

San José, 12 de noviembre de 2020

**Señoras y señores
Junta Directiva
Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica
S. M.**

Estimadas señoras y señores:

Con la aprobación de los miembros de las comisiones de Derecho Informático y de la y Derecho Constitucional que suscriben este documento, procedemos a dar respuesta al acuerdo No.2020-22-010, tomado en sesión ordinaria No.22-20 de fecha de 15 de junio de 2020, donde se nos pide que aportemos nuestras opiniones jurídicas al oficio AL-CJ-21828-0194-2020, enviado por la Sra. Daniela Agüero Bermúdez, en su calidad de Jefe de Área de Comisiones Legislativas VII de la Asamblea Legislativa, el cual se refiere al proyecto de ley No.21.828, mismo que se denomina *“Traslado de la Agencia de Protección de Datos (Prodhab) a la Defensoría de los Habitantes y Reforma de varios artículos de la ley No.8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, del 07 de julio de 2011”*.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

Antes de iniciar el estudio del proyecto de ley sometido a nuestro conocimiento, es necesario dejar claro que, debido a que la solicitud que se nos remite proviene directamente de la Asamblea Legislativa, en tanto primer Poder de la República en ejercicio de sus funciones, la respuesta que elaboraremos será un dictamen de carácter no vinculante, dado que nuestro criterio no puede prevalecer por sobre el del legislador; pero que presentamos como colaboración ante las delicadas e importantes funciones que ejerce el parlamento costarricense.

También conviene aclarar que el término de ocho días hábiles, como límite para responder al oficio enviado por la Lic. Daniela Agüero Bermúdez al señor Presidente de la Junta Directiva, no se aplica a esta corporación profesional puesto que el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica no está comprendido en ninguna de las instituciones que señala el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. Al respecto, citamos el criterio de la Procuraduría General de la República, que es perfectamente aplicable al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, que dispone lo siguiente:

“ ... el plazo de 8 días hábiles establecido en el Artículo 157 (...) se refiere a las consultas que de conformidad con la Constitución (artículo 88, 97, 167 y 190) deben serle formuladas obligatoriamente a las instituciones del Estado, interesadas en un determinado proyecto de ley (verbigracia el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica, el

Poder Judicial o una Institución Autónoma), no así a las consultas optativas o voluntarias como la presente, que no está regulada por la normativa de cita.”⁽¹⁾

No puede concluirse, por tanto, que exista una aprobación o conformidad automática con el contenido del proyecto de ley dado en estudio a esta asociación jurídica sólo porque no se ha contestado en un plazo tan breve. En lugar de tenerse por no objetado ese proyecto de ley, téngase este dictamen como la posición oficial del Colegio de Abogados, una vez aprobado por la Junta Directiva.

II.- ANTECEDENTES:

Como una manera de introducción a este examen legislativo, nos interesa mostrar el contexto en que se plantea la idea de trasladar a la Agencia de Protección de Datos a otro Poder de la República.

Se sabe que esta iniciativa legislativa que nos ocupa responde a una serie de urgencias administrativas, fruto de situaciones que son quizás del conocimiento de la opinión pública. Concretamente, se han dado a conocer las actuaciones de la Agencia de Protección de Datos en relación con la creación de la Unidad Presidencial de Análisis de Datos (Decreto Ejecutivo No.41.996 de 14 de octubre de 2019, y posteriormente derogado mediante Decreto Ejecutivo No.42216 de 21 de febrero de 2020)⁽²⁾, así como una respuesta dirigida a los personeros del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado (SINIRUBE), órgano adscrito al Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS)⁽³⁾. Son criterios estos que resultan muy cuestionables desde el punto de vista jurídico, pues se refieren a la posibilidad de que los órganos del Estado puedan suscribir convenios de intercambio de datos con otros

¹⁾ Véase la opinión jurídica OJ-053-98 del 18 de junio 1998 de la Procuraduría General de la República. En ese mismo sentido, pueden consultarse las opiniones jurídicas OJ-055-2013 del 9 de setiembre de 2013 y la OJ-082-2015 del 3 de agosto de 2015.

²⁾ De esa forma se incluye en el comunicado de prensa, emitido por la Agencia de Protección de Datos de 21 de febrero de 2020, donde su actual directora indica (párrafo cuarto de la primera columna) que *“No existe prohibición legal para que la información pueda ser compartida. Siendo que la Ley No. 8968 establece excepciones y una de ellas es la actividad ordinaria de la Administración”*, afirmación que es contraria al Principio de Legalidad, consagrado tanto en el artículo 11 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública No.6227 de 02 de mayo de 1978.

³⁾ Véase la comparecencia del señor Erikson Álvarez Calonge, Director Ejecutivo de SINIRUBE ante la Comisión Legislativa que analiza el caso UPAD de 05 de agosto de 2020, donde indica que fue con base en el criterio de la Prodhab que se suscribieron “convenios de cooperación” entre instituciones públicas para la transferencia de datos personales incluidas en las bases de datos del SINIRUBE tuvieron “autorización” para que esa información se trasladara a otras entidades públicas. Según se indica allí, se han elaborado cuarenta y tres convenios de esa naturaleza, mismos que puede considerarse como ilegales pues no existe norma jurídica que avale su existencia.

entes públicos o privados, sin que esta autorización esté expresamente otorgada por una ley de la república; incluyendo la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, No.8968 de 07 de julio de 2011 ni la propia ley de creación del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado (SINIRUBE), ley 9137 de 30 de abril de 2013, normas legales que no contemplan esa posibilidad en su texto ⁽⁴⁾.

No obstante, la Agencia de Protección de Datos ha sostenido que, como dichas leyes no lo prohíben expresamente, están permitidos dichos simples convenios administrativos de intercambio de datos personales. Opinión que ha sido el fundamento para la emisión de una serie de normas jurídicas administrativas en nuestra opinión todas ilegales; así como de actuaciones administrativas por parte de algunos órganos públicos que han transferido información personal de los ciudadanos a otros entes públicos y privados ⁽⁵⁾.

Además, la Prodhav ha manifestado que los datos “confidenciales” no están contemplados en la actual Ley de Protección de Datos No.8968; opinión que consideramos incorrecta puesto que dichas categorías de datos deben entenderse referidas a los datos íntimos y a los datos de acceso restringido⁽⁶⁾, que están todos protegidos por la Constitución Política y las leyes. Además, la Prodhav se ha basado en el artículo 8 de la citada ley No.8968 para indicar que allí se ha autorizado los entes públicos a transferir datos personales de los ciudadanos sin que medie la autorización legislativa expresa por parte de los titulares de los datos personales ⁽⁷⁾; distinto de lo que señala el artículo 14 de la propia ley como regla general.

También es necesario mencionar al menos otras dos situaciones concretas en que la Prodhav no ha actuado conforme le ordena su ley constitutiva. La primera de estas se dio a conocer mediante la prensa, noticia que indicaba que diferentes

⁴⁾ Así se concluye del análisis efectuado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica acerca de la Ley de creación del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado No.9137 de 30 de abril de 2013, documento aprobado por la Junta Directiva mediante oficio JD-08-666-20 de 29 de julio de 2020, y dirigido a la Comisión Legislativa que analiza el decreto UPAD.

⁵⁾ Comunicado de prensa de la Agencia de Protección de Datos de 21 de febrero de 2020. De igual forma, véase la comparecencia de la Sra. Elizabeth León, Directora de la Prodhav, ante la Comisión Legislativa que analiza el caso UPAD, de fecha 29 de junio de 2020, donde nuevamente sostiene esas opiniones.

⁶⁾ Esta afirmación se basa en el “Informe sobre la Unidad Presidencial de Análisis de Datos” de 02 de marzo de 2020, elaborado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y entregado a la Defensoría de los Habitantes. Su texto puede consultarse en <http://v1.abogados.or.cr/informeUPAD.pdf>

⁷⁾ Así se afirma en el comunicado de prensa, emitido por la Agencia de Protección de Datos de 21 de febrero de 2020, donde su actual directora justifica (párrafo cuarto y siguientes de la segunda columna) el traspaso de datos personales sin autorización de sus titulares.

funcionarios de la Caja Costarricense del Seguro Social, incluyendo choferes, mensajeros, bodegueros y guardas de seguridad (incluso exfuncionarios) tenían acceso la base de datos del Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE); la cual contiene información sobre las cuotas obrero – patronales, que deberían considerarse como datos de acceso restringido dado que son confidenciales. No obstante, la Agencia de Protección de Datos Personales no había intervenido en ese caso, siendo que deberían actuar de oficio ⁽⁸⁾.

La segunda situación fue igualmente dada a conocer en la prensa escrita, en la que se informaba que el partido Restauración Nacional había accedido a 3,9 millones de celulares de las empresas de telecomunicaciones Kölbi, Movistar y Claro para enviarles propaganda a los ciudadanos antes de la segunda ronda de las elecciones presidenciales de febrero de 2018. Según la noticia, ese partido político contaba con una base de datos de números telefónicos celulares de costarricenses que tampoco estaba registrada ante la Prodhav ⁽⁹⁾. No obstante, de acuerdo con el artículo 9 de la ley 8968 sobre protección de datos personales, los números telefónicos privados son datos personales de acceso restringido. La Agencia de Protección de Datos Personales no actuó en ese caso. Debieron haber procedido de oficio según se estatuye en el artículo 16, inciso f) de la ley 8968.

Por otra parte, también se ha informado que ha tenido muchos directores en su corta vida institucional, no todos ellos con los mismos criterios jurídicos ni con la misma visión corporativa ni la misma preparación profesional; circunstancia que ha provocado inestabilidad dentro de sus integrantes y contradicción en sus opiniones jurídicas. A la vez, según manifiesta la propia Dirección de la Prodhav, este órgano carece de los recursos humanos y materiales para llevar a cabo sus cometidos legales. Las razones de este panorama parecen residir básicamente en la estrechez presupuestaria que debe afrontar la Prodhav, que la ha obligado a sobrevivir con muy escaso personal y de poca preparación en esta materia.

Finalmente, es necesario mencionar que el patrimonio físico de la Prodhav es exiguo, lo que se muestra un desarrollo tecnológico escaso. No es sino hasta hace poco tiempo que dicha Agencia se trasladó del espacio físico que ocupaba en el Ministerio de Justicia, y no contaba aún con servidores Web ni correo electrónico institucional, sino que utilizaba un correo Web gratuito. Debido a esto, por ejemplo, las resoluciones que emite no son dadas a conocer a la ciudadanía por carecer de una página Web para ello. Aún a la fecha de redacción de este informe, no es posible consultar ninguna resolución de este órgano en el sitio www.prodhav.go.cr, pues se indica que la página está en mantenimiento.

Estos hechos no corresponden a las circunstancias y el entorno de alto tráfico de datos en formato electrónico en las redes de comunicación respecto de los cuales debe la Prodhav ser vigilante sobre los datos personales y que para ello, debe contar

⁸⁾ Así se publicó en el diario La Nación, de fecha 08 de enero de 2020, página 1.

⁹⁾ Así fue publicada la noticia en el diario La Nación de 20 de marzo de 2020, página 1.

no sólo con las potestades jurídicas, sino también con las capacidades tecnológicas para actuar conforme al mandato legal que le fue conferido.

Esta breve reseña de la situación actual de esta institución, aunado a los yerros jurídicos cometidos e inacción por parte de la Prodhav, nos lleva a concluir no sólo que se han violentado los principios constitucionales de privacidad, de legalidad y de reserva ley, que parecen no haber sido tomados en cuenta por dicho ente estatal adscrito al Ministerio de Justicia.

En cuanto al primer punto, tomando en cuenta que los criterios vertidos han tenido un peso significativo a la hora de tomar decisiones por parte diversos órganos públicos y políticos, se concluye que la actuación de la Agencia de Protección de Datos resulta más que cuestionable pues ha emitido dictámenes que no se ajustan al texto de la constitución Política y la ley.

Así las cosas, las Comisiones de Derecho Informático y de Derecho Constitucional concuerdan, con la necesidad urgente de que la Agencia de Protección de Datos se ubique fuera del Ministerio de Justicia y del Poder Ejecutivo (a pesar de que sus actividades son eminentemente administrativas), y que sea trasladada esa oficina con el propósito tener verdadera independencia de criterio.

Nuestras observaciones y sugerencias al proyecto de ley son las que planteamos a continuación, y tienen como base las consideraciones que hemos esbozado en esta descripción general.

III.- OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY:

“ARTÍCULO 1.- Se traslada la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes (Prodhav) del Ministerio de Justicia y Paz a la Defensoría de las y los Habitantes de la República, manteniendo su naturaleza jurídica y competencias legales. Para estos efectos, las plazas y el personal que actualmente labora en la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes, así como el presupuesto, los bienes, los equipos y todos los demás activos públicos asignados a la Prodhav, se trasladarán a la Defensoría de los Habitantes a fin de que continúen destinados al cumplimiento de los fines y las competencias asignadas a la Prodhav por la Ley N° 8968, “Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, del 07 de julio del 2011.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Este artículo constituye el núcleo principal del proyecto de ley, por lo que debe revisarse cuidadosamente. Concordamos totalmente con la necesidad de que la Agencia de Protección de Datos no deba estar ubicada en el Ministerio de Justicia y,

en general, dentro del Poder Ejecutivo. Como órgano público subordinado hoy al Ministerio de Justicia (pues es quien nombra al encargado de la Dirección de la Prodhab) le ha restado independencia de criterio y credibilidad en sus opiniones jurídicas.

No obstante, lo indicado, debe meditararse si la institución donde se pretende reubicar a la Agencia de Protección de Datos es la más adecuada y conveniente. Se trata de la Defensoría de los Habitantes, un ente adscrito al Poder Legislativo que, según indica su ley de creación No.7319 de 17 de noviembre de 1992, es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes, y tiene la potestad de desempeñar sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio. Los cometidos institucionales que se le encargan (“proteger los derechos e intereses de los habitantes”) son sumamente amplios y no se desarrollan ni explican en su ley constitutiva.

La Defensoría de los Habitantes tiene una naturaleza jurídica muy diferente a la de la Prodhab, iniciando por la emisión de resoluciones que no son vinculantes que tienen más bien un propósito recomendatorio o de denuncia pública: un a magistratura de influencia como se le conoce en la doctrina.

Las funciones y obligaciones que la ley le otorga a la Defensoría de los Habitantes de la República son más amplias, pues es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes, velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, a la Constitución Política, a las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho; además de promocionar y divulgar los derechos de los habitantes. Tiene también la posibilidad de iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público, así como interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el Ordenamiento Jurídico, todo ello en concordancia con su ley constitutiva. Se trata, pues, de una magistratura de influencia, la cual implica

“...el ejercicio responsable (...) frente a aquellas conductas que, aún y cuando no puedan ser objeto de sanción según la normativa vigente, perturban de manera evidente intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento.”⁽¹⁰⁾

Nótese entonces cuán extensos y dilatados son los cometidos de la Defensoría de los Habitantes, dado que funge como una entidad contralora de legalidad de los órganos estatales. En ese sentido, la Defensoría tendría la posibilidad de intervenir prácticamente en cualquier situación en que algún derecho pueda verse lesionado, siempre y cuando no exista una institución pública a la cual la ley específicamente le obligue a intervenir como administración activa.

Esta afirmación nos conduce a nuestra principal discrepancia con el contenido del artículo en comentario que se propone en este proyecto de ley. Según hemos

¹⁰⁾ Tribunal Supremo de Elecciones, resolución No.2841 de 25 de agosto de 2008.

afirmado, la Defensoría de los Habitantes no tiene autorización para llevar a cabo funciones de administración activa ni sustituirla de ninguna manera, según reza el artículo 14 de su ley constitutiva No.7319 ya citada:

“ARTICULO 14.- Naturaleza de la intervención.

1.- La intervención de la Defensoría de los Habitantes de la República no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, sino que sus competencias son, para todos los efectos, de control de legalidad. (...) (Los subrayados no son del original)

Consideramos que la Defensoría no debe actuar como administración activa en la protección de la autodeterminación informativa, ni sustituirla, sino más bien exhortar e intervenir ante el órgano encargado (la Prodhab, en este caso) para que cumpla las obligaciones que le ordenan las leyes. Así como revisar que sus actuaciones y criterios sean contestes con el Ordenamiento Jurídico, y luego, tomar las medidas administrativas y penales del caso si se demuestra un quebranto o desaplicación de las normas que rigen la materia.

En cambio, la Agencia de Protección de Datos tiene obligaciones muy concretas y de naturaleza administrativa, según se señalan en el numeral 16 de la ley correspondiente No.8968, todas ellas relacionadas íntimamente con la protección específica de datos personales. Por ejemplo, el inciso a) señala como función el *“velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, tanto por parte de personas físicas o jurídicas privadas, como por entes y órganos públicos.”* Nótese que el resto del contenido de su artículo 16 le comisiona una serie de labores de orden administrativo, tales como llevar un registro de las bases de datos que deban estar inscrita de acuerdo con la ley, así como requerir, de quienes administren bases de datos, las informaciones necesarias para el ejercicio de su cargo, entre ellas, los protocolos utilizados. También tiene la potestad de acceder a las bases de datos reguladas por la ley, a efectos de hacer cumplir efectivamente las normas sobre protección de datos personales.

Esta atribución se aplicará para los casos concretos presentados ante la Agencia y, excepcionalmente, cuando se tenga evidencia de un mal manejo generalizado de la base de datos o sistema de información. Debe resolver sobre los reclamos por infracción a las normas sobre protección de los datos personales, así como ordenar, de oficio o a petición de parte, la supresión, rectificación, adición o restricción en la circulación de las informaciones contenidas en los archivos y las bases de datos, cuando éstas contravengan las normas sobre protección de los datos personales.

Tiene el deber de imponer las sanciones establecidas en la ley, a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que infrinjan las normas sobre protección de los datos personales, y dar traslado al Ministerio Público de las conductas que puedan configurar delito. La Prodhab debe promover y contribuir en la redacción de normativa tendiente a implementar las normas sobre protección de los datos personales, y dictar las directrices necesarias, las cuales deberán ser publicadas en el diario oficial La Gaceta, a efectos de que las instituciones públicas implementen los procedimientos

adecuados respecto del manejo de los datos personales, respetando los diversos grados de autonomía administrativa e independencia funcional. Finalmente, se le ordena fomentar entre los habitantes el conocimiento de los derechos concernientes al acopio, el almacenamiento, la transferencia y el uso de sus datos personales ⁽¹¹⁾. Tómese en cuenta además que la Prodhab tiene la posibilidad de imponer multas según la gravedad de las acciones, ya sean faltas leves, graves o gravísimas, además de cobrar el canon por la inscripción de las bases de datos.

Si el artículo propuesto en esta iniciativa legislativa se aprobase en los términos originalmente sugeridos en este proyecto, habría que modificar también la Ley de la Defensoría de los Habitantes No.7319 para incluir las funcionalidades de la Prodhab como excepciones a ese cuerpo normativo, y definir en qué casos aplican unas obligaciones y en qué otros no.

Nótese que el numeral en comentario no indica en qué carácter estaría funcionando la Prodhab, si como un órgano adscrito (pues es tal su naturaleza jurídica) o como un departamento más dentro de la Defensoría.

Actualmente, la Prodhab es un órgano de desconcentración máxima, adscrito a un Ministerio, con personalidad jurídica instrumental e independencia de criterio, de acuerdo con lo que estatuye su ley de creación No.8968:

ARTÍCULO 15.- Agencia de Protección de Datos de los habitantes (Prodhab)

Créase un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Justicia y Paz denominado Agencia de Protección de Datos de los habitantes (Prodhab). Tendrá personalidad jurídica instrumental propia en el desempeño de las funciones que le asigna esta ley, además de la administración de sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. La Agencia gozará de independencia de criterio. (Los subrayados no son del original)

Nos encontraríamos entonces ante una situación jurídica singular de un órgano independiente dentro de otro órgano también independiente, pero sin indicar en qué ubicación o grado de jerarquía estarían uno en relación con el otro.

Nos parece que el Defensor o Defensora serían sus jefes, pero ello no se explica en la norma propuesta cuál podría ser la incidencia o capacidad de decisión de un órgano sobre otro. Estas dudas deberían estar debidamente resueltas y en detalle en ambas leyes constitutivas; contenido de suma importancia que se omite en este primer artículo, pero que sugerimos sea revisado e incluido cuidadosamente.

Quizás podría evitarse esta confusa situación si se toma en cuenta la idea que, respetuosamente, presentamos de seguido.

Nuestra propuesta sería más bien que la Agencia de Protección de Datos, a falta de una ubicación más adecuada para su funcionamiento, especialmente porque su

¹¹⁾ Así están indicadas estas obligaciones en el artículo 16 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No.8968 de 07 de julio de 2011. De igual manera se ha reseñado en el “Informe sobre la Unidad Presidencial de Análisis de Datos” de 02 de marzo de 2020, elaborado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, punto 8), páginas 6 y 7. Su texto puede consultarse en <http://v1.abogados.or.cr/informeUPAD.pdf>

accionar es meramente administrativo (lo que justificaría que se encontrase primeramente ubicado en el Poder Ejecutivo, pero que, por las razones explicadas repetidamente, se ha trastocado en una situación insostenible) se convierta en un órgano adjunto al propio Poder Legislativo, no como parte de la Defensoría de los Habitantes, sino directamente vinculado al Congreso. Similar al estatus que tiene la propia Defensoría, y respetando su naturaleza jurídica, funciones, obligaciones y demás potestades de independencia de criterio, idénticos a los que goza actualmente, aunque no los haya ejercido cuando debió. Con esta nueva propuesta, se estaría evitando la confusión jerárquica administrativa y laboral que hemos mencionado. Así, la Prodhab respondería directamente al Parlamento y no a la Defensoría (aunque esto último no ha quedado claro en el proyecto) con responsabilidades tales como las de rendir informes anuales y una comparecencia ante los legisladores, tal y como se ordena hoy día para la propia Defensoría.

Con base en lo expuesto, nuestra alternativa de redacción de este artículo 1 es la siguiente, misma que también deberá modificar el texto del artículo 15 de la ley 8968 para que elimine la adscripción de la Prodhab al Ministerio de Justicia y poniéndola bajo la tutela del Poder Legislativo:

ARTÍCULO 1.- *Se traslada la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes (Prodhab) del Ministerio de Justicia y Paz al Poder Legislativo, manteniendo su naturaleza jurídica y competencias legales. Para estos efectos, las plazas y el personal que actualmente labora en la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes, así como el presupuesto, los bienes, los equipos y todos los demás activos públicos asignados a la Prodhab, se trasladarán al Poder Legislativo a fin de que continúen destinados al cumplimiento de los fines y las competencias asignadas a la Prodhab por la Ley N.º 8968, “Ley Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, del 07 de julio del 2011.*

De igual manera, se modifica el artículo 15 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No.8968 de 07 de julio de 2011 para que, donde diga “Ministerio de Justicia y Paz”, se sustituya por “Poder Legislativo”.

Presentamos esta modificación alternativa para que sea debidamente conocida en las instancias que correspondan.

- * -

“ARTÍCULO 2- *Se reforman los artículos 8, incisos e) y f), 12, 15, 17 y 20, inciso b) de la Ley N.º 8968, “Ley Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, del 07 de julio del 2011, para que en adelante se lea:*

Artículo 8- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano

*Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con **los principios de legalidad y de** transparencia administrativa, cuando se persigan los siguientes fines:*

(...)”

Comentario Comisión de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

El artículo 8 de la ley No.8968 es el que ha dado pie a una errónea interpretación por parte de las autoridades del Poder Ejecutivo, incluyendo a la Agencia de Protección de Datos, quienes han creído encontrar en este la autorización tácita para que se haya producido una diseminación indiscriminada y sin control de la información que consta en las bases de datos de las instituciones públicas, y se haya traspasado sin que medie consentimiento de ningún tipo por parte de los titulares de dichos datos personales. La Prodhab sostiene que en este numeral esetá la justificación, como excepción jurídica, para el trasiego de datos personales entre órganos públicos y que no requiere el consentimiento del titular ⁽¹²⁾. Las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional no comparten ese criterio pues no es concordante con las normas de rango superior y otras de alcance general, que son las que deben guiar las actuaciones de la administración pública en esta materia, según veremos a continuación.

En efecto, como bien se subraya en el proyecto de ley, debe enfatizarse la necesidad de aplicar el principio de legalidad en el accionar administrativo, aunque ello en realidad resulte una verdad de Perogrullo. Este Principio, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública de 1978, ordenan que tanto los órganos públicos como los funcionarios deben actuar apegados a la letra de la ley; cuyos límites deben ser respetados de igual manera. Cualquier acción que trascienda o trasgreda la demarcación que la propia ley señale, deberá tenerse como ilegal y, por tanto, inválida.

Así las cosas, no se puede distinguir donde la ley no distingue, ni forzar interpretaciones que vayan en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pues deberá hacerse de manera restringida cualquier exégesis que se haga de una norma que pueda lesionar garantías constitucionales. Así lo ha reconocido con toda claridad la Sala Constitucional en su jurisprudencia, misma que ha sido constante, por ejemplo, en la sentencia N. 4205-96 de 20 de agosto de 1996, donde se expresa que:

"...no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas,

¹²⁾ Comunicado de prensa de la Agencia de Protección de Datos de 21 de febrero de 2020, segunda columna, donde se indica que son "excepciones" al consentimiento informado. De igual forma, véase la comparecencia de la Sra. Elizabeth León, Directora de la Prodhab, ante la Comisión Legislativa que analiza el caso UPAD, de fecha 29 de junio de 2020, donde también repite esas interpretaciones.

debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido propio o esencial del derecho –que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su particularidad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad –sentencia número 3550-92, así por ejemplo: 1-. Deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2-. Para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3-. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4-. la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional...".

Por esto, sugerimos que se añada una admonición en ese mismo párrafo que se plantea adicionar con la mención al principio de legalidad (sobre el cual no tenemos objeción), el cual diría en su parte final, que subrayamos:

“Artículo 8- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano

*Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con **los principios de legalidad y de** transparencia administrativa, cuando se persigan los fines que se dirán.*

No obstante, cualquier interpretación de esta ley en su aplicación deberá hacerse de manera restringida y no podrá entenderse en ningún sentido que pueda lesionar los derechos ciudadanos de autodeterminación informativa.”

Es en este sentido que hacemos la propuesta legislativa para blindar más aún este artículo, porque se ha interpretado erróneamente en contra de los derechos ciudadanos, precisamente por la propia institución que está obligada por ley a velar porque esas garantías se vean respetadas y cumplidas.

- * -

*“e) La adecuada prestación de servicios públicos, **siempre que se realice en el marco las competencias y potestades expresamente conferidas por la ley al ente prestatario.**”*

*“f) La eficaz actividad ordinaria de la Administración, **dentro de los límites de las competencias y potestades expresamente conferidas por la Ley a cada autoridad pública.**”*

Comentario Comisión de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional.

Si bien deberíamos suponer que los principios constitucionales y las garantías ciudadanas permean todo el Ordenamiento Jurídico (y, por tanto, deberían tomarse en cuenta por los operadores jurídicos sin necesidad de estarlas recordando constantemente), parece que es necesario que queden plasmados literalmente en las normas legislativas, so pena de encontrarnos con interpretaciones antojadizas que podrían afectar gravemente los derechos de autodeterminación informativa; como ha sido el caso en situaciones recientes ⁽¹³⁾. En este caso se trata de recalcar que los órganos públicos están sometidos al Principio de Legalidad, tal y como lo explicamos párrafos atrás.

Concordamos en cuanto a la necesidad de que este inciso aclare, con las adiciones propuestas, en el sentido de que las instituciones públicas deben actuar apegadas a los dictados y finalidades que expresamente estén señaladas en sus respectivas leyes orgánicas y funcionales, sin que pueda darse lugar a interpretaciones antojadizas que lesionen los derechos ciudadanos.

Por otra parte, debemos recordar que uno de los principios básicos de la autodeterminación informativa es la finalidad con la que se recopilan los datos, que no puede ser variada sino mediante una reforma legislativa, nunca por un Decreto Ejecutivo, que es una normativa secundaria o alguna interpretación administrativa de escaso sustento jurídico; pues todo ello sería violatorio del principio de reserva de ley.

Sobre este punto nos hemos pronunciado en otro documento donde exponemos la importancia de respetar el principio de finalidad de las bases de datos. Allí explicamos que:

“En principio, todo registro manual o automatizado que contenga datos personales de los ciudadanos debe haber sido creado para una finalidad específica, lícita, y acorde con las disposiciones del Ordenamiento Jurídico. Como hemos mencionado, cada institución pública tiene unos fines que son señalados como obligaciones por las leyes respectivas que los crean y regulan. Por esta razón, no es posible que existan distintas entidades públicas que tengan las mismas funciones en esta materia de protección de datos personales, pues tal duplicidad es inconveniente porque debilita su protección. En tal sentido, debe entenderse que la institución pública a la que se le otorguen determinadas finalidades, podrá recopilar los datos personales pertinentes para la debida gestión, la prestación de servicios públicos o la actividad ordinaria de la Administración. Casos en los cuales el ciudadano no podría oponerse a que sus datos sean compilados por las entidades públicas y se les dé el debido tratamiento.

Empero, ello no significa que las instituciones estatales puedan tomar esos datos y transferirlos sin ningún control, pues ello no es la finalidad de su recolección. Así, por ejemplo, las finalidades que tiene la Caja Costarricense de Seguro Social justifican que pueda recopilar y tratar datos sensibles de los asegurados. A la vez, los fines del Ministerio de Trabajo serán diferentes a los del Patronato Nacional de la Infancia o a los del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

¹³⁾ Véase la comparecencia del Ministro de Seguridad Pública, Sr. Michael Soto Rojas, ante la Comisión Legislativa que analiza el caso UPAD, de 12 de agosto de 2020, donde cita este artículo y los incisos en comentario como justificación para entregar la información de sus bases de datos a la Casa Presidencial.

El hecho de que, para el cumplimiento de sus fines legales, una entidad pública pueda recopilar y tratar internamente los datos personales de los ciudadanos que requieren de sus servicios, no le autoriza a transferir esa información a otras instituciones públicas pues no tienen los mismos objetivos institucionales. El principio es, pues, que los datos personales se recopilan para una finalidad concreta, y no puede ser variada, excepto por una ley que lo autorice expresamente. En el momento en que dicha finalidad se cambie sin autorización, se pervierten los derechos fundamentales de autodeterminación informativa.”⁽¹⁴⁾

En apoyo a esta tesis, que sostiene que debe existir una finalidad concreta que debe ser creada o modificada por el legislador (no por otros órganos diferentes de la Asamblea Legislativa), nos permitimos citar el criterio de la Procuraduría General de la República, la cual, mediante Opinión Jurídica OJ-103-2010 del 13 de diciembre de 2010, señaló lo siguiente:

“Fundamental es el principio de consentimiento: las personas deben consentir no sólo la recopilación de sus datos personales sino también la cesión que de ellos haga el titular del registro o archivo o bien, su uso para otros fines. Para que dicho consentimiento dejare de ser necesario, se requeriría que el legislador dispusiera expresamente que los datos en cuestión puedan ser suministrados a terceros bajo determinadas condiciones o en su caso, para fines diferentes a aquéllos para los que se suministró. Si no existe consentimiento o bien, un fin legalmente definido, la cesión y un tratamiento posterior de esos datos no podría considerarse como lícito. Simplemente no respondería al fin legal por el cual los datos fueron recolectados.” (El subrayado no es del original).

Según se concluye de estos criterios, que involucran tanto resoluciones constitucionales como jurisprudencia administrativa, amén de la lectura cuidadosa de la norma original en comentario, vemos que, de la redacción original de los incisos de este artículo, no es posible afirmar que una entidad pública pueda obtener los datos personales recopilados en una base de datos institucional y traspasarlos a otra institución u órganos públicos o privados, sin necesidad del consentimiento informado del titular, pues se violaría el precepto de la finalidad de las bases de datos así como el Principio de Legalidad (pues la norma no lo dice ni lo autoriza) y el principio de reserva de ley, en el tanto sólo la Asamblea Legislativa puede dar ese permiso, no un ente administrativo del Poder Ejecutivo.

Si bien es claro que recopilar los datos por entes públicos no está prohibido, debe captar y dar tratamiento a esa información conforme a la ley y siempre que se cuente con el consentimiento informado del titular de los datos, o bien, que dicha recolección se encuentre autorizada para el sector público y así debe entenderse en el caso de las instituciones gubernamentales que, según ordenen sus cometidos legales.

Ello no significa que su contenido normativo abarque la posibilidad de que se puedan tomar la información de otras bases de datos públicas, o bien, que esa

¹⁴⁾ Análisis del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica sobre la Ley de creación del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado No.9137 de 30 de abril de 2013, aprobado por la Junta Directiva en oficio JD-08-666-20 de 29 de julio de 2020, y dirigido a la Comisión Legislativa que analiza el decreto UPAD, p.5.

información recopilada puede ser transferida sin la aprobación del ciudadano, de acuerdo con el principio general que advierte el artículo 14 de la propia ley 8968. A eso se refieren las expresiones “*La adecuada prestación de los servicios públicos*” y “*La eficaz actividad ordinaria de la Administración*”. Se trata de utilizar la información del ciudadano siempre y cuando sirva para el cumplimiento de las funciones y fines propios del órgano, mismos que son definidas en las normas jurídicas que les rigen y cuyos límites deben respetarse al máximo.

El hecho de que se cuente con esa información no es una patente de corso para trasladar incontroladamente a otras entidades ajenas la información que, en virtud de un mandato legal, la institución ha recopilado. En esto, como en toda situación similar, cualquier interpretación que se haga de una norma en la cual estén involucrados derechos fundamentales, debe hacerse en forma restringida, según ya hemos citado en la jurisprudencia constitucional.

Es por esto que las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional apoyan la introducción de las frases complementarias y explicativas que se proponen en esta iniciativa legislativa, al igual que la frase de restricción interpretativa que planteamos, pues tales adiciones están llamadas a cerrar el portillo para interpretaciones administrativas complacientes que se han utilizado para justificar un mal tratamiento y traslado sin control de los datos personales de los ciudadanos.

Finalmente, deseamos hacer otra sugerencia para que se inserte un párrafo final al artículo 14 de la ley No.8968, con el objetivo de que se prohíban los convenios o acuerdos entre instituciones públicas o privadas que involucren la transferencia de datos personales. A pesar de que el párrafo que propondremos no debería ser necesario pues ese tipo de acuerdos o convenios no está expresamente autorizado en ninguna parte de la ley No.8968, parece ser obligatorio que la prohibición se establezca con claridad para evitar interpretaciones absurdas y confusas. Para explicarnos mejor, debemos recordar que la Agencia de Protección de Datos ha emitido criterios que consideramos violatorios del Principio de Legalidad en el tanto ha manifestado que los convenios de transferencia de datos son posibles pues la ley no los prohíbe, y además alienta a las entidades públicas a que elaboren esas figuras como forma de actuar en el marco de la ley ⁽¹⁵⁾. Todo lo contrario, el Principio de Legalidad ordena que un ente público sólo puede actuar si una norma jurídica se lo permite.

Por lo tanto, no se trata de que la transferencia de datos se pueda hacer porque no está prohibida, sino que no se puede llevar a cabo porque no existe una norma jurídica que autorice tal acción. Y sólo debe ser permitida mediante una ley, pues está

¹⁵⁾ Ver el comunicado de prensa, emitido por la Agencia de Protección de Datos de 21 de febrero de 2020, donde su actual directora indica (párrafo cuarto de la primera columna) que “*No existe prohibición legal para que la información pueda ser compartida. Siendo que la Ley No. 8968 establece excepciones y una de ellas es la actividad ordinaria de la Administración*”, afirmación que es contraria al Principio de Legalidad, consagrado tanto en el artículo 11 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública No.6227 de 02 de mayo de 1978.

en juego un derecho fundamental. Sugerimos, como conclusión de esta temática tan íntimamente relacionada, que se añada un párrafo final al artículo 14 de la ley No.8968 para que diga expresamente:

“Se prohíbe la transferencia de datos personales entre órganos públicos o privados mediante la suscripción de acuerdos o convenios de traslado de información, excepto si existe el consentimiento informado del titular de los datos o si una ley expresamente así lo autoriza en detalle.”

De esta manera, ciertas normas de carácter secundario, así como las decenas de convenios suscritos entre órganos públicos para intercambio de datos personales, todo ello en quebranto del principio de legalidad y del principio de reserva de ley, quedarían automáticamente fuera del ordenamiento jurídico. Esas normas y convenios se han tomado como base para quebrantar también el principio de privacidad recogido en el numeral 24 de la Constitución Política. Las normas secundarias que hemos encontrado son, en primer lugar, el artículo 10 del Decreto Ejecutivo No.40.650 de 01 de junio de 2017, denominado Reglamento a la Ley de Creación del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado, el cual indica lo siguiente:

*“**Artículo 10.-** El Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios del Estado, a través de la persona que ocupe el cargo de la Dirección Ejecutiva, podrá celebrar convenios, u otra figura jurídica, con cualquier otra institución del estado, gobierno local o ente público, para la transferencia de los datos de la población objetivo, las personas beneficiarias de programas sociales, así como información de bases de datos administrativas.”* (El subrayado no es del original)

Fácil es notar la ilegalidad de esta norma dado que el Poder Ejecutivo carece de facultades para regular o restringir derechos fundamentales. La ley No.9137 sobre el SINIRUBE, que es la ley reglamentada, no contiene ninguna disposición que autorice al Poder Ejecutivo a crear, permitir, elaborar o suscribir convenios o alguna otra figura jurídica entre instituciones públicas, mediante las cuales se puedan transferir datos personales de los ciudadanos.

Una posibilidad de esta naturaleza debería estar inserta en la ley principal de manera expresa, incluyendo los tipos de datos que se cederán, los protocolos de actuación, resguardo de ellos, responsables, cuál es la finalidad, qué tipo de tratamiento se les dará, etc. Todos esos grandes detalles están ausentes en esta regulación y en la propia ley principal, que de por sí no contempla esta posibilidad.

Por otro lado, respaldada supuestamente en la misma ley No.9137, encontramos la Directriz Presidencial No.060-MTSS-MDHIS de 15 de octubre de 2019, denominada “Priorización de atención de la pobreza mediante la utilización del sistema nacional de información y registro único de beneficiarios del Estado dirigida a la Administración Central y descentralizada del sector social”,

***Artículo 4º- Interconexión de bases de datos.** Para simplificar y reducir el exceso de trámites y requisitos que se solicitan a las personas potenciales beneficiarias de los programas sociales, se exhorta a las instituciones detalladas en el artículo anterior a establecer una interconexión de sus bases de datos con el SINIRUBE, con el objetivo de*

que los datos recientemente recolectados y contenidos en ese sistema no deban ser indagados nuevamente. (El subrayado no es del original)

Artículo 6º- Evaluación. La Dirección General de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (DESAF) tendrá acceso a las bases de datos de beneficiarios del SINIRUBE, con el fin de facilitar sus funciones de evaluación de los programas sociales y fiscalización del uso de los recursos del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF). (El subrayado no es del original)

Transitorio I.- Se insta a las instituciones del artículo 3º de esta Directriz que no hayan firmado convenio de cooperación con el SINRUBE, que suscriban dicho convenio dentro de un plazo máximo de 3 meses a partir de la publicación de esta directriz. (El subrayado no es del original)

Al igual que el reglamento anterior, no está autorizado en la ley No.9137 de SINIRUBE ni en la ley No.8968 sobre protección de datos personales, llevar a cabo las acciones que describen esos artículos, por las mismas razones ya planteadas. La norma en la que dice basarse esa directriz no contempla ni permite la interconexión de bases de datos entre instituciones públicas con el SINIRUBE. Tampoco le da autorización al Poder Ejecutivo para que disponga que otras personas públicas ajenas a ese sistema puedan tener acceso a esa información de beneficiarios, ni le otorga permiso para ordenar a otras entidades para que suscriban convenios con SINIRUBE, mismos que son evidentemente ilegales. Instamos, pues, a que se incluya esa adición al texto del proyecto de ley en comentario para acabar con esta gravosa situación.

- * -

“Artículo 12- Protocolos de actuación

*Las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, que tengan entre sus funciones la recolección, el almacenamiento y el uso de datos personales, **deberán** emitir un protocolo de actuación en el cual establecerán los pasos que deberán seguir en la recolección, el almacenamiento y el manejo de los datos personales, de conformidad con las reglas previstas en esta ley.*

Los protocolos deberán contener disposiciones físicas, tecnológicas, administrativas y organizativas que protegen la seguridad e integridad de las bases de datos estadísticos

Para que sean válidos, los protocolos de actuación deberán ser inscritos, así como sus posteriores modificaciones, ante la Prodhab. La Prodhab podrá verificar, en cualquier momento, que la base de datos esté cumpliendo cabalmente con los términos de su protocolo.

La manipulación de datos con base en un protocolo de actuación inscrito ante la Prodhab hará presumir, "iuris tantum", el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, para los efectos de autorizar la cesión de los datos contenidos en una base.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Un protocolo de actuación en materia de autodeterminación informativa se refiere a las formalidades que deben de guardarse cuando se hace la recopilación inicial y el tratamiento posterior de los datos personales. Es necesario que toda entidad, pública o privada, elabore este documento como manera de garantizar un manejo lícito de la información que haya recabado.

En el proyecto de ley, párrafo primero, se sugiere cambiar la palabra “*podrán*” (que da a entender una posibilidad que puede cumplirse o no) por el término “*deberán*”, que implica una obligación. En principio, no tendríamos objeción en que ese párrafo se modifique en la manera que se propone pues significa un compromiso que deberá ser cumplido por las entidades públicas o privadas que recopilen y den tratamiento a los datos personales. En otras palabras, debe tenerse como una garantía adicional correlativa a una nueva obligación, en favor, en este caso, del ciudadano cuya información conste en una base de datos de esa naturaleza.

En otro orden de cosas, se propone insertar un nuevo párrafo segundo, referente al contenido de los protocolos, que deberán detallar las “*disposiciones físicas, tecnológicas, administrativas y organizativas que protegen la seguridad e integridad de las bases de datos estadísticos*”. Nuestra principal objeción es que este nuevo párrafo se refiere sólo a los “datos estadísticos”, información que no implica mayor problema porque se refieren a bases de datos anonimizadas; es decir, donde ya se ha suprimido cualquier información que haga referencia a una persona identificable, y que mantiene, en teoría, sólo registros generales sin vinculación con los ciudadanos de los cuales se tomaron en algún momento sus datos personales.

En apoyo a esta afirmación, la doctrina española se ha manifestado en favor de la entrega de datos anonimizados para estudios estadísticos, históricos o científicos, y se considera que el tratamiento posterior únicamente para esos fines no se es discordante con la ausencia del consentimiento informado:

“La LOPD establece que no será preciso el consentimiento “cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos” (art.11.2e), una previsión que se repite en el artículo 21. 1. Se trata, de nuevo, de un supuesto de comunicación de datos entre Administraciones Públicas sin consentimiento del interesado que respeta el principio de finalidad, ya que, si bien el tratamiento de datos inicial tuvo una finalidad distinta, el artículo 4.2 señala que no se considera incompatible el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.”⁽¹⁶⁾

¹⁶⁾ **Troncoso Reigada, Antonio.** *La Protección de Datos Personales. En Busca del Equilibrio.* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p.525. Véase además el criterio de la Procuraduría General de la República que insertamos *infra*, donde señala tres condiciones para que pueda efectuarse una transferencia de datos para fines estadísticos, así como nuestra propuesta para que se inserte un párrafo que incluya dichas observaciones.

Se trata precisamente de un tipo de repositorio documental que es considerado como una excepción dentro de la autodeterminación informativa. Dado que ya no existe riesgo de identificación de las personas, sus datos pueden ser tratados sin requerir del consentimiento informado. Nótese que el artículo 5, inciso 4, párrafo segundo de la ley No.8968 lo indica expresamente al postular:

“No se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando se establezcan las garantías oportunas para salvaguardar los derechos contemplados en esta ley.” (El subrayado no es del original)

De manera similar, el numeral 8, inciso d), de la misma ley lo contempla como una excepción al tratamiento de datos que no requiere del consentimiento informado por parte del titular de los datos:

“ARTÍCULO 8.- Excepciones a la autodeterminación informativa del ciudadano

Los principios, los derechos y las garantías aquí establecidos podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan los siguientes fines:

d) (...)

El funcionamiento de bases de datos que se utilicen con fines estadísticos, históricos o de investigación científica, cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas.
(El subrayado no es del original)

Para finalizar este punto en particular, opinamos que el artículo 10 del mismo cuerpo normativo contiene una serie de disposiciones que pretenden garantizar la seguridad de los datos, haciendo alusión además a conceptos tales como la “seguridad física” y “seguridad lógica”, referentes a una muy amplia gama de medidas de seguridad de los equipos y programas de cómputo que incluyen tópicos tales como políticas de acceso, respaldo, resguardo, no divulgación, procedimientos de control, prevención, desastres, sabotajes, etc., todo lo cual se recoge en normas técnicas de reconocimiento mundial, especialmente los estándares internacionales establecidas en las normas ISO 27.001 y otras de rango similar, que tratan sobre seguridad informática.

ARTÍCULO 10.- Seguridad de los datos

El responsable de la base de datos deberá adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a esta ley.

Dichas medidas deberán incluir, al menos, los mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de acuerdo con el desarrollo tecnológico actual, para garantizar la protección de la información almacenada.

No se registrarán datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.

De esta manera, debemos concluir que las inquietudes que se plantean en el párrafo de comentario están ya previstas en la propia ley, por lo que se hace innecesario reiterarlas en el apartado de los protocolos de actuación. No obstante, si es la voluntad del legislador que esas disposiciones se agreguen al texto legislativo, sugerimos que sean de aplicación para todos los protocolos de actuación que deban cumplir las entidades públicas y privadas involucradas en la recopilación y tratamiento de datos personales, y no sólo para aquellos que traten exclusivamente información estadística.

En este último supuesto, más restringido, encontramos que la información que se pretendería proteger corre un riesgo muchísimo menor pues, a pesar de contener datos personales, estos ya son anónimos que hace casi innecesaria una protección superior a la que la propia norma jurídica le otorga en la actualidad.

- * -

Artículo 15- Agencia de Protección de Datos de las y los habitantes (Prodhab)

Se crea un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Defensoría de las y los Habitantes de la República, denominado *Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes (Prodhab)*. *Tendrá personalidad jurídica instrumental propia en el desempeño de las funciones que le asigna esta ley, además de la administración de sus recursos y presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. La Agencia gozará de independencia de criterio.*

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Sobre este punto nos hemos pronunciado párrafos atrás, en los comentarios al primer artículo del proyecto de ley. Hemos propuesto que la Agencia de Protección de Datos sea trasladada directamente al Poder Legislativo y no a la Defensoría de los Habitantes por las razones allí expuestas. También indicamos que el artículo 15 debería modificarse en consecuencia para que, donde se dijera “Ministerio de Justicia y Paz”, se sustituyera por “Poder Legislativo”. Reiteramos nuestra sugerencia en el párrafo siguiente, como parte del artículo 1 del proyecto en comentario, para que se añada así:

“De igual forma, se modifica el artículo 15 de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No.8968 de 07 de julio de 2011 para que, donde diga “Ministerio de Justicia y Paz”, se sustituya por “Poder Legislativo”.”

- * -

Artículo 17- Dirección de la Agencia

La Dirección de la Prodhab estará a cargo de un director o una directora nacional, quien deberá contar, al menos, con el grado académico de licenciatura en una materia afín al objeto de su función y ser de reconocida solvencia profesional y moral.

La persona que ocupe la Dirección de la Prodhab será nombrada por el Defensor o la Defensora de los Habitantes, con base en criterios de idoneidad, previo concurso de antecedentes. Durará en su cargo por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelecta. Solo podrá ser removida por falta grave de servicio.

No podrá ser nombrado director o directora nacional quien sea propietario, accionista, miembro de la junta directiva, gerente, asesor, representante legal o empleado de una empresa dedicada a la recolección o el almacenamiento de datos personales. Dicha prohibición persistirá hasta por dos años después de haber cesado sus funciones o vínculo empresarial. Estará igualmente impedido quien sea cónyuge o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de una persona que esté en alguno de los supuestos mencionados anteriormente.

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Las experiencias recientes han demostrado con creces que este artículo debe reformarse. En primer lugar, debe pensarse en modificar el párrafo primero, referente a los requisitos que debe cumplir la persona que ocupe la dirección de la Prodhab. Necesariamente debe ser profesional en Derecho y con especialización en autodeterminación informativa pues los temas a los que se enfrenta esta Agencia tienen que ver primordialmente con el tratamiento de datos personales; campo de estudio que tiene que ver directamente con las ciencias jurídicas.

De igual manera, esta persona deberá tener formación amplia en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. No encontramos ninguna otra profesión donde se abarquen estos grandes temas excepto en la carrera de abogacía. Por supuesto que también es deseable que tenga conocimientos sólidos en tópicos tecnológicos pues los conflictos sobre autodeterminación informativa nacen con el advenimiento de las tecnologías de información y comunicación.

Se hace necesario que ambos campos de conocimiento (derecho y nuevas tecnologías) sean de dominio de la persona como potencial candidata a ocupar una plaza tan especializada y donde están en juego derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Los ejemplos vistos hogaño sobre las lamentables y muy cuestionables actuaciones de la Agencia de Protección de Datos, especialmente por parte de su Dirección, según hemos reseñado en la primera parte de este estudio, muestran la necesidad de que sea una persona con amplios conocimientos jurídicos quien se desempeñe en esta labor, respetando y aplicando los principios constitucionales de intimidad, de legalidad y de reserva de ley. No encontramos ninguna otra profesión

similar que garantice esta formación, de manera que se evite, en el futuro, la emisión criterios o apadrinamiento de actuaciones contrarias a Derecho y sin sustento legal.

Nuestra propuesta puede verse en el siguiente texto:

“La Dirección de la Prodhav estará a cargo de un director o una directora nacional, quien deberá contar, al menos, con el grado académico de licenciatura en Derecho y con estudios especializados en la materia afín al objeto de su función y ser de reconocida solvencia profesional y moral.”

Sobre el párrafo segundo, que es el que se sugiere añadir en el proyecto como una nueva disposición, no tenemos mayores comentarios, excepto que se modifique la expresión “Defensor o Defensora de los Habitantes”, por “Asamblea Legislativa”, para que sea coherente con la propuesta de esta Comisión, y que sea nombrada por mayoría simple, previa recomendación de la Comisión de Nombramientos del Parlamento. El texto diría así:

“La persona que ocupe la Dirección de la Prodhav será nombrada por la Asamblea Legislativa por mayoría simple, según recomendación de la Comisión de Nombramientos, con base en criterios de idoneidad, previo concurso de antecedentes. Durará en su cargo por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelecta. Solo podrá ser removida por falta grave de servicio.”

- * -

Artículo 20- Presupuesto

El presupuesto de la Prodhav estará constituido por lo siguiente:

(...)

*b) Las transferencias que el Estado realice a favor de la Agencia **y que deberán garantizar el presupuesto necesario para la operación de esta.***

(...)

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

No tenemos mayores comentarios al respecto, pero sin duda una de las razones por las cuales la Prodhav no ha tenido un papel protagónico. Esperamos que, si se le asignan mayores recursos económicos, la Prodhav pueda contar con más y mejor personal profesional, con mejor preparación y mejores herramientas tecnológicas para enfrentar los retos actuales que implican amenazas constantes contra los datos personales por parte de entidades tanto públicas como privadas.

- * -

“ARTÍCULO 3- Se adiciona un nuevo artículo 12 bis a la Ley N.º 8968, “Ley Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, del 07 de julio del 2011. El texto se leerá de la siguiente manera:

Artículo 12 bis- Trabajos estadísticos

Cuando la información sea para la elaboración de trabajos estadísticos, se deberá proteger la privacidad de los proveedores de datos y garantizar la confidencialidad de la información individual y su uso para fines estadísticos únicamente.

Se deberán publicar en la página electrónica de la institución u órgano responsable, los programas de trabajo y los informes periódicos que describan los progresos realizados. Asimismo, deberá publicarse el trabajo estadístico final con la información sobre los métodos y procedimientos utilizados.

Las publicaciones y declaraciones estadísticas realizadas en ruedas de prensa deberán ser objetivas e imparciales.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Nos parece importante remitirnos a los comentarios que hemos hecho *supra* en la página 18, sobre los protocolos para datos estadísticos, donde sostenemos que dichas medidas deben ser de aplicación obligatoria para todo tipo de bases de datos y no sólo los de naturaleza estadística.

En ese mismo sentido, el primer párrafo de esta propuesta no debe limitarse sólo a temas estadísticos, sino que también debe incluir las acciones que involucren temas históricos y científicos, como lo establece la propia ley.

De igual manera, hemos citado los artículos que tratan sobre bases de datos con esas características, donde ha quedado claro que el tratamiento que se efectúe sobre esa información es una excepción al consentimiento informado del titular pues, al tratarse de datos anonimizados, no se exige. Empero, no está de más recalcar que debe protegerse la privacidad del ciudadano cuyos datos serán tratados, pero no sólo en labores estadísticas, sino también en labores históricas o científicas.

La Procuraduría General de la República, en su dictamen C-123 de 18 de mayo 2012 se ha manifestado respecto de la cesión de datos personales, acción que visualiza como una posibilidad excepcional y que debe respetar tres requisitos: a) que exista un interés público; b) que la entrega de datos sea necesaria para el cumplimiento de las competencias del ente cesionario; y c) que deba existir una garantía técnica y jurídica de que habrá una verdadera anonimización de los datos. Así lo extraemos de las siguientes conclusiones de este órgano asesor:

“a. El artículo 8.d en relación con el numeral 6.4, ambos de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, contemplan la posibilidad excepcional de que la Administración consultante transmita - para fines de un tratamiento estadístico posterior - los datos relacionados con la información suministrada en las

declaraciones aduaneras de las empresas exportadoras. Esto siempre que exista una garantía técnica y jurídica de que no haya riesgo de que las personas puedan ser identificadas.

b. Conforme la misma Ley de cita, la validez de una cesión realizada al amparo del artículo 6.4 LPDATA depende también de que se corrobore la existencia de un interés público y que la transferencia y posterior tratamiento estadístico de los datos sean ciertamente necesarios para el cumplimiento de las competencias del organismo cesionario.”

Recomendamos que esos tres requisitos que establece el órgano técnico-jurídico del Estado sean incorporados a la letra de la ley como un párrafo segundo de ese numeral, el cual diría:

Artículo 12 bis- Trabajos estadísticos

(Párrafo primero...)

(Párrafo segundo)

La entidad que solicite información para fines estadísticos, históricos o científicos deberá demostrar que existe un interés público para requerir la cesión de datos, así como que la entrega sea necesaria para el cumplimiento de las competencias del ente cesionario. De igual forma, deberá garantizar técnicamente que no habrá riesgo de que las personas puedan ser identificadas.

Finalmente, sobre el párrafo tercero de este proyecto, sugerimos que se elimine la frase “*en ruedas de prensa*” pues las exigencias que debe guardar cualquier publicación o declaración estadística deberán ser siempre objetivas e imparciales en todo momento y lugar, y no sólo cuando se presente ante la prensa.

- * -

“TRANSITORIO I- El Poder Ejecutivo, en un plazo de seis meses contado a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, deberá concretar el traslado de los recursos, los bienes y el personal de la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes del Ministerio de Justicia y Paz a la Defensoría de las y los Habitantes de la República. Para estos efectos, se deberá conservar el personal de la Prodhab y respetar sus derechos adquiridos. El Estado deberá continuar trasladando el presupuesto necesario para el funcionamiento de la Prodhab.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Nuestro comentario se dirige a modificar este texto para que, donde diga “Defensoría de los Habitantes”, diga “Asamblea Legislativa”, para mantener la unidad de nuestra propuesta.

- * -

“TRANSITORIO II- El siguiente Presupuesto Ordinario de la República que formule el Poder Ejecutivo, después de la entrada en vigencia de esta Ley, deberá reflejar el traslado de las partidas presupuestarias del programa presupuestario de la Agencia de Protección de Datos de las y los Habitantes (Prodhab) hacia el título presupuestario correspondiente a la Defensoría de las y los Habitantes de la República.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional.:

Ídem de lo anterior. En este caso, para ser coherente con nuestra posición, deberá modificarse este contenido para que los recursos presupuestarios que se asignen no sean asignados a la Defensoría de los Habitantes, sino directamente a la Agencia de Protección de Datos.

“TRANSITORIO III- Las personas físicas y jurídicas que tengan entre sus funciones la recolección, el almacenamiento y el uso de datos personales, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley N.º 8968, Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, tendrán un plazo de 3 meses contado a partir de la publicación de la presente ley, para elaborar y presentar los respectivos protocolos de actuación.”

Comentario de las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional:

Tómense en cuenta nuestras observaciones sobre este punto, dado que el artículo 12, párrafo segundo, que se propone como adición en esta iniciativa de ley, sólo hace referencia a las bases de datos que tengan fines estadísticos. Nuestra propuesta más bien apunta que sean todos los tipos de bases de datos que den tratamiento a datos personales los que deban cumplir esas nuevas obligaciones, al igual que debe manifestarse en los protocolos de actuación.

- * -

IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

El estudio del presente proyecto de ley nos permite arribar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1.- Las Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional reconocen y concuerdan con la necesidad urgente de trasladar a la Agencia de Protección de Datos fuera del Poder Ejecutivo.

2.- Proponemos que dicho traslado se haga directamente al Poder Legislativo, no a la Defensoría de los Habitantes, por las razones que hemos detallado, a pesar de que reconocemos que sus labores y obligaciones son eminentemente administrativas.

3.- Estamos de acuerdo con que, en el encabezado del artículo 8, referente a las excepciones al conocimiento informado que debe solicitarse al ciudadano, se haga alusión directa al principio de legalidad.

4.- Allí mismo, sugerimos que se agregue un párrafo final a ese encabezado referente a las interpretaciones que se hagan sobre dicho artículo deberán hacerse de manera restringida, en el tanto están en juego derechos fundamentales tales como la intimidad, privacidad y protección de datos personales.

5.- Sobre los incisos e) y f), sobre los que se propone se añadan las disposiciones que allí se indican, esta Comisiones manifiestan su acuerdo pues se refieren a la aclaración y aplicación del principio de legalidad en estos temas puntuales.

6.- Del análisis general de dicho artículo 8, concluimos que no es posible que allí se autorice de manera alguna la transferencia de datos personales de los ciudadanos, pues tanto en ese artículo como en la ley en general no existe una disposición que permita tal acción. Tampoco cabe justificar dichos actos de entrega de datos mediante interpretaciones administrativas, dado que sería violatorio del principio de legalidad y del principio de reserva de ley.

7.- En el mismo sentido, proponemos que se añada un párrafo final al artículo 14 de la ley No.8968 para que se prohíba la suscripción de acuerdos o convenios de transferencia de datos entre instituciones públicas o privadas, sin el consentimiento informado del titular de los datos (como es la regla general) o sin que una ley específica así lo autorice.

8.- Cualquier normativa secundaria, distinta a una ley, que avale la suscripción de convenios o acuerdos de traslado de datos personales entre órganos públicos o privados debe ser considerada como ilegal, pues no existe ninguna ley que contemple o autorice esas figuras.

9.- Los protocolos de actuación que se proponen en el artículo 12, párrafo segundo, del proyecto de ley, no deben limitarse sólo a bases de datos estadísticas sino a cualquier tipo de base de datos que den tratamiento a información personal.

10.- Proponemos igualmente que se añada otro párrafo a dicho artículo 12 para que contemple otros requisitos, tales como demostrar que existe un interés público para requerir la cesión de datos, que la entrega sea necesaria para el cumplimiento de las competencias del ente cesionario y que se garantice técnicamente que no habrá riesgo de que las personas puedan ser identificadas.

11.- Dado que la experiencia justifica esta necesidad, planteamos que se reforme el artículo 17 de la iniciativa legislativa para que se obligue a que la Dirección de la Agencia de Protección de Datos sea ocupada por una persona con formación

académica en derecho y con estudios especializados en autodeterminación informativa y nuevas tecnologías.

12.- Finalmente, debe añadirse un artículo obligatorio para que el Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor a tres meses, emita un texto actualizado del reglamento a la ley No.8968 que incluya las reformas que apruebe en última instancia el Poder Legislativo.

Como gremio profesional, quedamos a las órdenes de los señores y señoras diputadas para ampliar aún más este criterio y plantear otras sugerencias que consideramos de urgencia para mejorar la normativa nacional sobre protección de datos.

De los señores y señoras de la Junta Directiva, muy cordialmente, nos suscribimos atentos.

Comisiones de Derecho Informático y Derecho Constitucional del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.