

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# Agencia de Protección de Datos y telecomunicaciones: ¿quién es competente?

"...Lo ideal sería una práctica colaborativa, que evitara conflictos de competencia. Los reglamentos que se dicten para poner en práctica la LPDP podrían ayudar en este sentido. También la Contraloría. Lo peor sería que, por el surgimiento de conflictos de competencia entre la agencia y los reguladores sectoriales, el diseño del sistema terminara siendo definido, caso a caso, por los jueces del fondo..."

Miércoles, 4 de septiembre de 2024 a las 11:00



Lucas Sierra

Lucas MacClure



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Lucas Sierra y Lucas MacClure

La esperada nueva Ley de Protección de Datos Personales (LPDP) planteará una pregunta difícil desde el punto de vista del diseño institucional: ¿qué pasará con los órganos sectoriales que hoy tienen competencia en la protección de dichos datos? Un buen ejemplo para ilustrar esto es el sector de las telecomunicaciones.

La Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, señala: "Los proveedores de acceso a Internet *procurarán preservar la privacidad de los usuarios*, la protección contra virus y la seguridad de la red" (art. 24 H letra a, énfasis agregado). Buena parte de esa privacidad está constituida por sus datos personales. Consecuentemente, el Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones dispone: "Los datos personales de suscriptores y usuarios recabados por los proveedores de servicios de telecomunicaciones con motivo de la contratación y suministro de los servicios de

telecomunicaciones regulados en el presente reglamento, solo podrán utilizarse para los fines específicos asociados a la prestación del servicio, debiendo someterse en el tratamiento de tales datos a lo previsto al efecto en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada" (art. 24).

La ejecución de las disposiciones recién citadas está entregada al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y, más específicamente, a la Subtel. Ahora bien, la nueva LPDP crea una Agencia de Protección de Datos. Esta agencia será un órgano del Estado que tendrá la función de "velar por la efectiva protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus datos personales, de

conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones" (art. 30).

Supongamos ahora que un usuario de internet estima que su ISP ha hecho un uso indebido de sus datos personales. ¿Ante quién reclama? ¿Ante la Subtel, como lo tendría que hacer hoy, o ante la nueva Agencia de Protección de Datos?

El proyecto de nueva LPDP presentado por la Presidenta Bachelet proponía un criterio para contestar esa pregunta: "Todo tratamiento de datos personales que realicen las personas naturales o jurídicas, incluidos los órganos públicos, *que no se encuentre regido por una ley especial* quedará sujeto a las disposiciones de esta ley. Con todo, *en los asuntos no regulados en las leyes especiales se aplicarán supletoriamente* las normas de esta ley" (art. 1 inc. 2, Boletín N° 11144 -07, p. 12, énfasis agregado). Así, el proyecto seguía aquí un criterio análogo al de la Ley del Consumidor: la especialidad. De este modo, si la ley especial regulaba la materia, como es el caso de la de telecomunicaciones, ella se aplicaba con prioridad a la LPDP, la que, por lo mismo, devenía supletoria. Problema resuelto: nuestro usuario hipotético debía acudir a la Subtel.

Sin embargo, dicha disposición del mensaje presidencial fue eliminada en el Senado. Esto fue explicado así por el senador Harboe en la Comisión de Constitución: "(La eliminación) lo que hace es establecer que esta es la ley *principal* y *no es una ley supletoria* (...). En el (texto) anterior lo que se planteaba era que había el principio de especialidad, es decir, esta ley iba a ser supletoria. Y lo que hacemos ahora es establecer que no, que esta es la ley principal" (ver el [registro audiovisual](#) en "Comisión de Constitución - 16 de abril de 2019; cfr. "Informe de la Comisión de Constitución del Senado", 16 de marzo de 2020, p. 46, cuya transcripción es imprecisa).

Al tiempo que descarta su carácter de ley supletoria, la LPDP ofrece distintas normas que pueden relacionarse con nuestra pregunta. En primer lugar, dice que la agencia es competente para "c) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley, sus reglamentos y las instrucciones y normas generales que se dicten respecto de los tratamientos de datos personales" (art. 30 inc. 1).

Esta regla es suficientemente general como para abarcar buena parte de los comportamientos que un ISP puede realizar en contravención a la privacidad de un usuario. Además, incluso si alguna conducta específica de un ISP no fuera regulada por la LPDP, y solo se encontrara regulada en las normas de telecomunicaciones, pareciera que la agencia también podría tener competencia para fiscalizar su cumplimiento. Esto, en virtud de otro literal del artículo recién mencionado: "*b) Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias en materia de protección de los datos personales* y las instrucciones y normas generales que dicte la Agencia" (énfasis agregado). Pareciera, entonces, que la agencia no solo podrá aplicar la LPDP, sino también reglas sobre protección de datos que se encuentran en otras leyes y reglamentos, como las de telecomunicaciones.

En conjunto con lo anterior, la LPDP establece un criterio que está directamente relacionado con la pregunta que nos preocupa. Su art. 30 bis inc. final dice: "Requerido un organismo de la Administración para el ejercicio de las funciones o atribuciones que esta ley le entrega a la Agencia, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 19.880". Esta última se ocupa de las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA). En lo referido por la LPDP, la LBPA señala:

*“Requerido un órgano de la Administración para intervenir en un asunto que no sea de su competencia, enviará de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ello al interesado” (énfasis agregado).*

Aparentemente, la pregunta que nos preocupa está contestada: si nuestro usuario acude a la Subtel, esta debe enviar el caso a la agencia, informándole al usuario. Pero no es tan obvio, ya que persiste un problema. La condición del inciso recién citado es que el órgano sectorial (la Subtel) sea requerido respecto de un “asunto que no sea de su competencia”. En nuestro caso, la Subtel podría negarse a remitir el asunto argumentando que su normativa legal y reglamentaria, que vimos más arriba, la hace expresamente competente para conocer un reclamo de protección de datos personales de un usuario contra su ISP. Quedamos donde mismo: ¿quién conoce, la Subtel o la agencia? Y hay que elegir uno, porque no parece sensato que sean los dos. Como dice el artículo de la LBPA al que se remite el art. 30 inc. final de la LPDP, los antecedentes deben ser enviados al órgano que “deba” conocer del asunto. Es un órgano, no dos. Hay que resolver la superposición de competencias en favor de ese uno. El inciso final del art. 30 bis de la LPDP puede ayudar aquí, entendiéndolo en el sentido de que dicho órgano es la agencia.

Otra interpretación posible, y que produce el mismo resultado a favor de la agencia, es que el art. 30 bis inc. final de la LPDP define su propio supuesto de hecho y se remite a la LBPA exclusivamente para especificar su consecuencia jurídica. Según esta lectura, el supuesto de hecho del art. 30 bis inc. final de la LPDP se encuentra en el siguiente texto de este artículo: “Requerido un organismo de la Administración para el ejercicio de las funciones o atribuciones que esta ley le entrega a la Agencia”.

Estas “funciones o atribuciones” son aquellas definidas en el primer inciso del mismo art. 30 bis LPDP y sus literales, al cual ya nos hemos referido arriba a propósito de sus letras b) y c). Si un requerimiento a un órgano sectorial cae bajo alguna de esas funciones o atribuciones de la agencia, agrega el art. 30 bis inc. final de la LPDP, el órgano sectorial “deberá dar cumplimiento a lo dispuesto” en el art. 14 inc. 2 de la LBPA; es decir, como dice este artículo: “Enviará de inmediato los antecedentes” a la agencia, “informando de ello al interesado”. Así, aplicar el art. 30 bis inc. final de la LPDP *no* requiere contestar si el órgano sectorial es o no competente según su regulación sectorial, ni cómo esta competencia se relaciona con la de la agencia en un sentido abstracto. Lo único relevante es determinar si el órgano sectorial recibió un requerimiento y si la agencia es competente para conocerlo según la LPDP; si ello es así, el órgano sectorial debe enviarle el caso a la agencia y declararse incompetente, independientemente de lo que diga su regulación sectorial.

Más allá de la interpretación específica del art. 30 bis inc. final de la LPDP que uno adopte, la hipótesis que hemos analizado supone dar un paso grande: entender simultáneamente que, con la vigencia de la LPDP, la Subtel devendrá incompetente en materia de datos personales. Es decir, si recibe el reclamo de nuestro usuario deberá remitirlo a la agencia. Así las cosas, la LPDP implica la derogación tácita de la ley y reglamentos de telecomunicaciones. Y, probablemente, también, de otras regulaciones sectoriales (como Salud, por ejemplo). Es un paso que genera una radical concentración de competencias en la agencia.

Alternativamente, se podría argumentar que el citado art. 30 bis inc. final de la LPDP cede en favor del órgano sectorial. En otras palabras, en materia de datos personales de usuarios de servicios de telecomunicaciones, en general, y de ISPs, en particular, la Subtel seguirá siendo competente, no la agencia. Esta alternativa no necesita confabular derogaciones tácitas de ley, pero no parece consistente con el objeto de la LPDP, que crea un órgano nuevo, especializado en datos personales, ni en general con

la naturaleza "principal" (no supletoria) de la LPDP. ¿Qué sentido tendría una Agencia de Protección de Datos que es incompetente sobre internet por ser este un servicio de telecomunicaciones, a cargo de la Subtel? Internet es uno de los servicios en que más exponemos nuestros datos personales. Y mientras más digital se haga la economía, más será así.

Desgraciadamente, la historia fidedigna del establecimiento de la LPDP ayuda poco aquí. El significado de su art. 30 bis inc. final fue abordado de manera muy escueta en la comisión que lo introdujo, pese a que una parlamentaria alertó que era "confuso" (ver "Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados", 07/03/2023, pp. 397-398).

Ya veremos qué práctica institucional se irá desarrollando entre la LPDP y su agencia, por una parte, y las regulaciones sectoriales, por la otra. Lo ideal sería una práctica colaborativa, que evitara conflictos de competencia. Los reglamentos que se dicten para poner en práctica la LPDP podrían ayudar en este sentido. También la Contraloría. Lo peor sería que, por el surgimiento de conflictos de competencia entre la agencia y los reguladores sectoriales, el diseño del sistema terminara siendo definido, caso a caso, por los jueces del fondo.

*\* Lucas Sierra Iribarren y Lucas MacClure Brintrup son abogados y socios de Lupa Legal.*