de 1998*).

5.2. LA HISTORIA FIDEDIGNA

En virtud del mandato de la parte final del inciso segundo del artículo 19 de nuestro Código Civil, debemos recurrir a la intención o espíritu del legislador que dio luz a la Ley N° 19.812. En efecto, en la Sesión N° 25 de la Legislatura Ordinaria N° 344 – 2001 de la Cámara de Diputados se procedió al primer trámite constitucional, oportunidad en que se rememoró una intención normativa anterior. El H. Diputado SERGIO OJEDA expresó:

“(...)El 14 de marzo de 1991, en el Congreso Nacional, junto con los entonces diputados Gustavo Ramírez y Eduardo Cerda, presentamos el primer proyecto de ley sobre la materia. Disponía la cancelación inmediata, de pleno derecho, de las anotaciones existentes en las instituciones financieras, Boletín Comercial y Superintendencia de Bancos, anteriores al 31 de diciembre de 1986. Se establecía lo mismo para aquellas que cumplían cinco años desde su registro.

La motivación de la iniciativa fue un ambiente de caos, de confusión, de problemas económicos, de interrupción de planes y de proyectos en la actividad económica. La necesidad imperiosa de regular y solucionar el entramamiento de la actividad comercial por las anotaciones en los boletines respectivos, derivados de la crisis económica producida entre 1978 y 1982, que se denominó "la gran depresión económica", justificaban la eliminación de anotaciones respecto de miles de personas que habían incumplido sus obligaciones y figuraban en dichos registros. Además, considerábamos que el advenimiento de la democracia requería condiciones para emprender y desarrollar una nueva forma de vida.

Ese proyecto de ley quedó en nada en el Senado de la República.

Este proyecto es un acierto, un acto de justicia y de racionalidad. Esperamos que se cumplan sus disposiciones y que no subsistan las listas negras a las que recurren las empresas y los negocios para informarse de los deudores morosos, que en la actualidad permanecen en esos registros aunque hayan pagado”⁹⁹.

Más adelante, en la misma sesión, la H. Diputada MARIA ANTONIETA SAA se refirió al valor “*Justicia*” que impregnaba la motivación en eliminar los registros históricos:

“(...)Me parece muy justo que no se continúe comunicando los datos relativos a alguna obligación después de ser pagada o de extinguirse por otra causal legal. Resulta inaceptable que después de un gran esfuerzo, de haber pagado la deuda y los derechos -ese es otro tema de revisión- para ser retirado del listado de

⁹⁹ Fuente: Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados sesión 25, miércoles 8 de agosto de 2001 legislatura ordinaria N° 344 - 2001

morosos, la persona permanezca en el registro histórico. Sin duda, es una injusticia tremenda. En definitiva, es de estricta justicia disponer que esos datos se supriman y no se informe de ellos una vez pagada la deuda”.

En tanto, en la misma sala, el H. Diputado HAROLDO FOSSA denunció la existencia de ventas de bases de datos de orden comercial y bancario, aspecto ya revisado por nosotros previamente:

“(…)Por otro lado, quiero manifestar que el único órgano autorizado para poseer información negativa es la Cámara de Comercio. Sin embargo, existe la compra de datos a través de sistemas que se desconocen y que están a disposición de todo el mundo.

Por eso, me alegro de decir que la información de quien paga debe suprimirse automáticamente de los perversos sistemas de comunicación de datos. Ésa es la primera medida a la cual debe apuntar el proyecto, sin considerar límites de endeudamiento, de plazos ni de nada.

Debo recordar que la gente que reprograma sus deudas y paga las anteriores sigue apareciendo en el famoso Dicom y en la deuda histórica como una persona que no ha cumplido. Entonces, esto debemos calificarlo de perverso y de mal intencionado”.

Dentro de la misma discusión, el H. Diputado SERGIO ELGUETA razona sobre la interpretación extensiva que se le debe dar a la caducidad de los datos personales y su relación con el almacenamiento de estos datos:

“A mi juicio, lo más lógico sería establecer la premisa de que a deuda pagada, deuda borrada.

El inciso primero del artículo 6º de la ley 19.628 señala: "Los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado".

Un dato es caduco cuando se ha pagado la obligación. Esto lo reconoce indirectamente el artículo 86 de la ley N° 18.092, sobre letras de cambios y pagarés, y que también se extiende a los cheques. Dice: "Pagada la letra de cambio, el portador otorgará recibo de la misma y la entregará al pagador". Basta ese documento para que esa deuda se borre de los registros.

No me gusta la redacción que se propone para reemplazar el inciso segundo del artículo 18 de la ley N° 19.628. Dice: "No se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de haber sido pagada o de haberse

extinguido por otro modo legal". A mi juicio, ya que su inciso primero establece una prohibición, debería iniciarse con la expresión "tampoco se podrá continuar".

Al igual como se ha señalado, deseo destacar que el proyecto prohíbe la comunicación o la circulación de los datos, no la acumulación de ellos. En consecuencia, por un milagro de la tecnología se dará el caso de que en la memoria siempre estarán almacenados los datos.

En mérito del artículo 6° de la ley 19.628, también debería suprimirse el almacenamiento de datos, de manera que no pueda revivirse una situación absolutamente extinguida”.

Una visión un tanto realista pero a la vez pesimista es la que sostuvo el H. Diputado ENRIQUE JARAMILLO, quien reconoció que este proyecto de ley no eliminaría los archivos históricos que llevan internamente los bancos e instituciones financieras:

Considero importante su autoría, pero también debo preguntar: ¿qué pasa con los antecedentes indiscutibles sobre deudas que los bancos, las financieras y las casas comerciales mantienen en forma privada? Por supuesto, ahí no hay nada que hacer. Sin embargo, esas entidades llaman histórico a ese registro y por figurar en él las familias chilenas que dieron un mal paso comercial durante la crisis, no pueden acceder a la reinserción laboral.

Más adelante, en el debate del proyecto dentro de la Cámara Alta¹⁰⁰, el Senador RAFAEL MORENO compartió el reparo anterior:

“La filosofía de todo esto se halla en que los bancos, las grandes empresas, mantendrán el registro histórico. Está dentro de sus archivos. Y cualquiera que sea el texto que se apruebe, el registro histórico no será cancelad”.

A los dichos de su colega, el Senador JUAN ANTONIO VIERA-GALLO le replicó:

“Señor Presidente, el Senador señor Moreno ha dicho una verdad: hay un archivo histórico. Pero quiero señalar a Su Señoría que ese archivo es ilegal. Eso tiene que quedar bastante claro. Porque, cuando se dictó la ley de protección de datos personales, se establecieron ciertos plazos, transcurrido los cuales la información no puede permanecer en el archivo.”

¹⁰⁰ Fuente: Boletín de Sesiones del Senado, sesión 3ª, Legislatura Ordinaria, del martes 4 de junio de 2002.

Finalmente, una vez evacuadas las modificaciones introducidas por el Senado al proyecto de Ley, en el Tercer Trámite constitucional, el H. Diputado JULIO DITTBORN resumió la visión realista del tema y además profetizó algunas consecuencias de aprobarse el proyecto de ley:

“Quiero agregar una cosa adicional, que no está en votación, pero es un concepto importante: con este proyecto estamos borrando el registro histórico, o sea, las personas que a futuro paguen sus deudas serán borradas del mismo de inmediato. No existirá registro histórico.

Al respecto, no quiero que los diputados crean que no habrá registro histórico, porque los bancos y las compañías de seguros tienen hoy tales registros, los que cobrarán mayor fuerza a futuro, pues estamos eliminando por ley la posibilidad de que existan registros históricos legales, por así decirlo. O sea, las empresas que se dedican a este negocio no contarán con ellos, pero no por eso dejarán de existir. Peor aún, esos registros históricos que se crearán y fortalecerán, a futuro serán, por así llamarlos, del mercado negro, pues no estarán regidos por la ley N° 19.628, que establece una serie de regulaciones respecto de los registros. Esto es realmente preocupante, porque los bancos, las compañías de seguros y las empresas a las que les interesa esa información la obtendrán igual, pero al margen de la ley. Esta normativa no se podrá aplicar sobre esos registros, porque no serán formales. No nos creamos el cuento de que al aprobar el proyecto se suprime el registro histórico, y de aquí para adelante todos felices. Esto no ocurrirá. Incluso, se puede producir algo peor: que cada industria, institución bancaria, aseguradora, las grandes tiendas, etcétera, cuenten con uno distinto, y se cometan muchas arbitrariedades al no estar regulados por ley”.

5.3. LA JERARQUIA DE NORMAS

El análisis a las normas de la Ley N° 19.628 y 19.812 y del artículo 14 de la L.G.B nos puede dar el indicio de que nos enfrentamos a un conflicto de normas jurídicas, las que poseyendo el mismo ámbito de validez, una afirma y la otra niega el deber jurídico de una determinada conducta.

No obstante lo anterior, de la lectura del artículo 14 de la L.G.B. —específicamente el inciso tercero— se evidencia que en dicho precepto no se establece ningún límite temporal para mantener la información de deudores de los bancos. De esta forma, fácil resulta criticar nuestra

creación (subtítulo) ya que para la mayoría estaríamos proponiendo más bien un concurso aparente de normas.

Para hacer frente a los contradictores, nuestro sostén argumental viene dado porque el inciso tercero del artículo 14 de la L.G.B. se hace servir del Capítulo 18-5 de la R.A.N sobre información de deudores de las instituciones financieras¹⁰¹, (expresándose a través de la Circular N° 3.245 de la S.B.I.F. de fecha 3 de Noviembre de 2003¹⁰²), donde prescribe que se deben comunicar tanto las obligaciones vigentes como las vencidas, manteniéndose también, durante un lapso de seis años la información sobre operaciones castigadas.

De todo lo tratado, no debemos perder de vista la superioridad jerárquica de la ley sobre el decreto. En consecuencia, colegimos que este decreto reglamentario de ejecución no puede modificar las leyes, pero la ley sí puede derogar dicho decreto. Sobre este punto, nos volveremos a referir en el siguiente acápite.

En definitiva, en el conflicto ya enunciado encontramos por un lado una norma de origen legal, la que establece como regla general la caducidad del dato al cabo de los 5 años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, o en determinadas situaciones la prohibición de seguir comunicando o inclusive la eliminación automática de la referida información aun cuando no haya transcurrido el plazo indicado; versus una norma reglamentaria, que dispone la mantención durante seis años de las informaciones sobre deudas castigadas. Por lo tanto, es dable concluir que en el momento de solicitar el cese de la comunicación sobre deudas castigadas o su eliminación en su caso, se debe atender a los plazos y condiciones fijadas por las Leyes N° 19.628 y 19.812, más no al reglamento de la R.A.N.

¹⁰¹ Téngase presente que el Capítulo 18-5 de la R.A.N., en su calidad de reglamento de ejecución, tiene por objeto asegurar la aplicación de la ley; y se encuadra dentro de la pauta de ésta, no contrariando sus preceptos, como tampoco modificándolos, restringiéndolos o ampliándolos. En este sentido, este reglamento pasa a ser una norma derivada del artículo 14 de la L.G.B, fuente de una verdadera operación de desconcentración legislativa.

¹⁰² Las circulares son instrucciones o comunicaciones que los funcionarios públicos superiores dirigen a sus subordinados indicándoles la manera de aplicar una ley, un reglamento u otra disposición legal, o las medidas que deben tomar para el mejor funcionamiento de un servicio público. Tienen por objeto ilustrar el criterio del funcionario para el más conveniente ejercicio de las funciones que le corresponden o el desarrollo de la actividad pública que se le ha encomendado. (VODANOVIC, ANTONIO “Manual de Derecho Civil”, Tomo I, Parte preliminar y general. Lexinexis, 2003 p.70)

5.4 LA DEROGACION

Al determinar la norma jurídica aplicable, el juez puede resolver un caso de vigencia. Esta aseveración puede parecer de perogrullo; pero sin embargo no lo es al analizar el artículo 52 de nuestro Código Civil. Este precepto establece la llamada *derogación tácita*¹⁰³, la que opera cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Así, un buen ejemplo de derogación tácita que está presente en la Ley N° 19.628 vendría dado por el artículo 3° transitorio, al señalar que: *“Las normas que regulan el Boletín de Informaciones Comerciales creado por el decreto supremo de Hacienda N° 590, de 1928, seguirán aplicándose en todo lo que no sean contrarias a las disposiciones de esta ley”*.

Para evitar el abuso de la derogación tácita en la práctica jurídica, debemos atender a la necesidad de que las normas en oposición tengan los mismos supuestos. Esto significa que hay que determinar entre ellas una contradicción y no un conflicto aparente, manifestado por medio de una simple discrepancia. Por ello, la derogación tácita requiere la absoluta incompatibilidad entre los preceptos, la que hará imposible su aplicación simultánea¹⁰⁴.

Al iniciar el acápite anterior, expusimos que dos normas son contradictorias, cuando poseyendo los mismos ámbitos de validez, una afirma y la otra niega el deber jurídico de una determinada conducta. Para ello, los ámbitos de validez a saber son: personal, espacial, temporal y material¹⁰⁵.

No amerita pronunciarnos sobre los tres últimos ámbitos ya que tienen total correlatividad¹⁰⁶. Sin embargo, debemos detenernos sobre el ámbito de validez personal, el que corresponde a los sujetos a quienes la norma va dirigida. A simple vista, en la Ley N° 19.628 y su ley modificatoria N° 19.812, este elemento es mucho más amplio que el artículo 14 de la L.G.B. y las normas del Capítulo 18-5 de la R.AN., ello porque el artículo 1° del primero de cuerpos legales aludido es amplio al afirmar que se sujetarán a ella *“el tratamiento de los datos de carácter personal, en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares..., con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y, de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política”*.

¹⁰³ Desde un punto de vista de la interpretación del derecho, la derogación tácita muy a menudo responde a una mala técnica legislativa. Con frecuencia, lo que ha ocurrido en estos casos que el legislador no tuvo presente a las normas de otras leyes que entran en contradicción con la nueva ley.

¹⁰⁴ Cfr. DUCCI CLARO, CARLOS. *“Interpretación Jurídica”*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 3° Edición. 1987, p.67 y s.s.

¹⁰⁵ PACHECO, MÁXIMO. *“Teoría del Derecho”*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile 1990, p.398 y 399.

¹⁰⁶ Respecto al ámbito de validez espacial ambas normativas se aplican en todo el territorio nacional. Además, tienen la misma validez temporal (ya que son de carácter permanente) y material porque se establecen límites para la comunicación de datos personales de contenido bancarios y financieros.

Esta suerte de dominio máximo sobre bancos de datos de la que se inviste la ley, hace parecer como una normativa general que se dirige a todo aquel que efectúe un tratamiento de datos personales, dentro de cuáles se contemplan a los bancos e instituciones financieras. Este planteamiento se inserta dentro de la Circular para Bancos N° 3.182 y para Financieras N° 1.453, que ya revisamos. En este documento, la S.B.I.F. determina erróneamente –según nuestro parecer- que la normativa bancaria en comento “(...) *constituyen normas especiales y dicen relación a las atribuciones de este Organismo de Control, no han sido modificadas por las disposiciones de la citada Ley N° 19.812, por lo que las instituciones sujetas a fiscalización de éste deberán continuar informando acerca del endeudamiento de sus clientes en la forma instruida en el Capítulo 18-5 de la Recopilación Actualizada de Normas de esta Superintendencia*”.

Esta interpretación se sustenta únicamente en el principio de especialidad -recogido en el artículo 9 del Código Civil- el cuál hace prevalecer la norma especial por sobre la general. Estimamos que catalogar de “*general*” a la Ley N° 19.628 –con la modificación introducida por la Ley N° 19.812- es absolutamente correcto, sin embargo debemos decir que dentro de ella, existe un título especial, exclusivamente dedicado a la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial (Título III de la Ley N° 19.628). Este conjunto armónico de preceptos, más la naturaleza de las normas contenidas en la Ley N° 19.812, hacen replantearnos el tema de la validez personal, concluyendo en definitiva que las normas en conflicto gozan del mismo grado de especialidad, ya que aluden al tratamiento de datos por parte de burós bancarios y financieros, y en particular versan sobre plazos y condiciones a los que ellos están sujetos para seguir comunicando la información comercial.

Salvada esta interpretación, estamos en condiciones de aseverar que la Ley N° 19.812 ha derogado el plazo de caducidad de seis años (contemplado en el Capítulo 18-5 de la R.A.N.¹⁰⁷), todo ello por la aplicación del aforismo consistente en que la norma más nueva deroga a la más antigua. Lo anterior, debemos entenderlo sin perjuicio de considerar además la superioridad jerárquica de la ley de protección de datos por sobre el reglamento bancaria, ya tratada.

¹⁰⁷ El texto originalmente estaba contenido en la Circular N° 3.042 para Bancos y N° 1323 de fecha 27 de Enero de 2000

6. CONCLUSIONES

1.- Los datos personales deben ser catalogados como “*bienes*” en cuanto son apropiables y útiles al hombre, y constituyen el objeto de los derechos. Si bien no gozan de materialidad, resulta razonable de catalogarlos de corporales, ya que se trata de bienes identificables de un inmenso valor (en especial los datos personales de contenido económico), son dominables y utilizables en las necesidades humanas. Así, llegamos a deducir su potencialidad de ser objeto de actos jurídicos concretos.

2.- La utilización de la información comercial a través de actos jurídicos concretos puede generar una colisión entre dos garantías constitucionales a saber, el Derecho a la Vida Privada y a la Honra de la Persona por un lado y el Derecho a la Libertad de Información por el otro. En efecto, a la actividad informativa cotidiana puede oponerse el derecho personalísimo a la vida privada y al honor, toda vez que la información utilizada puede ser prohibida (datos sensibles por ser íntimos o lesivos del honor); o bien, inapropiada (al no ser medianamente idéntica al sujeto informado, tachándose de incompleta o de no ser suficientemente veraz), o por último para el caso de nuestro estudio, caduca (por el transcurso del tiempo que las inutiliza para el fin buscado y merece ser olvidada).

3.- Revisado el ámbito constitucional, debemos observar que en el plano legal, la intención inicial del legislador nacional fue la de regular las cuestiones generales a la vida privada de las personas. Así, se promulgó finalmente la Ley N° 19.628 de fecha 27 de Octubre de 1999 que tiene por objeto la protección de los datos de carácter personal, estableciendo límites en el tiempo para la comunicación de datos de contenido patrimonial de las personas. No obstante lo anterior, en el año 2002, se introdujo una modificación a la normativa ya indicada mediante la Ley N° 19.812 –mal denominada “Ley Dicom”-, la que tuvo en vista facilitar la reinserción laboral, reduciendo aún más los efectos negativos que tienen los antecedentes de incumplimientos comerciales, sobre todo con aquellas personas que han pagado sus deudas o éstas se hayan extinguido por otras causas legales.

4.- De la lectura de los cuerpos legales precedentes se extrae un estatuto especial respecto a la utilización de la información comercial, económica, bancaria y financiera (ello a diferencia de otros tipos de datos), toda vez que no requieren los burós crediticios de una autorización expresa de su titular para el respectivo tratamiento de datos. Además, se debe tener presente que sólo para este tipo de información, se establecen plazos determinados para la comunicación de los datos y en algunos casos muy restringidos la eliminación para el almacenamiento de los mismos. Estimamos que este régimen excepcional del tratamiento de información comercial ha facilitado,

en parte, la subsistencia de los llamados “registros históricos” de datos caducos en los burós crediticios. En efecto, la S.B.I.F insiste en que la L.G.B permite a la industria financiera intercambiar información a través de datos consolidados y no prohíbe su almacenamiento. En otras palabras, para la autoridad bancaria, esta norma de carácter especial –que obliga sólo a sus entes fiscalizados- prima por sobre las Leyes N° 19.628 y 19.812, las que serían de carácter general.

5.- De esta manera, se ha transformado en ilusorio el fin perseguido por las Leyes N° 19.628 y 19.812, quedando en evidencia una verdadera “zona gris”, que se manifiesta a través de de cuatro situaciones a saber: a) la subsistencia de copias de registros que el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.812 ha prescrito su prohibición de seguir las comunicando; b) la reactualización de deudas también por algunas que instituciones estarían aplicando intereses y publicándolas otra vez en el sistema de información de la S.B.I.F., como si se tratara de deudas nuevas; c) una odiosa discriminación terminológica en torno a los conceptos de “eliminación” y “prohibición de comunicar”, ya que con la cancelación del dato no existe riesgo aparente de burlar el espíritu de la ley, como así ocurre con la prohibición de seguir comunicando; y d) la utilización “indirecta” de datos caducos a través de scorings o puntajes que los burós de crédito atribuyen a un solicitante de un crédito.

6.- La importancia del establecimiento de límites temporales al tratamiento de la información comercial viene dada de su carácter de ser un bien público, ya que al entrar en vigencia la Ley N° 19.812 se estimaba que ésta beneficiaría a cerca de 1.500.000 personas; y por lo demás, un gran porcentaje de la población estimaba que el verdadero aporte de esta normativa era justamente la eliminación de los archivos históricos bancarios. Así, la necesidad de despejar esta zona gris tiene que ver con la posibilidad de facilitar el acceso a créditos u otras operaciones bancarias por parte de personas que en algún momento pasado tuvieron un mal comportamiento financiero pero que su actual comunicación a terceros no aparece pertinente.

7.- La sanción ante el tratamiento indebido de datos bancarios y financieros tiene como antecedente doctrinal el llamado Derecho al Olvido (el que se considera integrante del Derecho a la Honra). Consiste básicamente en obligar a los registradores de datos a eliminar la información que tiene más de un cierto tiempo, con el fin de permitir a los registrados una nueva organización de su vida pública registrada. Cabe destacar que hace algunos años y aun no estando en vigor las leyes de protección de datos en nuestro país, alguna jurisprudencia ya había recogido este criterio.

8.- El estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, nos ha permitido contrarrestar las opiniones de la S.B.I.F., llegando a la convicción de que el legislador tuvo en vista el valor

“*Justicia*” a la hora de eliminar los registros históricos. Sin embargo, se reconoció explícitamente por parte de varios parlamentarios que en el futuro se crearían y fortalecerían algunas bases de datos al margen de la legalidad.

9.- Recurriendo al criterio de jerarquía diremos que respecto a la prohibición de comunicación o eliminación –en su caso- de deudas castigadas, se debe atender a los plazos y condiciones fijadas por las Leyes N° 19.628 y 19.812, más no al Capítulo 18-5 de la R.A.N, por ser éste último un reglamento de ejecución.

10.- Sin perjuicio de seguir considerando la superioridad jerárquica de la ley de protección de datos por sobre el reglamento bancario, hemos determinado en este trabajo que la ley N° 19.812 ha derogado el plazo de caducidad de seis años (contemplado en el Capítulo 18-5 de la R.A.N.), todo ello por la aplicación del aforismo consistente en que la norma más nueva deroga a la más antigua.

7. BIBLIOGRAFIA

7.1. NORMATIVA

a) Normativa Nacional

- Constitución Política de la República de 1980

- Código Civil

- DFL N° 3 de 1997 fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos

- Ley N° 19.628

- Ley N° 19.812

- Ley N° 19.733 que regula las Libertades de Opinión e Información y Ejercicios del Periodismo

- Decreto Supremo N° 950 del Ministerio de Hacienda de 1928

- Manual Sistema de Información de la S.B.I.F

- Capítulos 18-5 y 20-6 de la Recopilación Actualizada de Normas de la S.I.B.F.

- Circular N° 2182-2002 de la S.B.I.F.

- BOLETÍN DE SESIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS sesión 25, miércoles 8 de agosto de 2001 legislatura ordinaria N° 344 – 2001

- BOLETÍN DE SESIONES DEL SENADO, sesión 3ª, Legislatura Ordinaria, del martes 4 de junio de 2002.

- “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente”, sesión 129º, celebrada el 12 de junio de 1975

B) Normativa Extranjera

- Ley N° 25.326 de Protección de datos personales de Argentina

- Ley N° 27.489 que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de protección al titular de la información de Perú
- Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 de España.
- Directiva N° 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de Octubre de 1995

7.2 JURISPRUDENCIA

- Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 78
- Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 94,
- Revista Gaceta Jurídica N° 168
- Revista “Gaceta Jurídica” N° 207
- Revista “Gaceta Jurídica” N° 214
- Revista Gaceta Jurídica N° 215

7.3. DOCTRINA

A) Doctrina Nacional

- Boletín N° 2198-03, del Instituto “Libertad y Desarrollo” 28 de Agosto de 1998
- Boletín Técnico N° 1 del Colegio de Contadores de Chile
- CORRAL TALCIANI, HERNAN “De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos: el Habeas Data chileno”. Cuaderno de Extensión Jurídica N°5 “Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 2001
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE., “Los Derechos Constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile., Santiago Chile Tomo I,
- DUCCI CLARO, CARLOS. “Interpretación Jurídica”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 3° Edición. 1987

- HAJNA RIFO E., LAGREZE BYRT F. y MUÑOZ NAVARRO P., “Derecho e Informática” Ediciones Instituto Profesional de Santiago, Santiago de Chile 1989
- HERRERA BRAVO, RODOLFO, “*Breves antecedentes sobre el Proyecto de Ley de Protección de datos personales en Chile*”. REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 4 Noviembre 1998
- HERRERA BRAVO, RODOLFO “Análisis de la ley chilena N° 19.628, sobre protección a la vida privada de 28 de Agosto de 1999”, apuntes inéditos en www.adi.cl/admin/anmviewer.asp?a=95&z=13&isasp=
- JIJENA, RENATO JAVIER “Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la Ley N° 19.628 de Agosto de 1999” REDI, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 39, Octubre de 1999
- MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO, “Breve Análisis de la ley número 19.628 sobre Protección de la Vida Privada”, REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, diciembre 2000, N° 29
- MANSILLA QUIROZ, ROSALIA, “Protección a la intimidad frente a los avances informáticos”, Memoria de prueba, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valdivia – Chile 2002.
- OSSA ROJAS, CLAUDIO, “Chile: La protección jurídica de las Bases de Datos” Revista Alfa Redi, N° 114 –Marzo 2003
- PACHECO, MAXIMO. “Teoría del Derecho”, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile 1990.
- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO y OTROS, “LEY GENERAL DE BANCOS: Reforma introducida por la Ley N° 19.528”. Editorial Conosur 1998.
- Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile. Vol 8, 1981.
- Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile Vol 26, 1999.
- Revista Chilena de Derecho Informático. Centro de Estudios de Derecho Informático Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tomo 4, año 2004.
- Revista “Polis” OnLine de la Universidad Bolivariana Volumen 1 Número 4 – 2003, p.2. (<http://www.revistapolis.cl/4/porr.htm>).

- VODANOVIC, ANTONIO “Manual de Derecho Civil”, Tomo I, Parte preliminar y general.
Lexinexis

B) Doctrina Extranjera

- CIFUENTES, SANTOS. “Derecho personalísimo a los datos”. Artículo publicado en Revista “La Ley”, Buenos Aires - Argentina 1997

- BARROSO ASENJO, PROFIRIO “Límites constitucionales al Derecho de la Información”, Editorial Mitre, Buenos Aires- Argentina, 1984

- GUIBOURG RICARDO A, y otros, “Manual de Informática Jurídica”, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina

- LIVELLARA, SILVINA, “Habeas Data e Información Crediticia, la eventual responsabilidad civil de las entidades financieras y del Banco Central de la República Argentina por cesión y publicidad de datos inexactos”, Alfa- Redi Revista de Derecho Informático, N° 118, Julio 2003.

- MARESCA, FERNANDO, “Rehenes de la fortuna”,
http://v2.vlex.com.ar/asp/canal_noticias.asp?Articulo=200112105031

- NEGRIN, JOSE LUIS “Mecanismos para compartir información crediticia. Evidencia internacional y la experiencia mexicana” Dirección General de Investigación Económica, Banco de México, Diciembre de 2000

- PALAZZI, PABLO ANDRES, “Limitación temporal al almacenamiento de información personal en bancos de datos” Exposición en VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática”, Tema: “Informática y Derecho Habeas Data”, Montevideo – Uruguay, 4 al 8 de mayo de 1998

- PEREZ LUÑO, ANTONIO, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en “Cuadernos y Debates”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, número 21

- PEYRANO, GUILLERMO “Bancos de Datos y tratamiento de Datos Personales. Análisis de algunas problemáticas fundamentales”. REDI, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 34, Mayo de 2001

- QUIROZ CAMACHO, JENNY, “La protección de datos personales y el habeas data: elementos para iniciar una discusión en Costa Rica”, Noviembre de 2002

- RUIZ MARTINEZ, ESTEBAN “Los Informes Comerciales y el derecho a la información”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires Argentina, Febrero de 2000
- RUIZ MARTINEZ, ESTEBAN “España: El derecho a controlar la información personal”, REDI Revista Electrónica de Derecho Informático, Agosto 2002, N° 49
- VILLAGRÁN, FABIANA FERNANDA, “Argentina: Bases de Datos y Habeas Data” <http://www.alfa-redi.org/revista/data/50-12.asp>

7.4 PRENSA

“Datos Sur”, Edición N° 246 de 2004, Julio 2004

“DiarioPyme”, Edición N° 17, del 23 de Mayo de 2004

Revista “*REALIDAD*”, N° 63, mes de abril 2002

7.5. SITIOS INTERNET

www.achiac.cl/boletines/2002-06/nacional.html

www.eugeniotuma.cl

<http://actualidad.elarea.com/documentos/documentos.asp?dc=1160757>

www.conapyme.cl

www.meenoje.com

ANEXO

Ficha Técnica

Diseño de método

- **Contacto** : Comunicación directa a través de encuesta de administración telefónica.
- **Estructura** : Preguntas estructuradas con opción de alternativas ocultas (no se induce respuesta de encuestados).
- **Disfraz** : Preguntas no disfrazadas.
- **Universo** : La población total considerada son todos los hogares de la Región Metropolitana, equivalente a 1.156.000 hogares. La cobertura telefónica total es de 722.597 hogares.

El tamaño de la muestra se subdividió según estratos como se indica:

- **Edad** : jóvenes 15 a 24 años; adultos-jóvenes 25 a 39 años; adultos 40 años o más.
- **Sexo** : Mujeres 55%; Hombres 45%.
- **GSE** : AB 3% C1 7%; C2 20% C3 30%; D 40%.

Tamaño muestral : El total de hogares considerados en la muestra es de 300, subdividido por GSE como se indica:

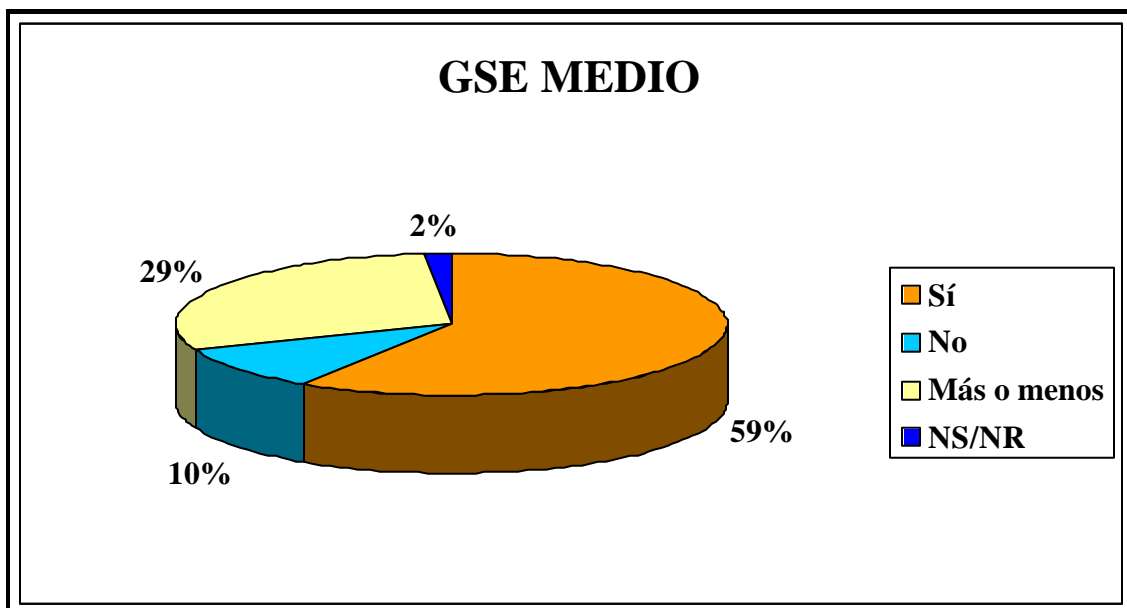
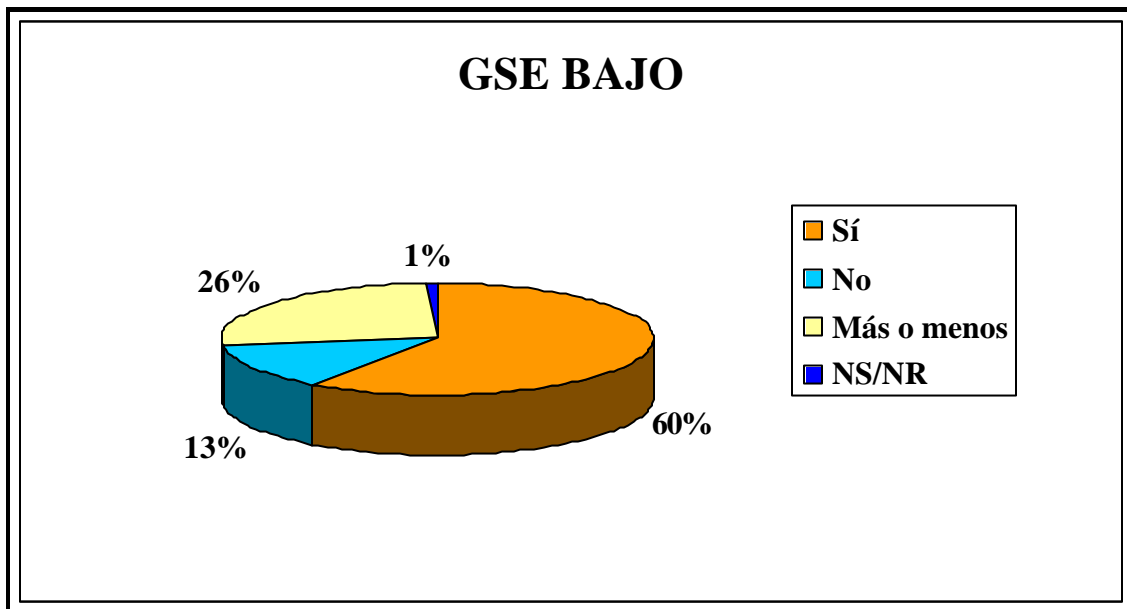
- **GSE Alto ABC1** : 80 Hogares. (Cobertura telefónica 100%).
- **GSE Medio C2 C3** : 100 Hogares. Se aplicó un factor de ajuste equivalente a 1,2 pues la cobertura telefónica de este estrato es de un 80% ponderado por sub-estrato.
- **GSE Bajo D** : 120 Hogares. Se aplicó un factor de ajuste compensatorio equivalente a 3.1, dada la cobertura telefónica de 35% en este estrato y la ausencia telefónica del estrato E. (Estrato E no incluido en la muestra).
- **Error** : 4,6%
- **Nivel de Confianza** : 95%. Se puede precisar este total para una muestra de 300 individuos. Sobre la población total de hogares de 188.000, ponderados por estrato como se indicó anteriormente.
- **Representatividad** : La muestra seleccionada y ajustada nos arroja una representatividad de un 76,3%.
- **Fecha aplicación** : El trabajo de campo se realizó los días 10 y 11 de Julio de 2002. En horario continuo entre 10:00 hrs. am y 10:00 hrs. pm.

Le extendemos nuestra cordial invitación a recibir mayor información de nuestros servicios.

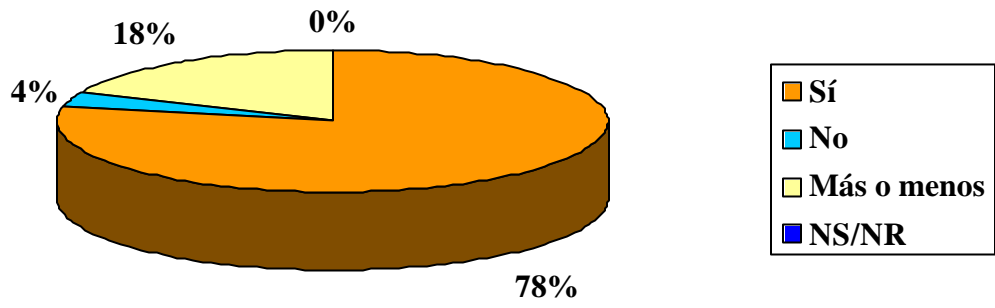
Alejandra González Salinas
Directora Centro de Investigación de Mercados - Universidad Mayor
Email: agonzalez@email.umayor.cl

Teléfono: 941.4930 / 941.4935

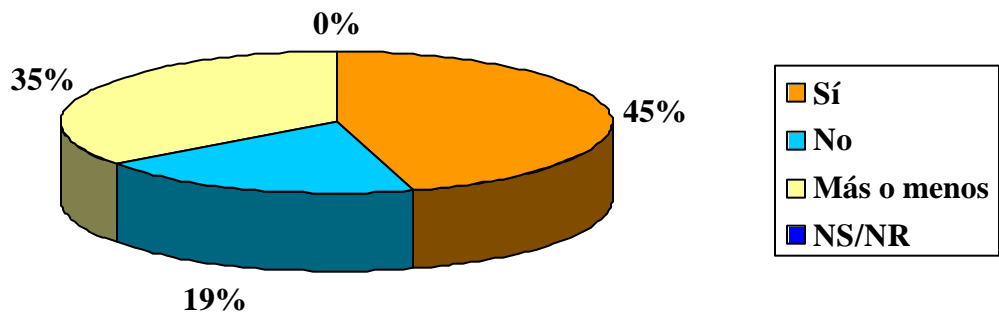
1) ¿Sabe o está enterado usted de la promulgación de la LEY DICOM?



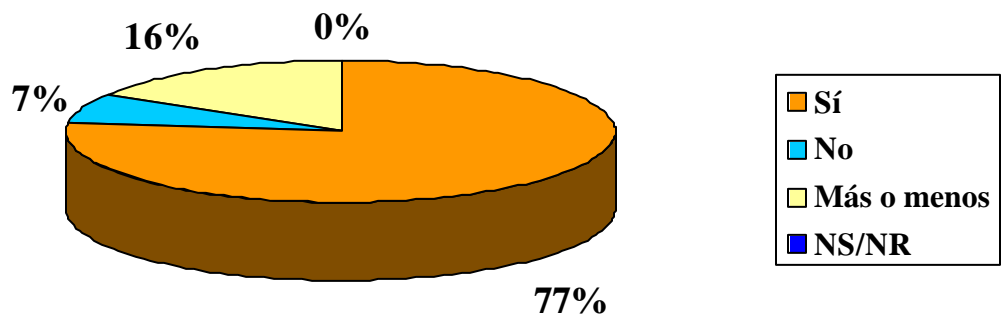
GSE ALTO



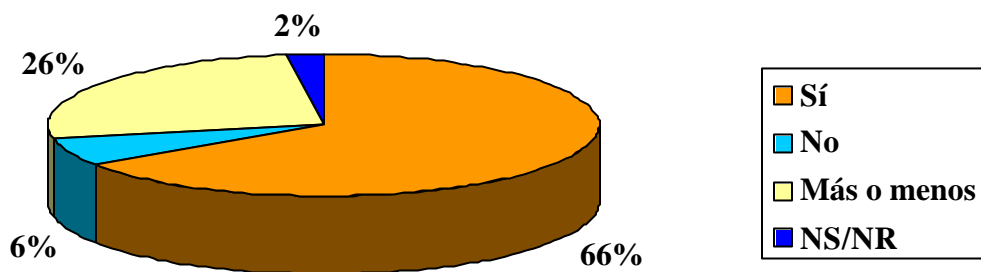
EDAD 15-24 AÑOS



EDAD 25-39 AÑOS



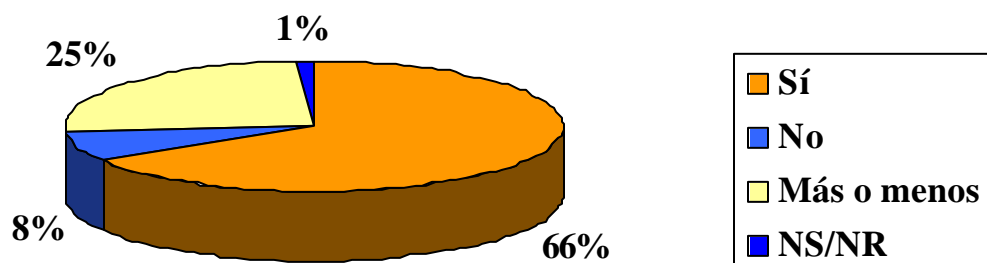
EDAD 40 AÑOS O MÁS



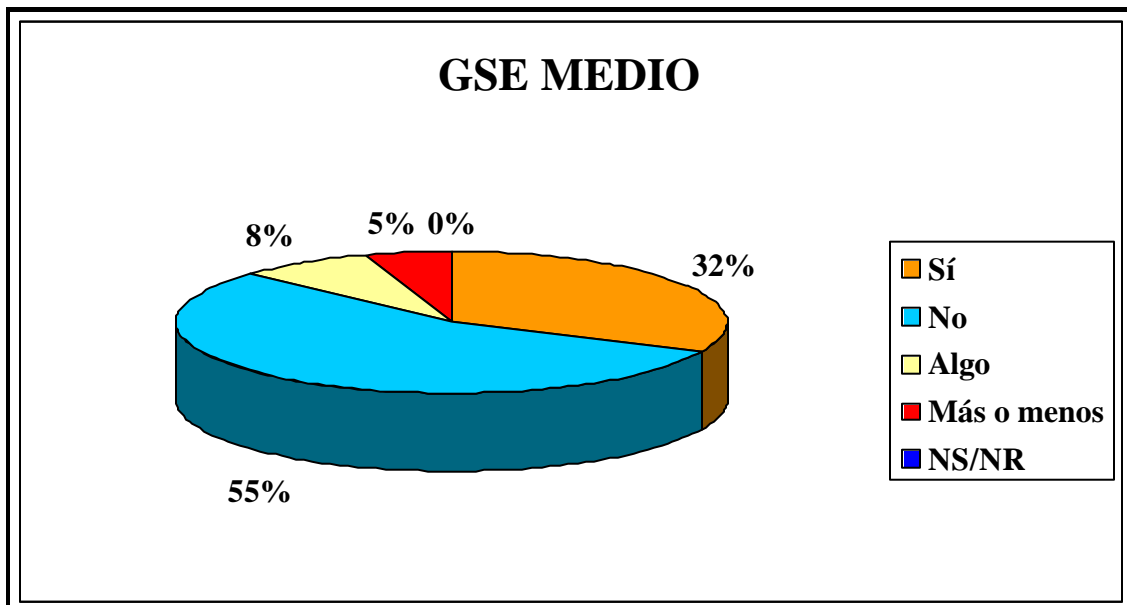
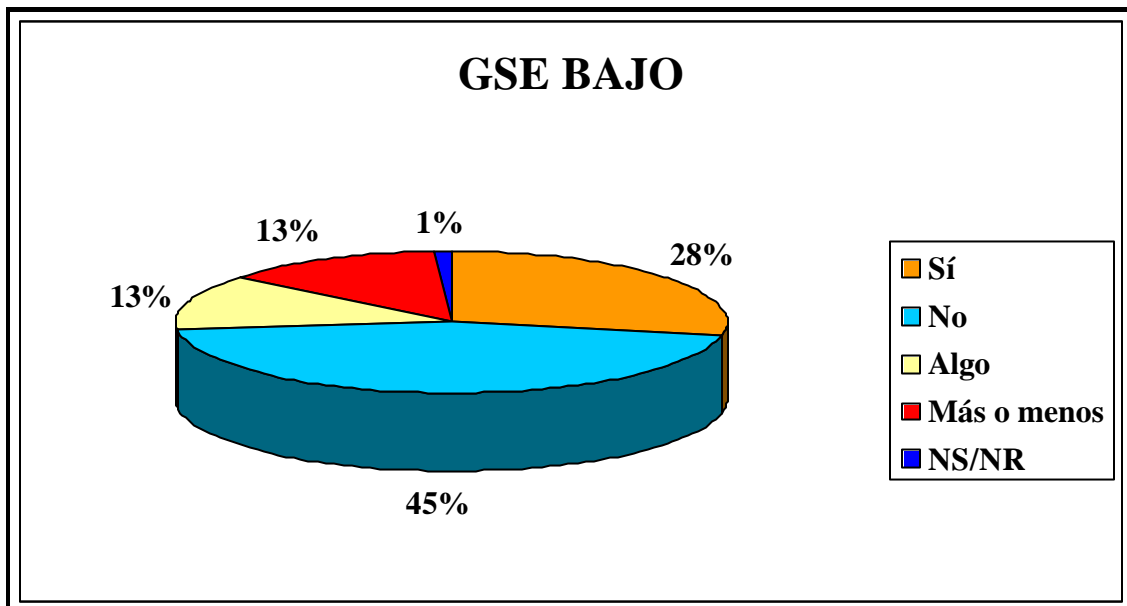
MUJERES



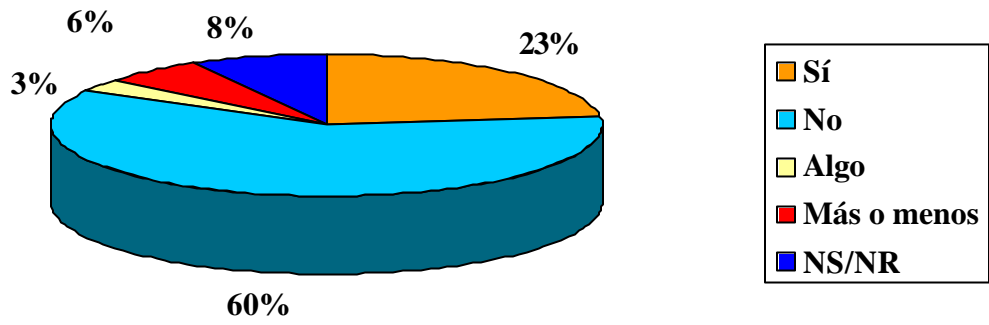
HOMBRES



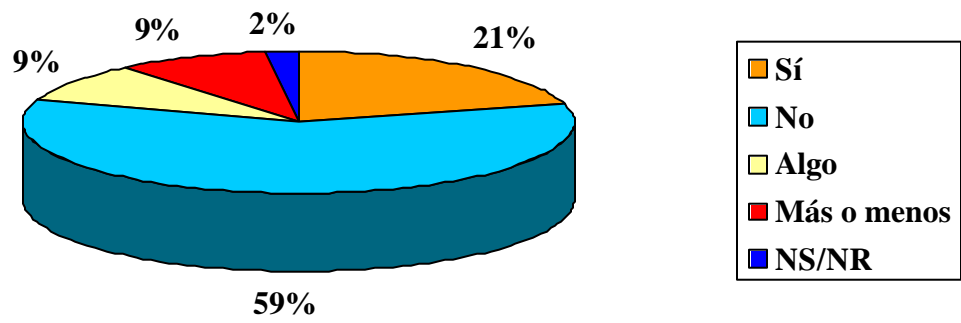
2) ¿Cree usted que esta Ley lo (la) favorece directamente a usted?



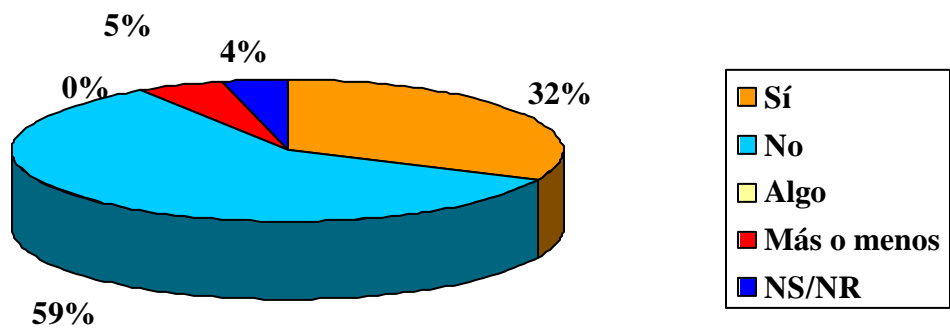
GSE ALTO



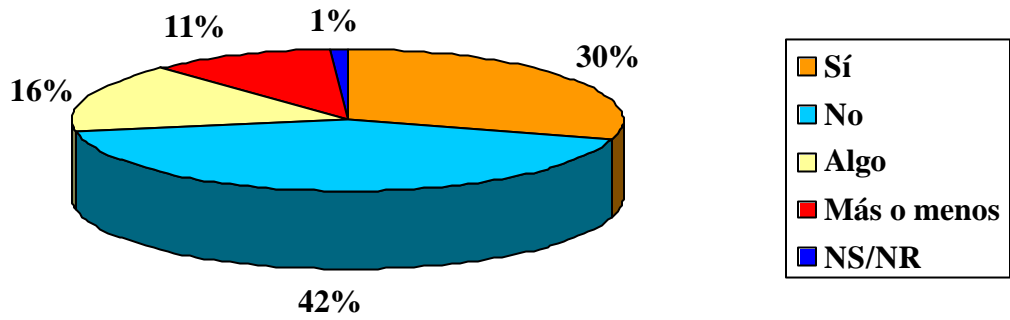
EDAD 15-24 AÑOS



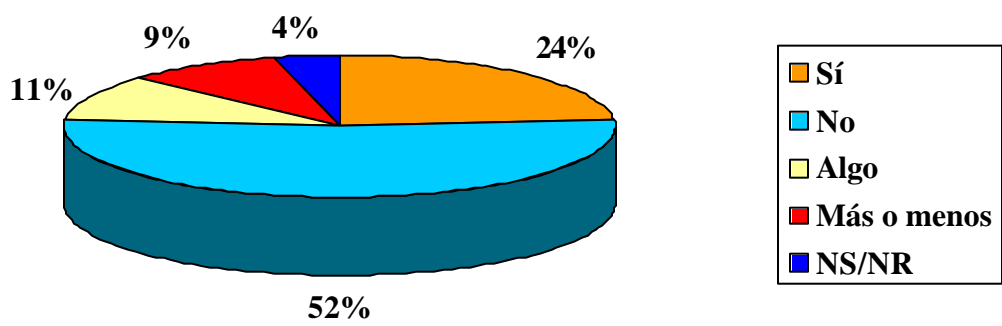
EDAD 25-39 AÑOS



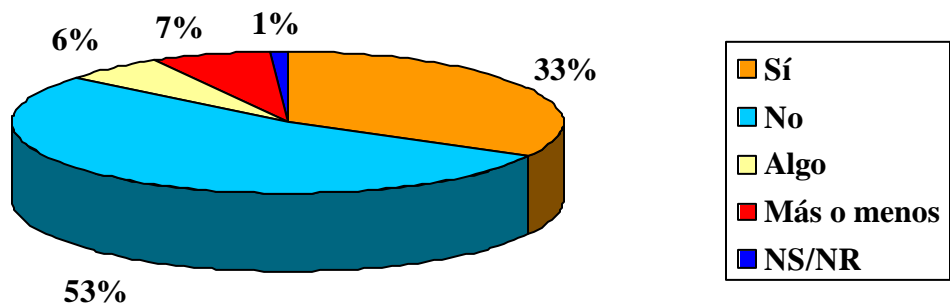
EDAD 40 AÑOS O MÁS



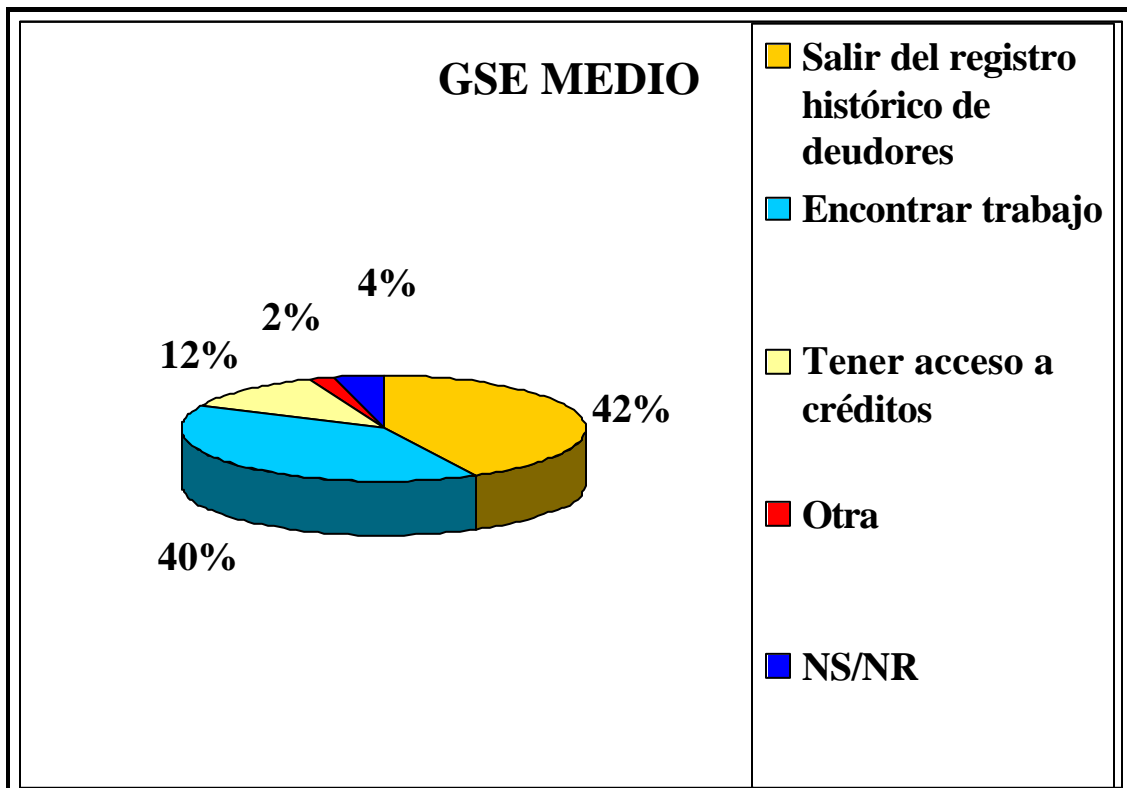
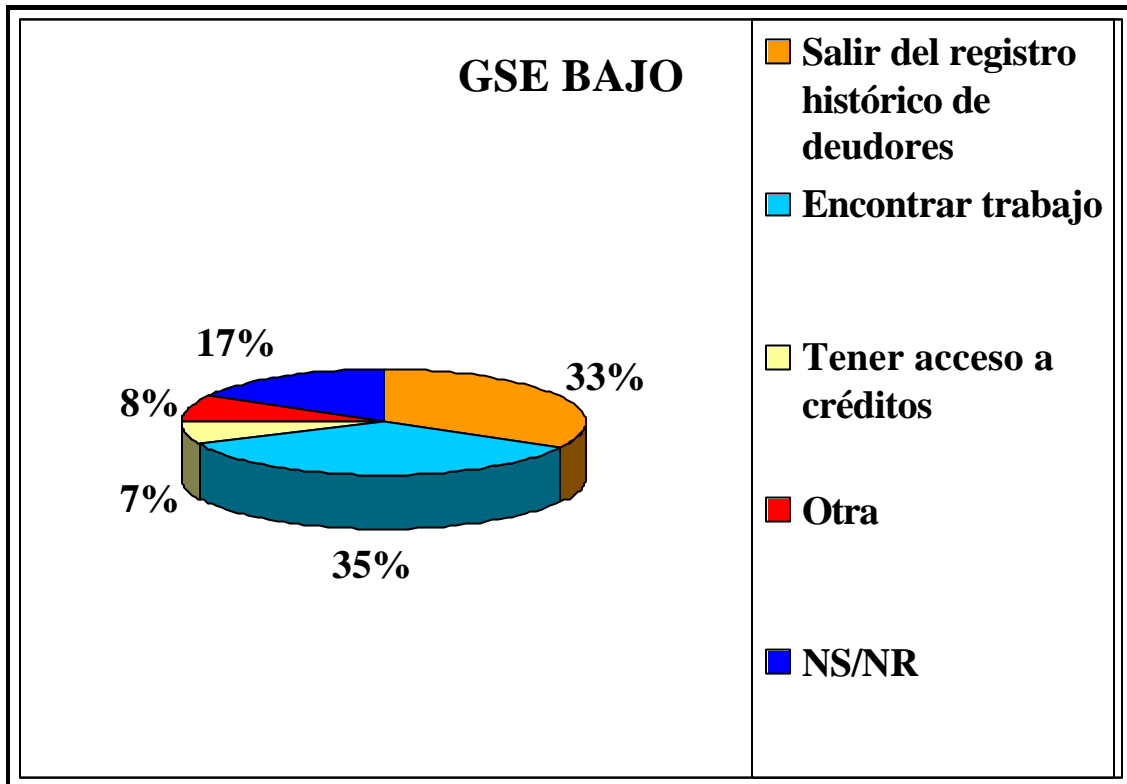
MUJERES



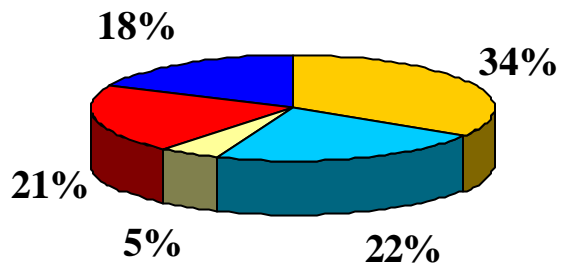
HOMBRES



3) ¿Cuál cree usted que es el real aporte de la LEY DICOM?

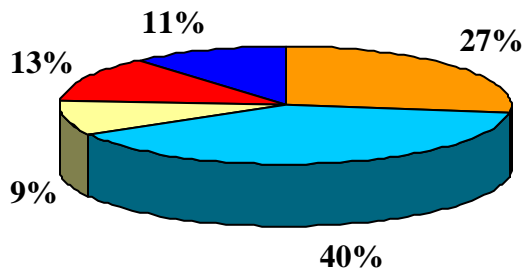


GSE ALTO



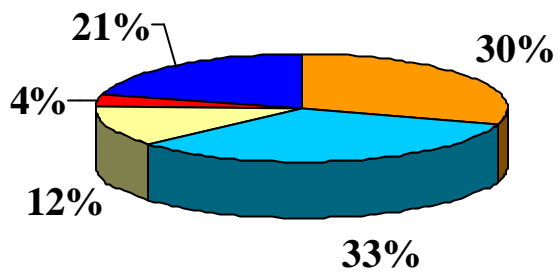
- Salir del registro histórico de deudores
- Encontrar trabajo
- Tener acceso a créditos
- Otra
- NS/NR

EDAD 15-24 AÑOS



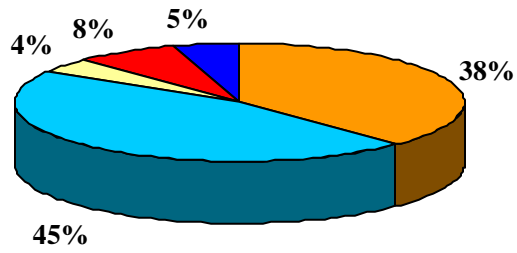
- Salir del registro histórico de deudores
- Encontrar trabajo
- Tener acceso a créditos
- Otra
- NS/NR

EDAD 25-39 AÑOS

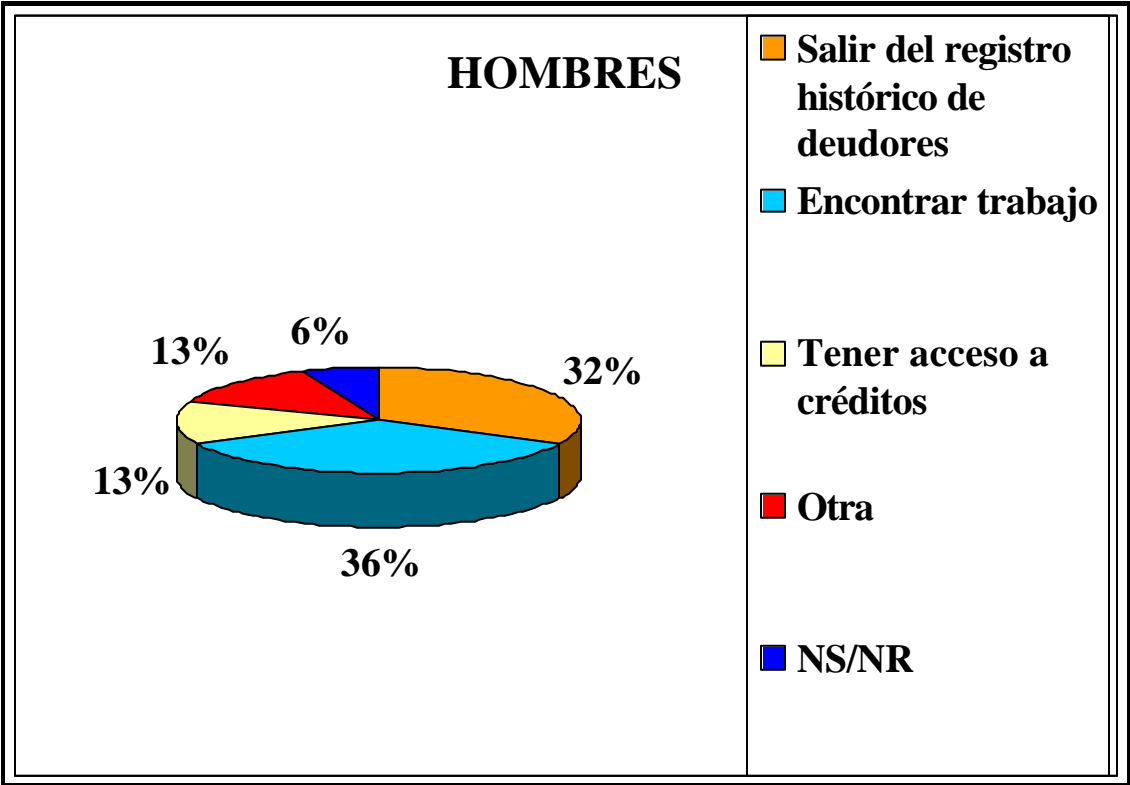
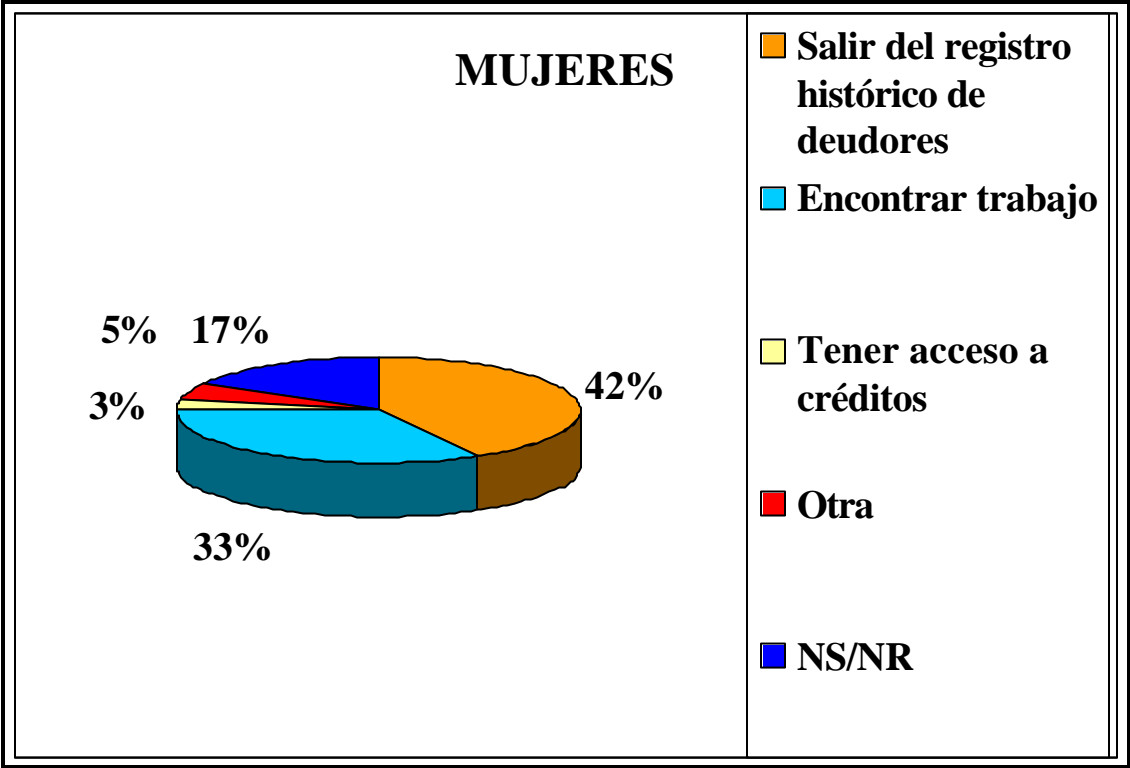


- Salir del registro histórico de deudores
- Encontrar trabajo
- Tener acceso a créditos
- Otra
- NS/NR

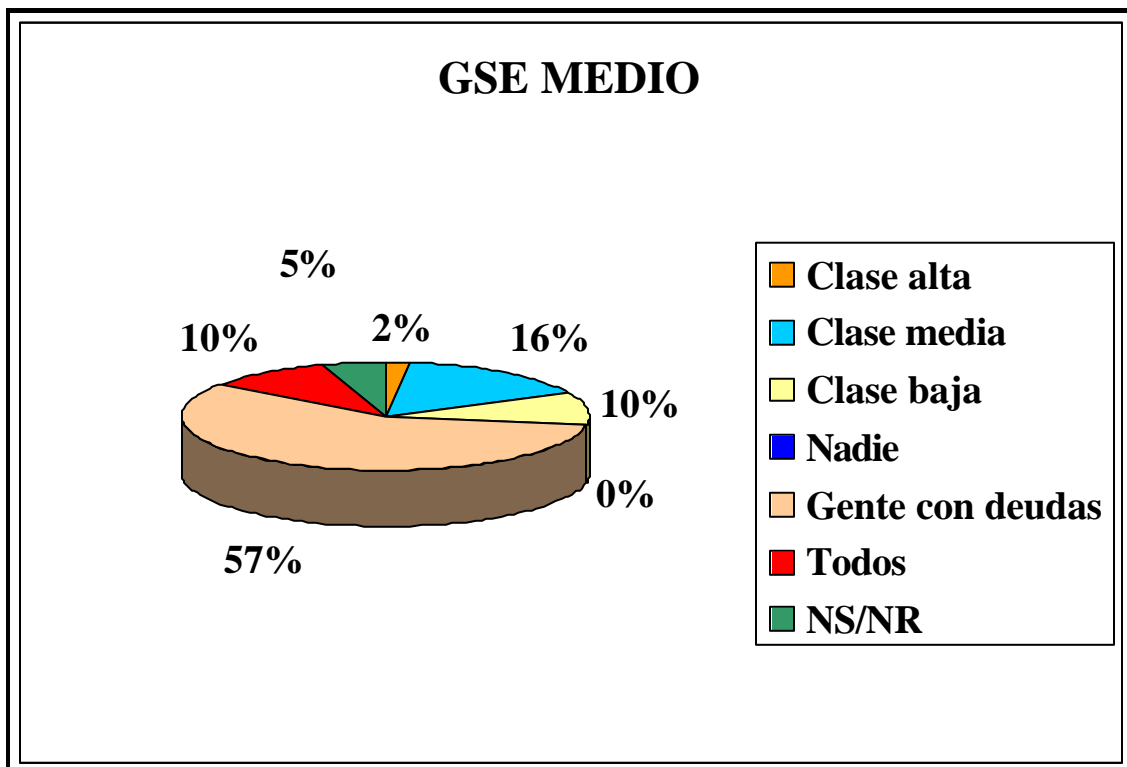
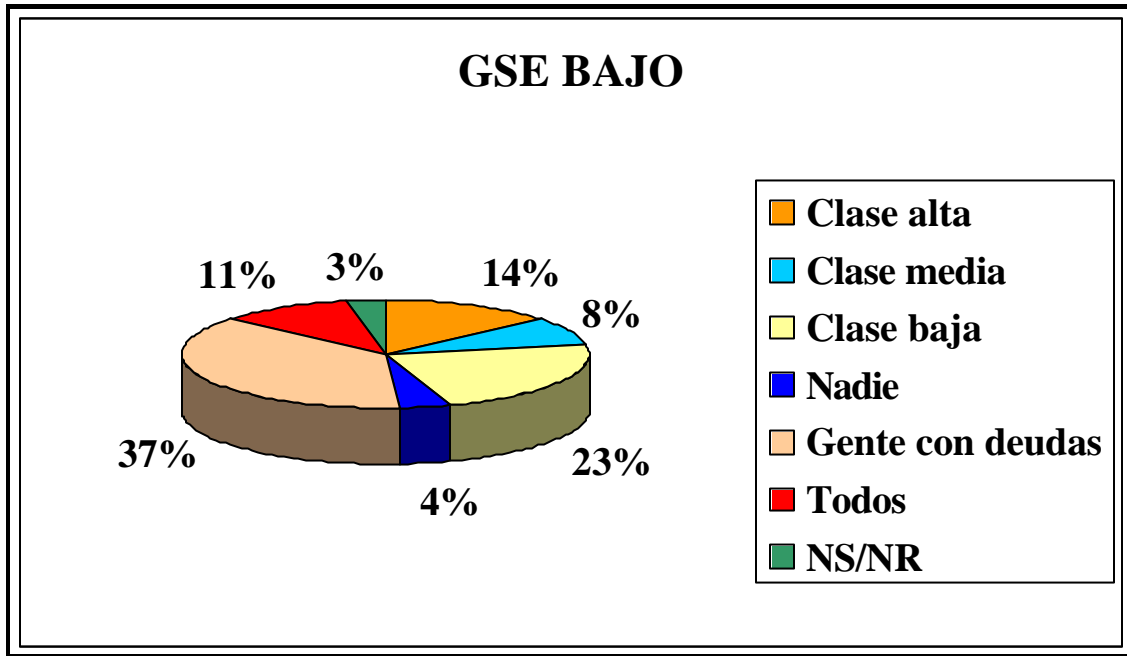
EDAD 40 AÑOS O MÁS



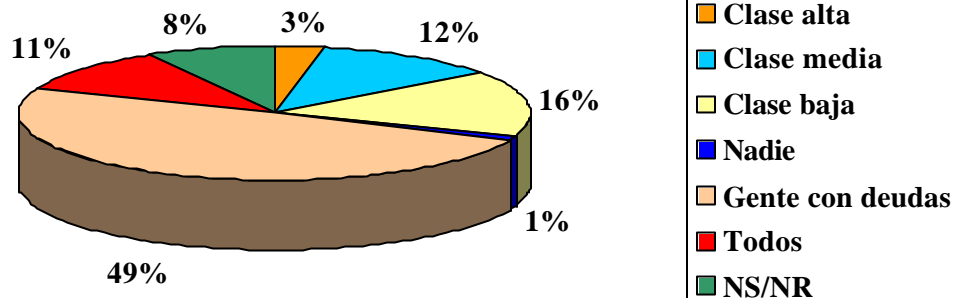
- Salir del registro histórico de deudores
- Encontrar trabajo
- Tener acceso a créditos
- Otra
- NS/NR



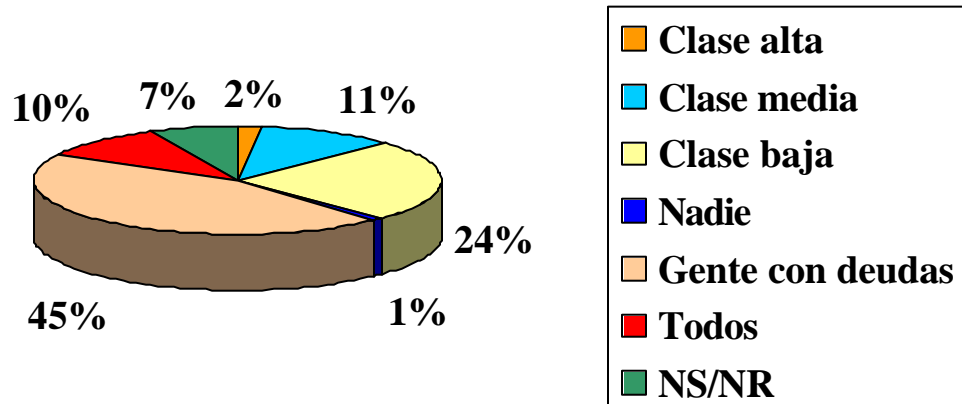
4) ¿Quiénes cree usted que son los más favorecidos con la LEY DICOM?



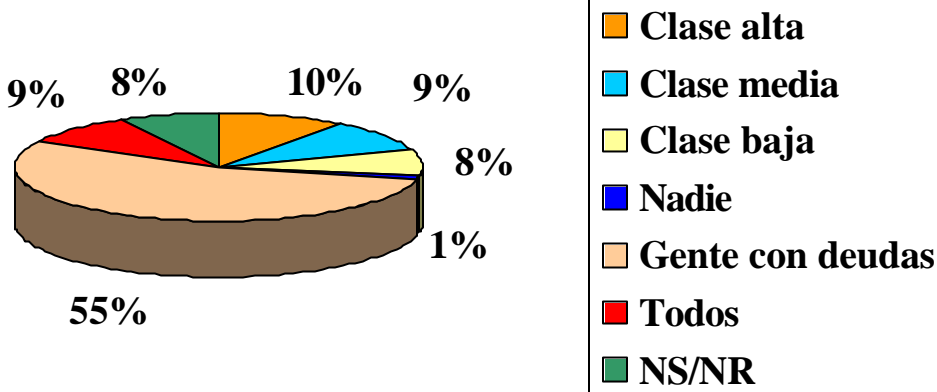
GSE ALTO



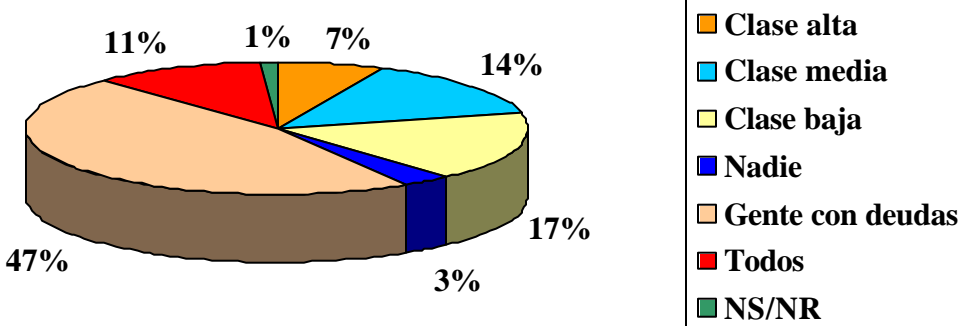
EDAD 15-24 AÑOS



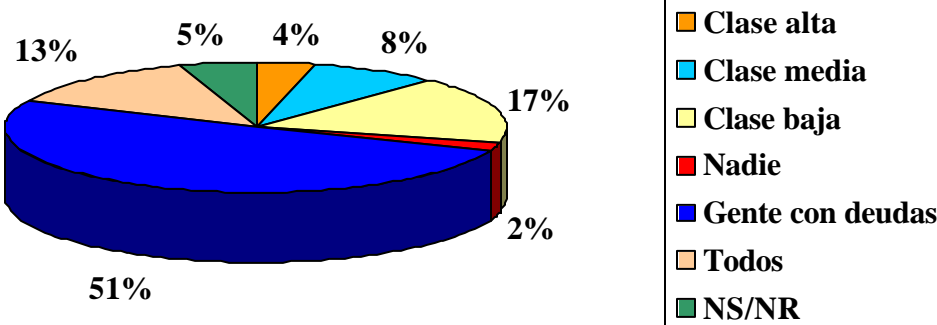
EDAD 25-39 AÑOS



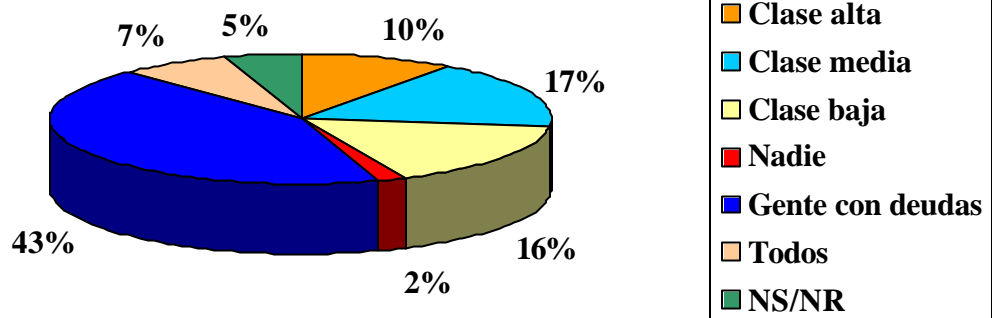
EDAD 40 AÑOS O MÁS



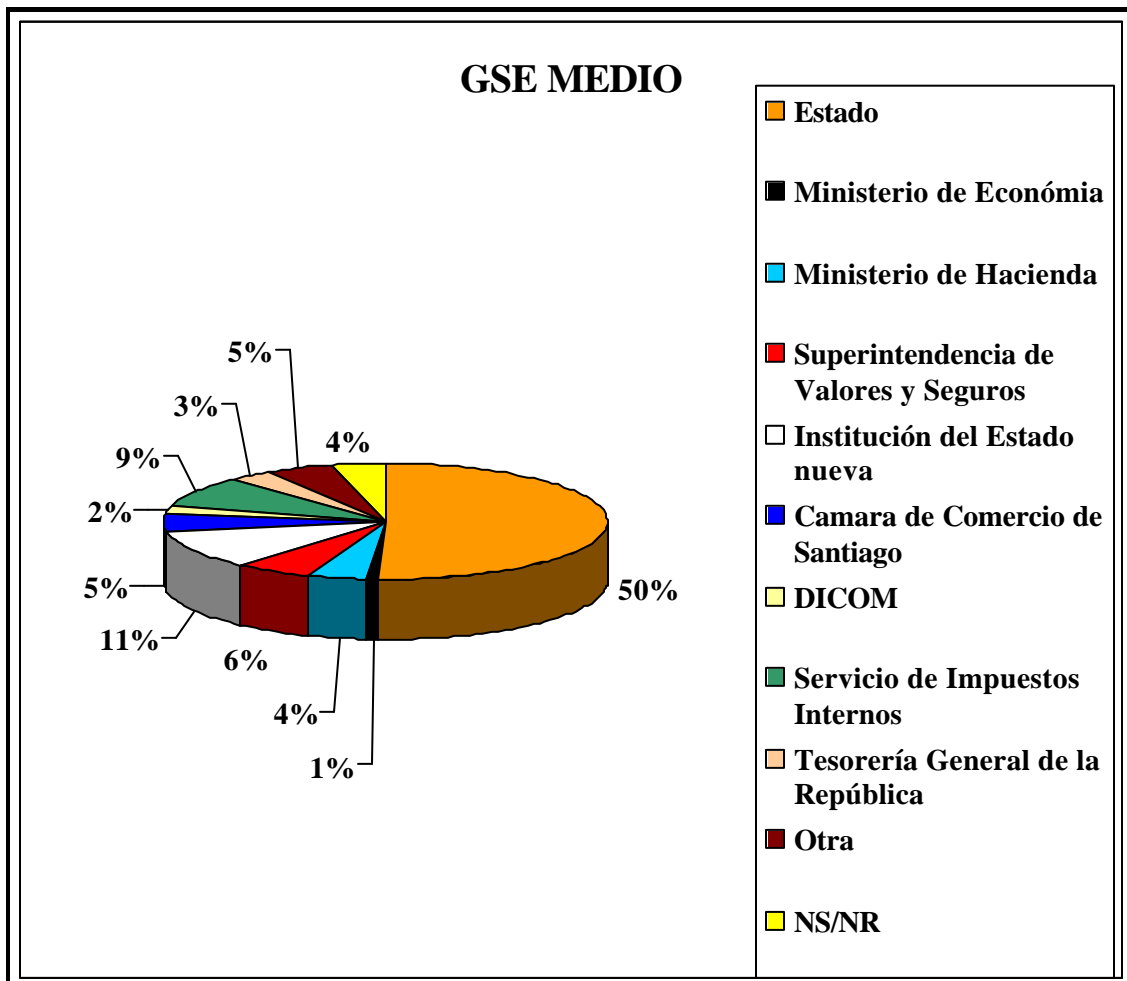
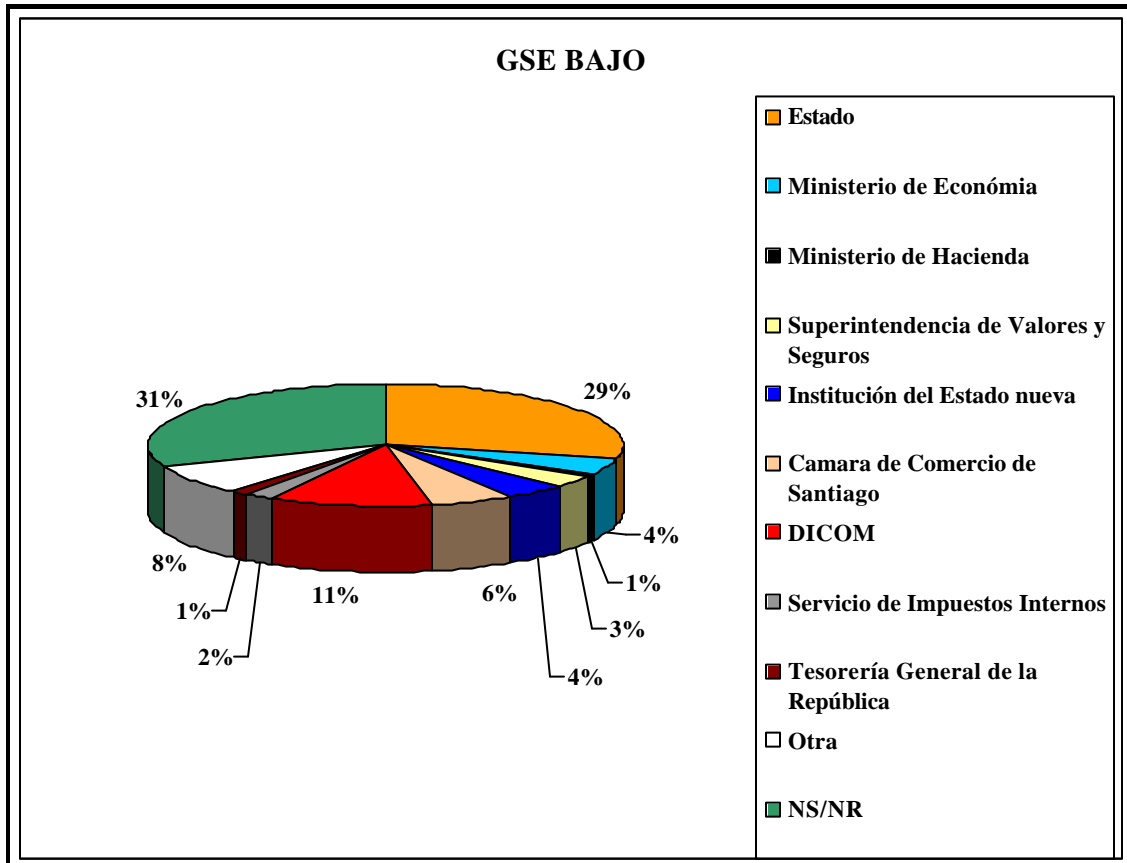
MUJERES



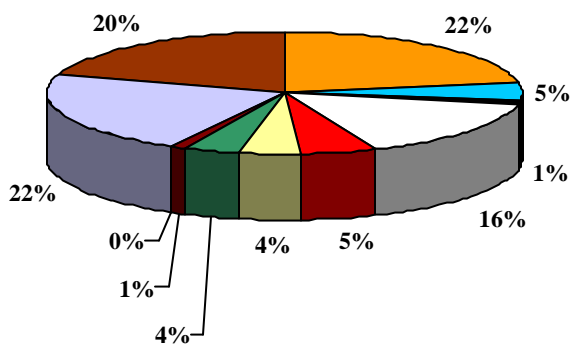
HOMBRES



5) ¿Quién cree usted que debe ser el organismo encargado de manejar la información de deudas financieras de las personas?

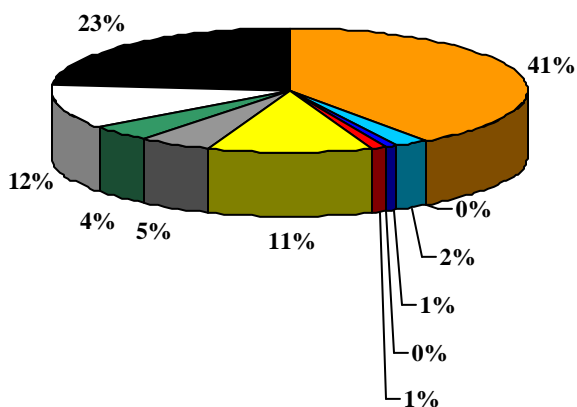


GSE ALTO



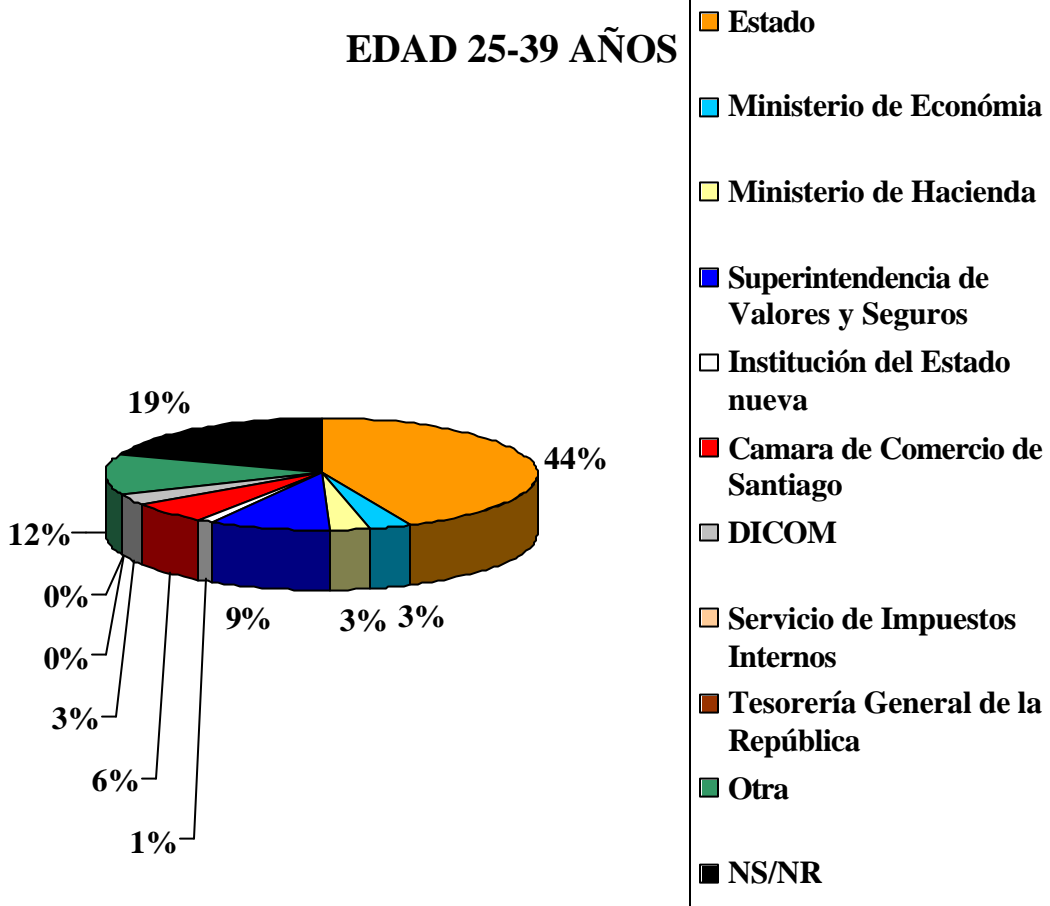
- Estado
- Ministerio de Economía
- Ministerio de Hacienda
- Superintendencia de Valores y Seguros
- Institución del Estado nueva
- Camara de Comercio de Santiago
- DICOM
- Servicio de Impuestos Internos
- Tesorería General de la República
- Otra
- NS/NR

EDAD 15-24 AÑOS

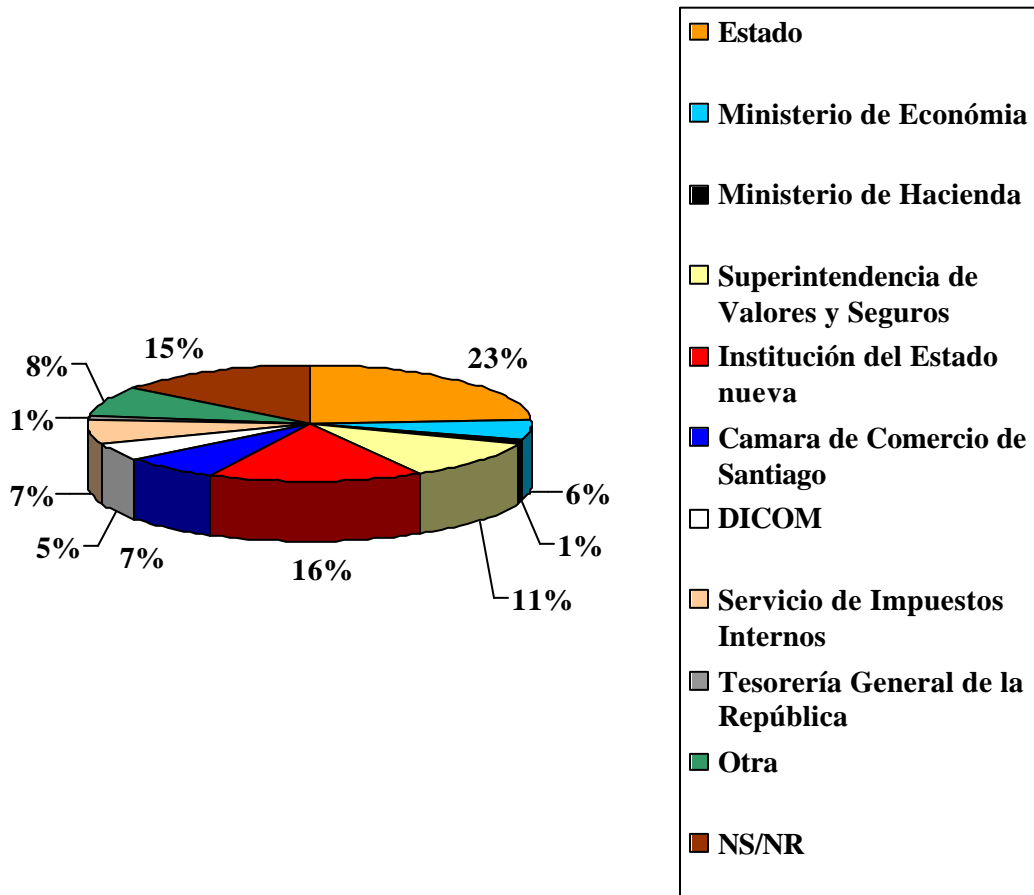


- Estado
- Ministerio de Economía
- Ministerio de Hacienda
- Superintendencia de Valores y Seguros
- Institución del Estado nueva
- Camara de Comercio de Santiago
- DICOM
- Servicio de Impuestos Internos
- Tesorería General de la República
- Otra

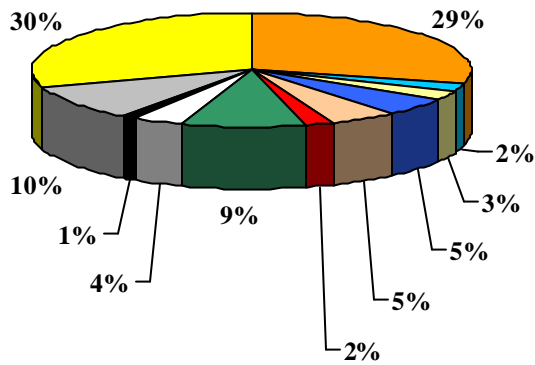
EDAD 25-39 AÑOS



EDAD 40 AÑOS O MÁS

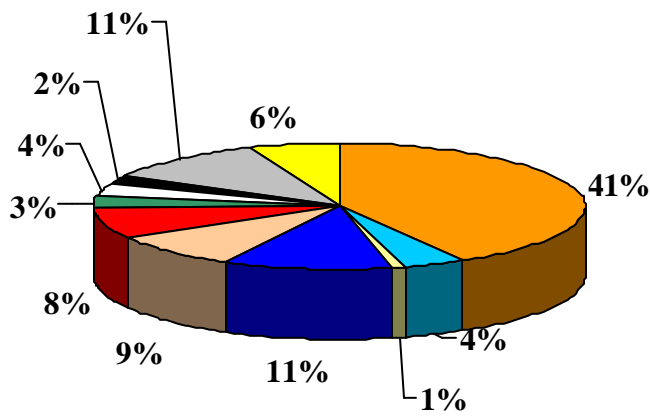


MUJERES



- Estado
- Ministerio de Economía
- Ministerio de Hacienda
- Superintendencia de Valores y Seguros
- Institución del Estado nueva
- Camara de Comercio de Santiago
- DICOM
- Servicio de Impuestos Internos
- Tesorería General de la República
- Otra
- NS/NR

HOMBRES



- Estado
- Ministerio de Economía
- Ministerio de Hacienda
- Superintendencia de Valores y Seguros
- Institución del Estado nueva
- Camara de Comercio de Santiago
- DICOM
- Servicio de Impuestos Internos
- Tesorería General de la República
- Otra
- NS/NR