FUSADES
Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social

N°. 124, noviembre de 2019

DEL Estudios Legales

Posición institucional

Recomendaciones para la creación de una autoridad de Protección de Datos Personales

I. Antecedentes

A pesar de la importancia que la protección de datos ha adquirido actualmente en el mundo, el país no tiene todavía una Ley de Protección de Datos Personales. Existe una dispersión de normas a las que se hizo referencia en el Análisis Legal e Institucional N°. 199 de Fusades, las cuales en total suman 6, pero sus contenidos no son armónicos, están llenas de vacíos y más que nada, no responden a las necesidades de un mundo digitalizado. Los avances que se han logrado en materia de protección de datos personales en el país, vienen sobre todo de la jurisprudencia constitucional, la cual ha ido actualizando algunos aspectos del derecho a la autodeterminación informativa, derivados del art. 2 de la Constitución, en el cual se establece que las personas tienen una serie de derechos, incluyendo el derecho a la intimidad y a ser protegidos en la defensa y conservación de los mismos, así como a la seguridad jurídica, garantizada por el mismo artículo.

A lo largo de la última década, ha habido varios anteproyectos de Ley de Protección de Datos personales presentados en la Asamblea Legislativa, pero ninguno ha sido discutido ampliamente, ni mucho menos aprobado. Actualmente, parece haber un renovado interés por legislar sobre el tema. Dos partidos de la Asamblea Legislativa han presentado proyectos de Ley de Protección de Datos Personales, con muchas similitudes. La mayor diferencia detectada está relacionada con la autoridad garante: en uno se propone que sea el Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) quien tenga a su cargo las acciones de protección de los datos, y en el otro, se propone que sea la Defensoría del Consumidor.
La Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa está convocando a representantes de distintos sectores del país para escuchar sus observaciones, con el objeto de elaborar un borrador en el que los técnicos legislativos comenzarán a trabajar en enero de 2020.

En el Análisis Legal e Institucional N°. 200 de Fusades, correspondiente al mes de noviembre de 2019, denominado: "Observaciones a los Proyectos de Ley de Protección de Datos Personales, Parte II: jurisprudencia constitucional, consideraciones sobre los 2 proyectos y conclusiones", se considera que la mejor opción es la creación de una entidad especializada que únicamente se ocupe de este tema[1]. En nota enviada a la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa se expresó esta postura, por lo que en esta Posición Institucional se ofrecen algunas recomendaciones sobre elementos que debería tener dicha institución.

1. En dicho Análisis Legal e Institucional se expresó que dada no considerábamos ni que el IAIP ni la Defensoría del Consumidor podrían ser las autoridades garantes porque, por una parte, es un tema que debe proteger un ente también especializado y además el IAIP ya está desbordado de trabajo. Por otra parte, las defensorías del consumidor están diseñadas para defender derechos esencialmente económicos o patrimoniales de la colectividad, en su dimensión de consumidora frente a sujetos particulares encargados de brindarles algún servicio o bien, mientras que la protección de datos personales es de otra naturaleza por completo.

II. Normativa aplicable:

Constitución:

Art. 2 Cn., incisos 1 y 2: "Toda persona tienen derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Jurisprudencia:[2]

En la jurisprudencia constitucional más reciente sobre el tema, el amparo 142-2012 del 20.10.2014, la Sala de lo Constitucional ha señalado que *"…el derecho a la autodeterminación informativa implica diferentes facultades que se reconocen al individuo para controlar el uso de la información personal que le atañe, tanto en su recolección como en el tratamiento, conservación y retransmisión de sus propios datos".*

En otro apartado de esta sentencia se establece que *"… este derecho también implica un modo de ejercicio que se desarrolla, primordialmente, como una exigencia de que existan instituciones y procedimientos para la protección y control de los datos frente al Estado y a los particulares".*

III. Análisis

Los datos personales se han vuelto el nuevo bien transable más valioso a nivel global. Muchas veces los datos son recolectados para fines lícitos, pero luego sucede que se presentan casos en que son intercambiados y hasta vendidos sin el conocimiento ni consentimiento de los titulares. Esto viola el derecho a la autodeterminación informativa de cada persona; es decir, el derecho de disponer y controlar su propia información y el derecho de activar acciones de protección, tal como se ha conocido recientemente que podría haber ocurrido desde el propio Instituto de Acceso a la Información (IAIP) hacia Casa Presidencial, por lo cual se ha informado que se abrirá una auditoría externa[3].

En virtud de los retos que la economía digital y el mundo en general presentan, se necesitan leyes de protección de datos personales modernas, basadas en estándares internacionales que incluyan una autoridad garante con las competencias necesarias para realizar su labor de forma efectiva. En ese sentido, a continuación se recomiendan algunos de los elementos mínimos que dicha entidad debería poseer:

a) Naturaleza

Debe ser un ente autónomo en lo político, en lo administrativo y en lo financiero, y especializado únicamente en la protección de datos personales. Debe tener potestades sobre todos los entes públicos y privados.

b) Tipo de autoridad

Se pueden valorar dos opciones, una podría ser la creación de un instituto integrado por 3 miembros, que podrían durar en el cargo 6 años. Se podría pensar en un diseño similar al del IAIP, en el que se propongan ternas provenientes de distintos sectores, sobre la base de un perfil claramente definido y siguiendo un proceso transparente y competitivo orientado a asegurar la idoneidad. Las ternas podrían provenir, por ejemplo, de

2. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa, pueden consultarse las siguientes sentencias Amparos: 934-2007 del 04.03.2011; 118-2002 del 02.03.2004; Inconstitucionalidades: 58-2007 del 08.03.2013 y 36-2004 del 02.09.2005

3. Alfaro, X. (2019). "Presidente de IAIP presenta su renuncia tras filtración de datos a la Presidencia", en ElSalvador.com del 15.11.2019 disponible en https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/presidente-de-iaip-presenta-su-renuncia-tras-filtracion-de-datos-a-la-presidencia/659384/2019/ e información obtenida el 22.11.2019 en conferencia de prensa ofrecida por el Pleno del IAIP.

entes públicos como la Corte Suprema de Justicia, el IAIP, y desde la academia, por medio de las universidades. Una vez definidas las ternas, puede recaer en el Presidente de la República el nombramiento de los miembros del instituto, quien debería motivar de forma suficiente la idoneidad de los mismos.

La otra opción podría ser la creación de una Superintendencia especializada, similar al diseño de la SIGET, con una Junta de 3 Directores a tiempo completo, compuesta por ejemplo, por un Director nombrado por el Presidente de la República, que ejercería como Superintendente, y 2 Directores más, que podrían ser, uno nombrado por la Corte Suprema de Justicia y otro por el IAIP. En este caso, cada uno de los nombramientos debe ceñirse rigurosamente al perfil preestablecido para desempeñar el cargo, y elegirse en procesos transparentes y competitivos en los que se asegure la idoneidad.

c) Perfil propuesto para los miembros del instituto:

i) Ser abogado.

ii) Mayor de 35 años.

iii) Acreditar más de 10 años de experiencia profesional.

iv) Con conocimientos y experiencia acreditable en derecho constitucional.

v) Con conocimientos en materia de datos personales.

vi) Con vocación demostrada con la transparencia y acceso a la información.

vii) No haber sido sancionado por ninguno de los entes de control del Estado, ni del ejercicio de la profesión en los últimos 10 años.

viii) No haber tenido ningún tipo de vinculación política partidaria formal ni material en los últimos 8 años.

d) Proceso de elección de los 3 titulares del instituto

El proceso de elección deberá ser basado en el mérito de los candidatos y el procedimiento deberá respetar la jurisprudencia constitucional sobre elecciones de segundo grado de funcionarios. Lo importante es que la nueva Ley de Protección de Datos Personales que se apruebe incluya la descripción de la autoridad garante, su alcance, la forma y el procedimiento para la elección de sus autoridades.

e) Entre las potestades que se recomiendan que tenga la autoridad garante, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes:

i) Realizar un censo de archivos, registros, ficheros y bases de datos sometidos a esta ley y mantenerlo actualizado.

ii) Solicitar información a los responsables de ficheros, bases de datos y archivos sobre el tratamiento de datos personales a su cargo, quienes estarán obligados a brindar la información solicitada.

iii) Proporcionar apoyo técnico a los entes obligados en la elaboración y ejecución de sus programas de protección de datos personales.

iv) Realizar investigaciones preventivas, que consistirán en la verificación de los ficheros y sistemas de seguridad de las instituciones públicas y privadas, para controlar el cumplimiento de la observancia de las normas sobre integridad y seguridad por parte de los archivos, registros o bases de datos. A tal efecto, solicitará autorización judicial para acceder a locales, equipos y programas, al juez de lo contencioso administrativo.

v) Promover una cultura de protección de datos en la sociedad.

vi) Imponer sanciones administrativas por violación a los derechos garantizados por la Ley de Protección de Datos Personales.

f) La autoridad garante podría contar con un Consejo Consultivo, el cual estará integrado por 3 académicos expertos en derecho constitucional, protección de datos, derecho administrativo, y en tecnologías de la información.

Los miembros del Consejo Consultivo únicamente tendrán funciones de asesoría técnica, no tendrán derecho a voto pero sí a voz en los asuntos de interés de la autoridad garante, durarán 6 años en el cargo y funcionarán por un régimen de dietas. El Consejo Directivo debería reunirse con los miembros de la autoridad garante por lo menos 1 vez al mes.

g) La autoridad garante deberá elaborar su propio reglamento en un máximo de 90 días después de haber sido nombrada, en el cual se deberán desarrollar normas para el funcionamiento del ente colegiado.

IV. Consideraciones finales

• Urge que el país apruebe una Ley de Protección de Datos Personales garantista y moderna, que tome en cuenta los retos de la digitalización.

• Es necesario que la implementación de dicha ley esté a cargo de un ente especializado y autónomo, que centralice la función de protección de datos personales en poder de bases de datos públicas y privadas, que podría ser un instituto nacional de protección de datos o una superintendencia.

• Es necesario que el diseño de dicha institución obedezca a los estándares y principios internacionales en la materia y que sea dotada del presupuesto y personal necesario para cumplir adecuadamente con sus atribuciones.

FUSADES
Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urb. Santa Elena, Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366, **www.fusades.org**