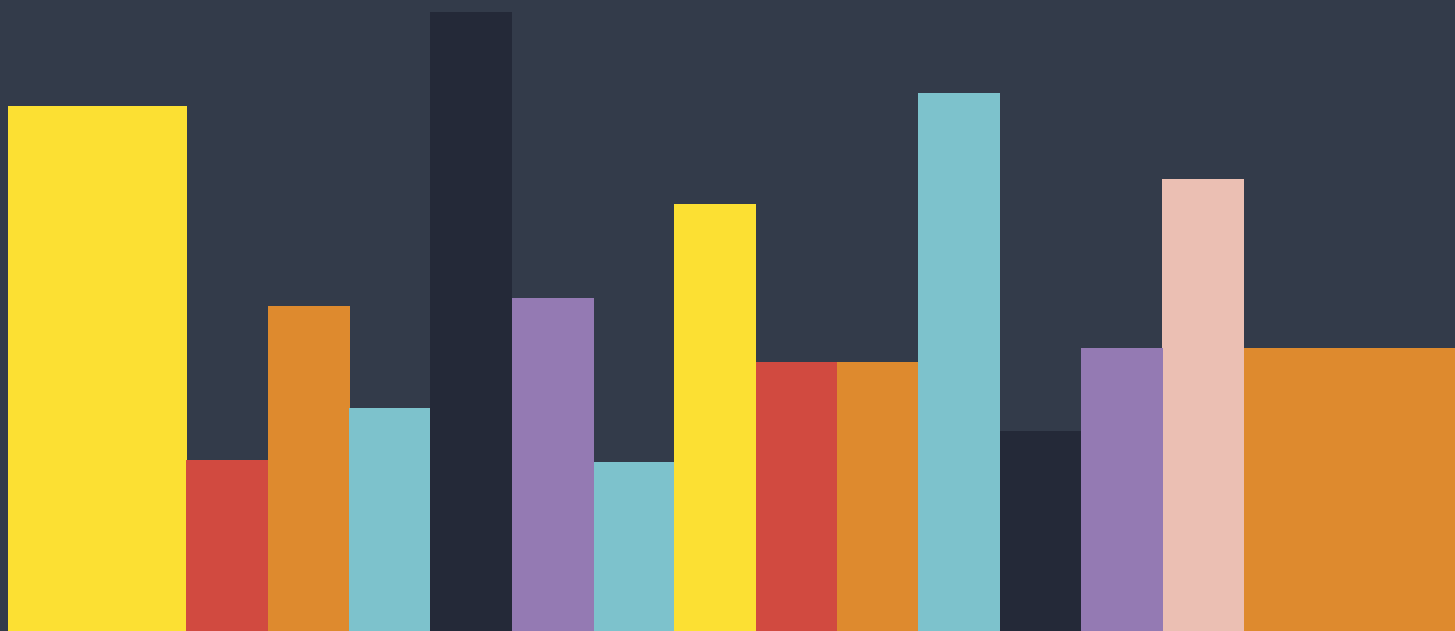


INFORMACIÓN FINANCIERA Y DISCRIMINACIÓN LABORAL EN CHILE:
UN CASO DE ESTUDIO SOBRE

BIG DATA

PATRICIO VELASCO Y PABLO VIOLLIER



DERECHOSDIGITALES
Derechos Humanos y Tecnología en América Latina

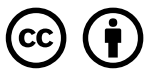
Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Constanza Figueroa

Corrección: Vladimir Garay

Enero de 2016



Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons
Attribution 4.0 Internacional (CC BY 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Abstract: La legislación chilena provee un esquema de protección de datos personales que buena parte de la doctrina ha calificado como débil o ineficaz. La creación, tratamiento e intercambio no autorizado de bases de datos de información personal, sensible y financiera ha dado paso a discriminaciones arbitrarias que afectan a miles de personas a la hora de acceder al crédito y a puestos de trabajo. La eventual adopción de mecanismos para la toma automatizada de decisiones al proceso de selección de personal representa un desafío regulatorio para nuestro sistema de protección de datos personales, el cual debe ser abordado de forma integral y desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Palabras clave: Datos personales, Big Data, Derecho laboral, DICOM.

Introducción

El advenimiento del fenómeno del Big Data ha sido recibido con entusiasmo por el sector empresarial chileno. El IBC Big Data Report 2014 estimó que la inversión chilena en actividades de Big Data alcanzó los 50 millones de dólares (Innovación, 2014) y que el mercado de Big Data en América Latina experimentaría un crecimiento del 657% entre los años 2012 y 2018 (Guama, 2015). Aun así, los actores relevantes han advertido que la adopción de esta tendencia en nuestro país se encuentra en un estado inicial, ya que la mayoría de las empresas se encuentran en etapa de realización de pruebas y exploración. Al respecto, Paulo Alesso, gerente de consultoría de ventas de Oracle Chile, ha comentado que “El estado de la situación es aún incipiente, pero considero que muy pronto se comenzará a sacar el mejor provecho de estas nuevas soluciones. Vemos que las áreas de marketing son las que más fuertemente están empujando hacia el uso de Big Data” (TechTarget, 2015).

El sector empresarial es optimista respecto a los usos que se le podría dar al Big Data. Comentando la convocatoria del seminario “Big Data: El valor de la información”, organizado por la fundación Copec-UC¹, Alfonso Cruz, director ejecutivo de la institución, señaló “la temática que se abordará este año es gravitante para el desarrollo de los más diversos sectores productivos. Hablamos de infinitas posibilidades de cruce de la informática con áreas como la minería, bioingeniería, biomedicina o marketing y finanzas” (Inria, 2015).

Sin embargo, también se han manifestado atisbos de preocupación por el posible mal uso que pueda hacerse del tratamiento masivo y automatizado de grandes bases de datos (Diario Financiero, 2015). Y es que, como analizaremos en un apartado específico de la presente investigación, todavía pesa sobre el inconsciente colectivo de los chilenos cómo la mal utilización y el tráfico de datos personales puede dar paso a discriminaciones arbitrarias en áreas como el acceso al crédito y a puestos de trabajo. En particular, el estudio de las repercusiones jurídicas y sociales del funcionamiento de la entidad conocida como “DICOM” permiten explicar por qué este miedo sigue latente en el ideario colectivo de los chilenos (Figueroa, 2003).

La presente investigación se propone dilucidar si la legislación chilena de protección de datos personales está preparada para la adopción del Big Data en distintas áreas de la economía. En particular, se busca explorar hasta qué punto el tratamiento masivo y automatizado de datos de carácter personal o financiero puede utilizarse para seleccionar a los postulantes a un puesto de trabajo bajo criterios que podrían resultar reñidos con la ética o que el ordenamiento jurídico prohíbe. Por otro lado, se buscará estudiar cómo el marco jurídico actual facilita la creación e intercambio de grandes bases de datos y hasta qué punto los proyectos de ley que buscan modificar nuestra legislación podrían lograr subsanar esta falencia.

¹ De acuerdo al ranking de América Economía del año 2014, Copec es la empresa más grande de Chile: <http://ww2.copec.cl/canal-industrial/posts/empresas-copec-la-mas-grande-de-chile>

I. Objetivos y pregunta de investigación

La investigación buscará alcanzar los siguientes objetivos:

1. Recolectar información acerca de la conceptualización del Big Data y sus potenciales problemas y soluciones, al interior de los tomadores de decisiones y la academia chilena.
2. Analizar el marco normativo de la legislación nacional que permite el amasamiento, procesamiento y triangulación de grandes cantidades de datos personales en Chile.
3. Conocer más acabadamente acerca de la observancia de reglas que protegen a individuos, en contraste con aquella que permiten la existencia de un mercado de datos personales.
4. Identificar cuellos de botella donde la regulación puede dar pie a recolección a gran escala de datos personales, en contextos o para propósitos distintos que aquellos examinados en el caso de estudio, y evaluar la oportunidad para ahondar en dichos tópicos.
5. Identificar lugares donde se podrían entregar recomendaciones de política pública, con el fin de prevenir amenazas a los derechos humanos producto de la recolección de datos personales.

Las preguntas de investigación son:

1. ¿De qué forma han conceptualizado el Big Data desde la academia, la industria y los tomadores de decisiones? ¿Han existido consideraciones de sus implicancias teóricas y/o prácticas?
2. ¿Quiénes son los operadores y los actores relevantes en el mercado que permite la creación y procesamiento de grandes bases de datos para efectos de perfilamiento?
3. ¿Qué tipo de datos, de qué fuentes y qué tipos de bases de datos han sido creadas?
4. ¿Cuáles han sido las reglas aplicables a través de los años? ¿Han existido decisiones judiciales relevantes sobre la creación y uso de Big Data?
5. ¿Qué cambios se han introducido en la legislación de protección de datos? ¿Cómo fueron ponderados en la discusión en el Congreso? ¿Cuál fue el impacto de esos cambios?

2. Diseño de investigación y metodología.

La presente investigación será conducida usando el estudio de caso como metodología. Dicho enfoque combina distintas técnicas, lo que permite un entendimiento más acabado del objeto de estudio. En este sentido, se ha argumentado que los estudios de caso permiten un acercamiento a los fenómenos sociales desde una perspectiva histórica, enriquecidos a través de la triangulación de distintos datos (Flyvbjerg, 2006).

De acuerdo a Johansson, es posible decir que “la esencia de la metodología del estudio de caso es la triangulación, la combinación de distintos niveles de técnicas, métodos, estrategias o teorías” (2003, p.32). Esto es especialmente relevante al considerar que el análisis de artefactos sociales, tales como marcos legales de nuevas tecnologías, debiese ser contrastado con prácticas sociales. En este caso particular, el foco está puesto en cómo nuevas tecnologías podrían llevar a nuevas prácticas y a una reflexión más profunda de las políticas públicas. En este sentido, Woodside (2010) ha argumentado que el enfoque de estudio de caso ha sido considerado efectivo en el análisis de nuevas políticas públicas.

En la presente investigación se usarán tres tipos distintos de fuentes: el análisis de marcos legales pertinentes, incluyendo decisiones judiciales y administrativas, y los acercamientos teóricos al Big Data; análisis de discurso de actores relevantes relacionados con el Big Data y los mercados laborales,² y, finalmente, análisis de estadísticas oficiales. Estas tres fuentes dan un acercamiento distinto a la pregunta por el Big Data, dando un punto de vista más profundo que enriquecerá los resultados. Esto permitirá construir el caso tomando en cuenta distintos artefactos y actores, y su visión acerca de un mismo cuestionamiento, a través de la integración de distintas tecnologías.

No obstante, existen una serie de limitaciones que es necesario reconocer en este enfoque metodológico. En primer lugar, el marco temporal es siempre establecido por el investigador. De acuerdo a Hancock, esto siempre será una decisión tomada y justificada por el investigador (Hancock y Algozzine, 2006).

Una segunda limitación se refiere a las dificultades en usar los resultados y conclusiones obtenidas a través de un estudio de caso para realizar generalizaciones. A pesar de que algunos autores argumentan que la poca efectividad para establecer generalizaciones pone en duda el valor científico de este enfoque metodológico, Flyvberg argumenta que “se puede generalizar basado en un simple caso, y el estudio de caso puede ser central al desarrollo científico a través de la generalización como suplemento o alternativa a otros métodos” (2006, p. 12).

2 Se llevaron a cabo diez entrevistas, incluyendo especialistas en el tema desde la academia, bufetes de abogados, organizaciones sociales, headhunters, compañías de software representativas y un trabajador que presentó acciones legales en contra de una firma y que ha sido discriminado por dichas acciones.

Si se toman en cuenta las consideraciones anteriormente mencionadas, y dados los objetivos de esta investigación, el enfoque metodológico utilizado puede llevar a un análisis adecuado de las implicancias del Big Data en la sociedad chilena actual, ilustrando las diferencias entre discurso y práctica en relación al Big Data y su influencia en el mercado laboral. La pregunta referida a la elección del marco temporal es respondida a través de un análisis de la historia legislativa, así como también del comentario de actores chilenos relevantes en torno al tema. Nuestro objetivo es entender cómo el concepto de Big Data y sus aplicaciones cambian en el tiempo a través de este enfoque dual. Respecto a las dificultades para generalizar, y dado el carácter exploratorio de esta investigación, no es un objetivo primordial producir generalizaciones. Al contrario, la principal contribución la presente investigación apunta a una discusión abierta de una nueva materia en un campo en que no se ha investigado de forma satisfactoria en Chile.

A la luz de los objetivos propuestos y las preguntas de investigación, el análisis será articulado en cuatro pasos: una revisión literaria del concepto de Big Data, un análisis crítico del marco legal relevante en Chile, el análisis de las estadísticas oficiales sobre el uso del Big Data en prácticas de reclutamiento y el análisis de discurso de actores relevantes.

3. Concepto e implicancias del uso de Big Data en el mercado laboral

3.1. Hacia un concepto de Big Data

De acuerdo a Diebold (2012) el término Big Data proviene del campo de las ciencias computacionales, las estadísticas y la econometría, y probablemente surgió en conversaciones de sobremesa en la empresa Silicon Graphics Inc. a mediados de los años 90. Las primeras referencias académicas relevantes corresponden a Weiss y Indurkha (1998) en ciencias computacionales y a Diebold (2000)³ en estadísticas y econometría.

Sin embargo, a veinte años de haberse acuñado el término, aún persisten ambigüedades en cuanto a los alcances de lo que realmente constituye Big Data. Ilustrativo de esta dispersión conceptual es el estudio realizado por Schroeck et al. (2012); el estudio realizó un encuesta a un total de 1.144 ejecutivos de 95 empresas a nivel global. A los encuestados se les solicitó que, de una serie de opciones, eligiesen los dos términos que mejor describiesen como su organización entiende el Big Data. 18% de los encuestados identificó Big Data con “Un mayor ámbito de información”, 16% con “Nuevos tipos de datos y análisis”, 15% con “Información en tiempo real”, 13% con “Entrada de datos procedentes de nuevas tecnologías”, 10% con “Grandes volúmenes de datos”, 8% con “La última palabra de moda” y 7% con “Datos de redes sociales”. De esta forma, una de las conclusiones del estudio es que no existe, en el mundo empresarial, una definición de Big Data que predomine por sobre las otras.

La academia también carece de una definición comúnmente aceptada del concepto de Big Data. Frecuentemente, Big Data es definido en términos de su tamaño o incluso en términos negativos. De esta forma, Manyika et al. (2011) lo define como “bases de datos cuyo tamaño está más allá de la habilidad de un software corriente para capturar, administrar y analizar dicha base de datos”.⁴ El mismo informe aclara que Big Data se refiere tanto a la habilidad para almacenar y desagregar estas bases de datos gigantes y la disponibilidad de herramientas cada vez más poderosas de data mining y técnicas de análisis.

Otros ponen énfasis en el tratamiento que se le realiza a las bases de datos antes que su tamaño. Rubinstein (2013) lo define como “una forma novedosa en que organizaciones, incluyendo gobiernos y empresas, combinan diversas bases de datos digitales y luego utilizan estadísticas y otras técnicas de data mining para extraer de ellas información escondida y sorprendentes correlaciones”. El valor del Big Data estaría, por tanto, no en la cantidad de datos que se procesa, sino que en la capacidad de inferir información no contenida en la base de datos a partir de la misma.

3 Resulta decidir que el borrador de la investigación de Diebold en torno a los orígenes del término Big Data estuviese titulado “I Coined the Term Big Data”. Finalmente optó por el título más conservador “On the Origin(s) and Development of the Term Big Data”.

4 La traducción es nuestra.

3.2. Usos del Big Data

La transición del Big Data del mundo de la estadística y la econometría a distintos rubros productivos de la economía ha estado motivado por la correlación entre la adopción de una estrategia de manejo de datos eficiente y el desempeño financiero. Un estudio del Massachusetts Institute of Technology (MIT) mostró que las empresas que usan un sistema de toma de decisiones basada en el análisis de datos (data-directed decision-making) gozan de un aumento de entre un 5 y 6% en su productividad (Brynjolfsson, E., Hitt, L., y Kim, H., 2011).

De acuerdo a Tene y Polonetsky (2012), las herramientas otorgadas por la adopción del Big Data pueden implementarse en distintos rubros a fin de mejorar la productividad de los negocios, permitir a los gobiernos mejorar la administración del sector público y ayudar a las organizaciones a diseñar su planificación estratégica.

En el campo de la salud, algoritmos que identifican correlaciones estadísticas significativas han sido utilizados para descubrir efectos secundarios de distintos fármacos. De esta forma, fue posible descubrir que el fármaco Paxil, un popular antidepresivo, y Pravachol, una droga para reducir el colesterol, tienen efectos nefastos al ser ingeridos de forma conjunta, ya que aumentan el nivel de glucosa sanguínea a niveles diabéticos. Cada fármaco tomado de forma individual no genera el efecto secundario y por tanto habían sido aprobados por la entidad sanitaria estadounidense, ya que ésta no tiene la capacidad de probar la interacción de cada fármaco con el resto, en todas sus posibles combinaciones. La correlación entre ambos fue descubierta al examinar las estadísticas del motor de búsquedas "Bing". Se comparó estadísticamente aquellas búsquedas que contenían tanto el término "Paxil" como "Pravachol", junto a alguno de los síntomas conocidos, con aquellas en donde solo se ingresó uno de los fármacos en conjunto con algún síntoma. De esta forma, se pudo concluir que ingerir ambos fármacos de forma conjunta producía importantes efectos adversos; este descubrimiento puede haber resultado crucial para cerca del millón de estadounidenses que consumía ambos medicamentos (Tatonetti, N. Fernald, G y Altman, R., 2012).

El sector retail también ha visto los beneficios de la adopción del Big Data. Pionero en esta área fue el sistema de manejo de inventario de Wal-Mart llamado "Retail Link" (IMS, 2013), que permite a los proveedores ver el número exacto de sus productos en cada mostrador en tiempo real. La estrategia publicitaria de sitios como Amazon, en donde a los clientes se les muestra productos comprados por otros clientes que han comprado el mismo producto, también depende de la recolección de información de los usuarios y el uso de algoritmos.

Otros usos reportados por Tene y Polonetsky (2012) incluyen la administración más eficiente del sistema interconectado eléctrico, el manejo de flujo de tráfico y el sistema de pagos con tarjetas de crédito.

3.3. Big Data y selección de personal

Los avances en la tecnología de la información han permitido el diseño de sistemas automatizados o semiautomatizados que buscan mejorar los resultados del manejo de recursos humanos. Se ha argumentado que debido a los altos niveles de inversión que implica la capacitación de un trabajador de una industria tecnológica y los bajos niveles de retención, las técnicas clásicas de selección de personal ya no son suficientes (Lievens, Van Dam y Anderson, 2002).⁵

Chien, C. y Chen, L. (2008) propusieron de forma exitosa la utilización de técnicas de data mining, entendida como la exploración y análisis por medios automatizados o semiautomatizados de grandes cantidades de datos con el fin de descubrir patrones o reglas significativas, a fin de optimizar los procesos de recursos humanos en la industria de semiconductores. Los investigadores propusieron la adopción de un árbol de decisiones, el que a través del análisis de los datos que posee recursos humanos es capaz de inferir correlaciones entre los perfiles de los postulantes, como su desempeño laboral y su tasa de retención. Estas variables incluyen información demográfica como la edad, el género, el estado civil, el nivel de educación, la experiencia laboral y los canales de reclutamiento, sean internos o externos (Chien, C. y Chen, L 2008, p. 2 <!-- Generator: Adobe Illustrator 18.0.0, SVG Export Plug-In -->

84). Un modelo similar fue estudiado en el mercado de los bancos financieros por Azar, A., Sebt, M., Ahmadi, P. y Rajaeian A (2013), sin resultados concluyentes y por Thakur, G., Gupta, A. y Gupta, S. (2012) para crear un marco para definir los criterios del proceso de selección, correlacionando parámetros de desempeño con otros atributos específicos de los candidatos.

Sin embargo, la utilización del Big Data en la selección laboral no solo ha sido documentada para trabajos altamente calificados. De acuerdo a Zang, S. y Ye, M. (2015) la principal carencia del método clásico de selección de personal estriba en que la información que el entrevistador obtiene proviene siempre de la descripción del candidato. La utilización del Big Data podría, en palabras de los autores, compensar esta carencia al permitir a las empresas integrar a su proceso de reclutamiento el análisis del “rastreo digital” y el uso de redes sociales de los postulantes con estrategias clásicas de selección de personal. Esto podría ayudar al reclutador a “encontrar más información del candidato, incluyendo imágenes personales, condiciones de vida, relaciones sociales, habilidades, etc., para así poder conseguir una imagen más vívida del candidato” (p.43).⁶ Estas herramientas también son propuestas para el entrenamiento de talentos, la evaluación de talentos, el pago por desempeño y la administración de la carrera de los empleados.

En su informe “Big Data: HR’s Golden Opportunity Arrives” (eQuest, 2013), la empresa eQuest

5 Citado en Chien, C. y Chen, L, 2008.

6 La traducción es nuestra.

da cuenta de las supuestas bondades de la incorporación del Big Data en las áreas de recursos humanos de las empresas. Entre ellas, se encuentra la eventual posibilidad de eliminar los sesgos de los encargados de contratar personal. Sería posible reemplazar las opiniones, creencias e instintos por el análisis imparcial de grandes bases de datos para alcanzar el resultado de contratación buscado.

En un artículo provocativamente titulado “Meet the New Boss: Big Data” (The Wall Street Journal, 2012) se relata cómo la compañía Xerox empleó el análisis de datos y el uso de algoritmos para cambiar sus criterios para contratar personal. Históricamente, Xerox había preferido la experiencia laboral como criterio para contratar personal para su centro de llamados. Sin embargo, una asesoría externa estudió la correlación entre las respuestas que los postulantes entregaban a una serie de preguntas y su desempeño laboral. La evidencia mostró que la personalidad del postulante, antes que su experiencia, era el mejor indicador de su futuro desempeño laboral. Desde entonces Xerox realiza una prueba de personalidad de 30 minutos a sus postulantes, buscando aquellos que tengan una personalidad creativa, pero que no sean demasiado inquisitivos o empáticos.

3.4. Grandes resquemores

Como es posible apreciar, los aspectos positivos de la adopción del Big Data han sido ampliamente documentados. Sin embargo, distintas voces han advertido que la automatización en la toma de decisiones a través del análisis algorítmico de grandes bases de datos, sin los controles y contrapesos adecuados, puede llevar a resultados arbitrarios, discriminatorios e incluso vulnerar los derechos fundamentales de las personas.⁷

En este sentido, se ha hecho hincapié en que el creciente poder derivado del Big Data hace necesaria la adopción de límites y controles que permitan combatir las asimetrías de información y sus consecuencia en términos de ventajas económicas y control social (Mantelero, A., 2012).

Tene y Polonetsky (2012) advierten que la recolección de grandes bases de datos puede vulnerar la privacidad de las personas. Asimismo, la protección de la privacidad de vuelve más difícil, ya que la información se multiplica e intercambia entre distintas entidades alrededor del mundo. En sus palabras, mientras más información respecto de la salud, finanzas, ubicación, uso eléctrico y actividades online de los individuos se hace disponible para su tratamiento, mayores preocupaciones emergen en torno al peligro de la creación de perfiles, el rastreo, la discriminación, exclusión, vigilancia estatal y pérdida de control.

Como Boyd, D., y Crawford, K. (2011) señalan, existe un tendencia a presentar los resultados

7 Una mirada sintética de cómo el uso del Big Data puede vulnerar los derechos civiles puede encontrarse en el informe “Civil Rights, Big Data, and Our Algorithmic Future” del The Leadership Conference on Civil and Human Rights. Disponible en: <https://bigdata.fairness.io/wp-content/uploads/2015/04/2015-04-20-Civil-Rights-Big-Data-and-Our-Algorithmic-Future-v1.2.pdf>

del análisis de datos como un asunto de hechos y no de interpretación. Sin embargo, como observa Gitelman, S. (2013),⁸ en primera instancia los datos necesitan ser imaginados como datos y en dicho proceso de imaginación se encuentra una base interpretativa.

Lo anterior no es solo una preocupación epistemológica. Un sistema automatizado puede encontrar correlaciones con resultados discriminatorios que están basados en factores neutrales. Esta capacidad de encontrar patrones en enormes bases de datos facilita enmascarar actos de discriminación ilegítima o ilegal bajo varias capas de variables algorítmicas basadas en factores “objetivos” (Tene, O. y Polonetsky, J, 2013). El ejemplo propuesto por los autores resulta ilustrador: resulta inaceptable discriminar basado en factores como la raza, sin embargo, resultará cada vez más difícil detectar dicha discriminación si está basada en una docena de factores que el análisis de Big Data ha considerado correlacionados con la raza. El hecho de que estos mecanismos se encuentran muchas veces protegidos por la figura del secreto industrial o la propiedad intelectual agrega otra capa de opacidad a la problemática.

En el mismo sentido, la 36ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad emitió el año 2014 una resolución relativa al uso del Big Data. Este documento expresa que “El Big Data puede ser percibido como un desafío para los principios clave de privacidad, en particular los principios de limitación de la finalidad y la minimización de datos”⁹ y llama a todos los actores utilizando Big Data a hacer esfuerzos para reducir los riesgos asociados con su uso.

El acceso al crédito es un área en que resultados erróneos o sesgados del análisis automatizado de bases de datos es particularmente sensible. Tene y Polonetsky (2013) citan el informe de la Federal Reserve Board, donde se detalla cómo entidades crediticias ajustaron la tasa de créditos y el cupo límite de sus clientes basándose en dónde compran, qué compran y a quién le compran (Federal Reserve Board, 2010).

El acceso a puestos de trabajo, y en particular la utilización de criterios discriminatorios para la selección laboral, también es un área sensible. Al respecto, el informe de Leadership Conference on Civil and Human Rights 2014 documenta cómo la utilización del Big Data ha dado pie a este tipo de abusos. Por un parte, el uso del sistema “E-Verify”, una herramienta para que los empleadores verifiquen si un trabajador es o no un inmigrante con los papeles necesarios para trabajar en los Estados Unidos, se ha prestado para vulneraciones sistemáticas de la población inmigrante. Por otro lado, la inclusión en los algoritmos de selección laboral de información relativa a la distancia entre el hogar del postulante y el lugar de trabajo también ha tenido consecuencias discriminatorias. Por último, el informe indica que los resultados de los motores de búsqueda replican sesgos raciales que pueden perjudicar a un postulante a la hora de ser seleccionado en un puesto de trabajo (The Leadership Conference on Civil and Human Rights, 2014).

8 Citado en Boyd, D., y Crawford, K. (2011). El artículo cita las notas de lo que luego se transformó en el libro “Raw Data is an Oxymoron”, publicado en 2013.

9 Disponible en: <http://www.redipd.es/documentacion/otrosdocumentos/common/2014/Resolucion-BigData.pdf>

Del mismo modo, Zang, S. y Ye, M. (2015) advierten que, si bien la adopción del Big Data puede traer grandes beneficios para el área de recursos de humanos de las empresas, también existe el peligro de que la privacidad personal sea vulnerada. Esto sería particularmente relevante en mercados emergentes tales como Asia y Latinoamérica, en donde la protección de datos es menos rigurosa (p. 44).

4. Análisis del marco legal chileno

4.1. Ley 19.628 sobre protección de la vida privada

La ley chilena provee un sistema de protección personal de datos que muchos han descrito como débil o poco efectivo (Arrieta, 2009; Anguita, 2007). La promulgación de la ley 19.628, en 1999, fue la primera instancia de regulación en Chile sobre la recolección y procesamiento de datos personales. De acuerdo a Jijena (2010, p.415) esta ley fue empujada por grupos de interés y empresas¹⁰ para garantizar que los negocios en torno al procesamiento de datos personales no se viera afectados y, por lo tanto, la ley no restringe la creación e intercambio de grandes bases de datos entre agentes privados, ni resultando idónea al momento de proteger la privacidad de individuos.

Las deficiencias del marco legal chileno incluyen la falta de una autoridad de protección de datos, obstáculos institucionales para que quienes sean afectados busquen una solución al uso ilegítimo de sus datos y la falta de penas adecuadas por infringir la ley (Lara, J., Pincheira, C. y Vera, F., 2013, p. 4).

La debilidad más grande de la ley reside en el bajo nivel de protección otorgada a información personal y financiera (Alvarado, 2014). Un hito en la legislación es que, en principio, terceros requieren el consentimiento de un individuo para el uso, recolección y procesamiento de sus datos personales, como lo establece el artículo 4.¹¹ Ana Herrán (2002, p.220) llama a este principio el “consentimiento de los afectados” y nota que el derecho a consentir en la protección de datos personales no se puede subestimar, ya que “constituye el punto de partida desde el cual la autodeterminación y el derecho de individuos interesados para establecer y decidir cómo el tratamiento de información relacionada a ellos es estructurada y organizada”.

No obstante, en el inciso quinto del mismo artículo se provee una excepción amplia a esta ley general, estableciendo que “no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolectan de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios”.

Esta definición amplia de lo que constituyen las “fuentes accesibles al público” significa que terceros no requieren del consentimiento explícito del titular de dichos datos personales

10 Jijena menciona Dicom SA, la Asociación de Marketing Directo y Digital de Chile, la Cámara Chilena del Comercio de Chile y la Cámara de Comercio de Santiago.

11 El artículo 4 de la ley 19.928 establece que “el tratamiento de los datos personales solo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”.

cuando la base de datos, sea pública o privada, sea accesible por cualquiera, aun cuando su acceso requiera de un pago. Dado que la mayoría de los datos son considerados de fuentes accesibles al público, en la práctica la excepción se transforma en la regla general (Jijena, 2010, p.414).

Otros países, como España, también tienen una definición amplia de qué constituyen datos obtenidos de fuentes accesibles al público, pero en contraste a la legislación chilena, incorporan una exhaustiva pero limitada lista de qué bases de datos cumplen con estos criterios.¹² Esto limita las excepciones, ya que los datos que no pertenecen a estas fuentes listadas sí requieren del consentimiento del dueño de dichos datos para el uso de terceros.

Las reglas acerca del tratamiento de datos recolectados que la legislación permite está también sujeta a una amplia excepción. El artículo 9 de la ley 19.628 sostiene que “los datos personales deben utilizarse solo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados”, pero luego agrega “salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”.

Esta limitación de la legislación chilena ha llevado a una deficiente protección de datos personales. Un ejemplo de esto constituye el denominado caso “24x7”. A principios de 2015, dos abogadas recurrieron de protección, solicitando a la Corte de Apelaciones de Santiago que tomara las medidas conducentes a poner fin a la actividad realizada por los administradores del sitio web “24x7 Datos” (<http://datos.24x7.cl>). Los recurrentes argumentaban que el portal daba acceso público al Rol Único Tributario (RUT) de cualquier persona ingresando su nombre. En otras palabras, el nombre de una persona es todo lo que se necesita para obtener su RUT y, de la misma forma, tener el RUT de una persona permite saber su nombre completo.

Los demandantes argumentaron que el acceso público irrestricto a esta información personal otorgada por el sitio web infringe su derecho constitucional a la privacidad y a la protección de datos personales. La Corte de Apelaciones falló a favor de los administradores de “24x7 datos” y la Corte Suprema confirmó la sentencia, argumentando que como los datos de los demandados estaba contenida “en fuentes de acceso público y de carácter económico, financiero, bancario o comercial, en los términos del artículo 4° de la ley N° 19.628, no cabe exigir para ello el consentimiento de sus titulares ni mucho menos calificar tal tratamiento como arbitrario o ilegal, por lo que la acción interpuesta no está en condiciones de prosperar” (Corte Suprema Chilena, Rol 5243-2015).

12 Artículo 3 de la “Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal” de España (LOPD) establece que “tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación”. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>

Estas excepciones al requerimiento de consentimiento para el uso de datos personales, reconocidas por la Corte Suprema, facilitan la creación, procesamiento e intercambio de grandes bases de datos personales de agentes privados; a veces en formas en que sería considerado ilegal en otros países (Alvarado, 2014, p.208).

4.2. El caso de DICOM

Las deficiencias de la legislación chilena para proteger de forma adecuada datos sensibles y personales son particularmente perjudiciales para individuos que han sido sujetos a criterios discriminatorios al postular a un empleo o al acceder a créditos. El caso más notorio de abuso es el uso e intercambio de información financiera de individuos por “DICOM” para el propósito de vender dichas bases a empleadores, permitiendo que estos puedan discriminar a postulantes basándose en su registro financiero.

La entidad popularmente conocida como “DICOM” es una compañía privada conocida como Equifax Chile SA, una filial de la compañía estadounidense Equifax Inc. y el heredero del antes conocido Directorio de Intercambio de Información.

DICOM encuentra su antecedente directo en el Decreto Supremo número 250 del Ministerio de Hacienda en el año 1928. Esta regulación, que aún existe, requiere de varias entidades públicas y privadas para entregar, dentro de los primeros 15 días de cada mes, toda la información de deudores respecto a préstamos y créditos a la Cámara de Comercio de Santiago. Este intercambio regular de información se conoce como el “Boletín Comercial”.

En el año 1979, la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), junto con un grupo de emprendedores locales, fundaron el Directorio de Información Comercial (DICOM), bajo la solicitud de un grupo de emprendedores internacionales, quienes buscaban introducir las tarjetas de crédito en Chile. Mientras que la CCS ya tenía el Boletín Comercial, que provee información en obligaciones financiera y deudas pendientes, se argumentó que las compañías internacionales necesitaban un mayor volumen e información más actualizada, para poder decidir qué individuos son aptos para obtener préstamos (Maquieira, C y Fuentes, R. 2000). En Marzo de 1997, la compañía Equifax compró las acciones restantes de la compañía y pasó a ser dueño de la totalidad de DICOM.

El cambio de propiedad no alteró la percepción pública de “DICOM” como un estigma social significativo. La palabra “DICOM” tiene una alta carga emocional debido al impacto social que la compañía ha tenido en miles de personas. El objetivo de la legislación que dio a luz a DICOM es dar a instituciones financieras la información necesaria para evaluar las cualificaciones de los individuos a préstamos y, por ende, los individuos que se encuentren en dicha lista tienen dificultades para obtener préstamos de bancos.

DICOM ofrecía otros servicios, que se prestaban para que los individuos afectados se viesen discriminados a la hora de postular a puestos de trabajo. Equifax ofrecía, a cambio de una tarifa, un reporte del estado de las obligaciones financieras de cualquier persona, junto

con un sistema de puntaje para evaluar una serie de datos, incluyendo datos financieros e información de créditos. Este reporte podría ser pedido por personas naturales y jurídicas, y se convirtió en una práctica recurrente para empleadores, para revisar la historia de créditos de quienes postulaban a un empleo (Figueroa, P, 2003).

Los individuos afectados se encontraron socialmente estigmatizados como resultado de esta práctica, ya que su exclusión efectiva de la fuerza de trabajo significó que eran incapaces de obtener un ingreso estable y salir de la deuda. Los medios de comunicación cubrieron los efectos sociales de DICOM en titulares provocativos, como “El círculo vicioso del desempleo y la deuda” (La Nación, 2010), que contenían numerosos testimonios de las personas afectadas.

El parlamentario Felipe Harboe es uno de las principales voces que advierten sobre el uso de información financiera para la selección de personal, y es autor de las leyes 20.575 y 20.521 (tratadas en la Sección 5.3.2). Harboe sostuvo incluso que “la magnitud del problema es tal, que si no modificamos el sistema tendremos una crisis social en el corto plazo” (El Mostrador, 2010).

Debido a que las personas afectadas se ven excluidas de participación en muchos ámbitos de la vida económica, el término “estar en DICOM” se ha convertido en una suerte de condena social inevitable. Por ejemplo, en el Diccionario de Chilenismos de Juanelo (un cómic popular chileno) señala que “[c]aer en Dicom lo vuelve a uno el equivalente financiero de un leproso.”¹³

Este fenómeno ha sido incluso objeto de estudios sociológicos. Viñuela (2012), a través de la técnica analítica de “mapas de disputas” estudió cómo las controversias alrededor de DICOM han estado presentes a través de los años en el debate público chileno. La investigación concluyó que en el período entre 2001 y 2010 un gran número de involucrados se vieron parte del debate público provocado por las consecuencias sociales de DICOM, los que incluyeron a 14 organizaciones ciudadanas, siete empresas, seis expertos, 17 representantes de instituciones del Estado, 42 figuras políticas y siete candidatos presidenciales y presidentes.

4.3. Reformas Legislativas

4.3.1. Legislación del trabajo

En el año 2002, el legislador tomó acción para mitigar las consecuencias sociales de estas prácticas, al aprobar la ley 19.812. Dicha legislación modifica el Artículo 2 del Código del Trabajo y establece que “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno”.¹⁴

¹³ Disponible en: <http://es.juanelo.net/diccionario-de-chilenismos/> visitado el 6 de noviembre de 2015.

¹⁴ La segunda parte del mismo artículo inmediatamente fija una excepción a esta regla general, soste-

Comentando esta modificación, Cerda (2003) observa que “ni los documentos de la comunidad económica europea ni los de la Organización Internacional del Trabajo consignan siquiera una sola referencia a los antecedentes comerciales, por cuanto tal práctica resulta ajena a la experiencia internacional, ya que el recurso de los antecedentes comerciales para calificar la idoneidad profesional en el proceso de selección laboral constituye una perniciosa costumbre nacional, que precisamente la ley 19.812 ha pretendido erradicar”.

Sin embargo, a pesar de que la ley 19.812 prohíbe que los empleadores usen los antecedentes financieros como criterio a la hora de contratar, no se terminó la práctica de solicitar información financiera de los postulantes a un puesto de trabajo. Esta legislación se convirtió en una mera declaración de buenos principios, ya que la acción ilegal fue hecha en un estado pre contractual, esto es, cuando no existe una relación laboral. A su vez, los afectados son incapaces de utilizar las herramientas que provee la legislación del trabajo para remediar dichas violaciones.

De hecho, el Artículo 484 del Código del Trabajo, quien introduce la mayor herramienta legal que los trabajadores pueden usar para proteger sus derechos constitucionales dentro de la relación laboral, explícitamente excluye a los postulantes a un empleo de utilizar dichos recursos ante cualquier violación de sus derechos por su empleador luego de ser contratados. Esto deja a los postulantes a un puesto de trabajo afectados por una discriminación arbitraria sin una herramienta procesal que les permita hacer efectiva la protección establecida en el Artículo 2 del Código Laboral.

4.3.2. Legislación sobre protección de datos

La legislación chilena de protección de datos también fue modificada para intentar acabar con la discriminación de postulantes a empleos basada en sus registros financieros.

El primer intento de modificar la ley para mitigar las consecuencias sociales del uso de los servicios de DICOM se realizó el año 2010, durante el gobierno de Sebastián Piñera. La ley 20.463 intentó lograr este objetivo a través de la prohibición de los administradores de bases de datos financieras para publicar o intercambiar información respecto al endeudamiento o cheques sin fondos de las personas si estas obligaciones se originaron mientras el deudor estaba desempleado. De esta forma, la legislación trató de prevenir que los individuos entraran en un círculo vicioso, en el que las personas contraen deudas por estar desempleado y, al mismo tiempo, no son capaces de encontrar empleo y ser contratados por estar endeudados.

Desafortunadamente, el impacto de esta iniciativa fue insignificante, dado que solo aplicó a deudas adquiridas durante el período de cesantía. Además, si la persona afectada no estaba

niendo que “exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza”. (Artículo 2, párrafo 7, Código Laboral)

cubierta por un seguro de cesantía, el afectado estaba obligado a certificar su cesantía a la institución a cargo del Boletín Comercial.

En el año 2011, otra ley fue promulgada para atenuar las consecuencias sociales de DICOM. La ley 20.521 prohíbe cualquier tipo de evaluación de riesgo comercial que no esté basada en “información objetiva”, respecto a la situación financiera de las personas. Una violación de esta ley requiere que la información no objetiva sea eliminada inmediatamente de las bases de datos y permite que los afectados demanden compensación por daños sufridos.

No obstante, la promulgación de esta ley también falló en terminar la práctica de discriminación de postulantes a empleos según sus registros financieros, dado que solo asegura que los registros que son producidos y vendidos a empleadores sean contruidos bajo criterios objetivos, lo que no está adecuadamente definido en la ley. Además, la ley no establece un procedimiento administrativo que las personas afectadas puedan hacer uso para demandar la eliminación de la información. Esto significa que están forzadas a iniciar un procedimiento civil regular, lo que es costoso y puede tardar años en arribar a una decisión final.

4.3.3. Ley 20.575: La Ley DICOM

El mayor intento para proteger los datos financieros sensibles de las personas a la hora de postular a un empleo se concretó en el año 2012. Esta ley estuvo tan estrechamente asociada al fin de las prácticas de DICOM que comúnmente se conoce como la “Ley DICOM” (BCN, 2012-A).

De hecho, como lo demuestra la historia de la ley, terminar con esta práctica discriminatoria fue el objetivo directo de los miembros del Congreso que impulsaron la ley. La moción parlamentaria de la propuesta sostuvo que “esta práctica afectó la capacidad de cerca de 1,2 millones de personas para entrar al mercado laboral; o en otras palabras, 1,2 millones de ciudadanos no pueden encontrar un empleo por el hecho de que están en DICOM” (BCN 2012-B, p.5).

El mayor logro de la ley 20.575 fue consagrar el principio de finalidad en nuestra legislación de protección de datos personas. La ley consta de dos partes, los artículos 1 al 6 son una serie de reglas que compone un cuerpo normativo autónomo, y los artículos 7 y 8 modifican la Ley sobre protección de la vida privada (número 19.628).

El principal objetivo fue asegurar que los datos solo serán usados para el propósito específico por el cual se recolectaron y no para otros objetivos. Las instituciones de evaluación de riesgo comercial, tales como Equifax, recolectan información financiera de individuos y las venden a instituciones tales como bancos, para que ellos evalúen el riesgo de prestar dinero a un determinado individuo. El principio de la limitación de propósito prohíbe que los controladores de bases de datos usen esta información para un propósito distinto, como por ejemplo, venderlo a empleadores para que estos lo usen como un criterio para discriminar a postulantes a empleos.

Para proveer una mayor claridad, los legisladores eligieron mencionar explícitamente la prohibición de usar la información financiera para la elección de personal. El Artículo I, párrafos 2 y 3 del cuerpo regulador sostiene que:

“La comunicación de esta clase de datos solo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin”.

“En ningún caso se podrá exigir esta información en los procesos de selección personal, admisión pre-escolar, escolar o de educación superior, atención médica de urgencia o postulación a un cargo público”.

En el año 2013, la Dirección del Trabajo introdujo una resolución administrativa clarificando e interpretando el alcance de la ley 20.575. No obstante, organizaciones laborales han denunciado que dicha resolución (No 3.712/39 de la Dirección del Trabajo, 2013) distorsiona el espíritu de la ley, al clarificar que la prohibición de revisar el registro financiero de un postulante no es absoluto, y que puede ser sujeto a las mismas excepciones establecidas por la ley 19.812 del año 2002.¹⁵ En esta resolución, la Dirección del Trabajo estableció que “la dictación de la referida ley N° 20.575 no afecta la posibilidad de que el titular de los respectivos datos personales pueda solicitar y acompañar el aludido certificado para otras finalidades lícitas y necesarias, como la que se ha indicado del artículo 2°, inciso séptimo, del Código del Trabajo, que permite expresamente considerar tales antecedentes para ciertas contrataciones”.

De acuerdo a la organización ProSindical, esta resolución implica que “pese a la claridad de la nueva ley, los empleadores continúan habilitados para exigir antecedentes comerciales y no contratar -para puestos de recaudación, administración y custodia de valores, y de representación del empleador- a quienes tengan deudas vencidas, impagas e informadas en boletines comerciales”. (ProSindical, 2013). Esta interpretación permite perpetuar esta práctica discriminadora en la selección de empleos no relacionados con la administración de la empresa, pero que tienen a su cargo el manejo de dinero, como por ejemplo el cargo de cajero.

Además, la ley 20.575 no modifica o establece un mecanismo de velar por su cumplimiento y solo refiere a la ley 19.628 (Artículo 6) que, tal como se mencionó anteriormente, no contiene un procedimiento eficiente que permita a los afectados velar por su cumplimiento efectivo.

4.3.4. Proyectos de ley que buscan modernizar el marco legal de protección de datos en Chile

Las limitaciones del marco legal de protección de datos en Chile ha sido denunciado por la

¹⁵ El Artículo 2, párrafo 7 del Código Laboral establece que: “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúense solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza. (El énfasis es nuestro)

academia desde la promulgación de la ley 19.628 en 1999 (Jijena, 2001). Desde ese momento, ha habido una multiplicidad de proyectos de ley que buscan modificar la deficiente aproximación que tiene la norma para proteger datos sensibles o información personal de la recolección, tratamiento y venta de dicha por terceros.

Esta sección tiene como propósito analizar si estas reformas propuestas resultan satisfactorias a la hora de fortalecer nuestro régimen de protección de datos personales y si permitirían enfrentar el desafío que implica la adopción de herramientas de Big Data para el procesamiento de datos personales, sensibles y financieros. Para este objetivo, se analizarán dos proyectos de ley, los cuales fueron elegidos por ser los más relevantes propuestos hasta el momento.

El Boletín n°6120-07¹⁶ fue propuesto al Congreso en el año 2008. El fundamento del proyecto de ley se basa en el diagnóstico de que la actual protección de datos en nuestra legislación es insuficiente y propone una serie de modificaciones a la ley 19.628. Las modificaciones clave incluyen: el reconocimiento explícito de que cualquier tratamiento de información personal debe respetar los derechos del titular; la extensión de la protección de datos personales a personalidades jurídicas; el establecimiento de una entidad autónoma regulatoria con la facultad de hacer cumplir las provisiones establecidas en la ley 19.628; y la aplicación de sanciones administrativas a quienes infringen la ley.

El Boletín n°6120-07 no cambia el hecho de que terceros, bajo la actual legislación, no requieren del consentimiento del poseedor a recolectar, procesar e intercambiar datos personales cuando esta es obtenida de fuentes de acceso público, ni provee una definición más detallada de qué debiese ser considerado “fuentes accesibles al público” como algunos autores han recomendado (Alvarado, 2014, p.224). No obstante, se propone la incorporación de un nuevo párrafo al Artículo 4 de la ley 19.628, que sostiene que “quienes realicen tratamiento de datos personales sin autorización del titular conforme a las disposiciones de este artículo, deberán informar del tratamiento al titular de datos, en los términos del Artículo 3 bis”.

La obligación de informar a los poseedores del tratamiento de sus datos personales, aun cuando su consentimiento no se requiera, así como la creación de una agencia autónoma encargada de velar por dichas garantías mejoraría considerablemente la capacidad de nuestro marco legal para abordar las limitaciones en torno a la protección de datos personales. Sin embargo, la legislación propuesta sigue dependiendo en gran medida del concepto de “consenso informado”, el cual puede no ser el mejor acercamiento para lidiar con herramientas de Big Data en el tratamiento de información personal.

El Boletín 8143-03¹⁷ se propuso al Congreso en 2012, con el objetivo específico de adecuar

16 Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6505&prmBoletin=6120-07
Visitado el 9 de noviembre de 2015.

17 Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8541&prmBoletin=8143-03
Visitado el 9 de noviembre del 2015.

a Chile a las obligaciones de protección de datos exigidas por la OCDE.¹⁸ El proyecto de ley establece una serie de principios acerca de la protección de datos personales reconocidos por la OCDE. Además, se realiza un replanteamiento en la forma en que el consenso previo del uso de información personal es dado, afirmando que el consenso debe ser explícito, libre y no ambiguo. Aún reconoce que los datos obtenidos de fuentes de acceso público son una excepción al requisito del consentimiento explícito, pero provee una definición más estrecha de qué se entiende por dichas fuentes. Asimismo, al igual que el Boletín n°6120-07, el proyecto también descansa fundamentalmente en el principio del consentimiento informado.

4.3.5. Preocupaciones no resueltas

A pesar de las numerosas modificaciones legales, algunas preocupaciones acerca de la debilidad del marco de protección de datos se mantienen. Dado que la excepción del consentimiento explícito para las fuentes de acceso público no ha sido modificada, se puede argumentar que las reformas legales actuales han sido incapaces de proveer una protección adecuada a los datos personales. Además, esta omisión puede afectar otras modificaciones a la ley 19.628, tales como la que consagra el principio de finalidad.

Francisco Alvarado (2014, p.218) advierte que, en su actual estado, esta excepción tiene los siguientes efectos para los datos obtenidos de fuentes de acceso público:

- Los datos no serán sujetos al principio de finalidad.
- Aquellos que realizan el tratamiento de datos personal no serán sujetos al deber de mantener reservas sobre dicha información.
- Los individuos afectados no tendrán el derecho a solicitar al administrador de la base de datos la eliminación de sus datos personales de dicha base.

¹⁸ La lista de principios definidos en el proyecto de ley son: a) proporcionalidad b) Calidad de datos c) Especificación de propósito d) limitación de uso e) Seguridad de datos y f) Acceso y oposición.

5. Desafíos de la adopción del Big Data en selección de personal

De lo expuesto anteriormente, resulta necesario concluir que el marco jurídico nacional resulta insuficiente al momento de proteger de forma eficaz a los individuos de las consecuencias discriminatorias que puede producir la creación, tratamiento e intercambio de grandes bases de datos personales. La creciente adopción del Big Data y el tratamiento masivo y automatizado de bases de datos por parte de los departamentos de recursos humanos sin duda generará desafíos aún mayores en esta área.

Por un lado, al no exigir la autorización expresa del titular de los datos personales para el tratamiento de todos aquellos datos que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, nuestra legislación no presentaría ningún obstáculo para la recolección masiva e indiscriminada de datos personales y su sucesivo análisis algorítmico, con consecuencias potencialmente arbitrarias.

Esto es particularmente relevante en una época en donde la actividad online, la participación en redes sociales y la “huella digital” dejada por los usuarios de internet es capaz de dejar al descubierto información de carácter sensible.

Por otro lado, el análisis estadístico de información personal puede permitir “objetivar” determinados criterios de selección laboral, utilizando elementos correlacionados con aquellos que la ley prohíbe tener en consideración para llegar a alcanzar de forma disimulada un resultado que resulte arbitrario o discriminatorio. Descubrir dichos subterfugios se volverá particularmente complicado, toda vez que los mecanismos a través de los cuales se llega a dicho resultado pueden estar protegidos por secretos industriales o propiedad intelectual.

Es necesario tener presente que el Big Data no es solo una forma más eficiente de analizar grandes bases de datos, sino que su adopción implica un cambio de paradigma en la forma en que la información es recolectada. En palabras de Alistair (2012) “en el antiguo modelo de información escasa, las empresas deberían decidir qué información recolectar primero, y luego recolectarla” pero “en el nuevo modelo de información abundante, recolectamos primero y preguntamos después”.¹⁹

Este cambio de paradigma hace necesario revisar los principios sobre los que se basa nuestro sistema de protección de datos personales. Nuestra legislación, al igual que la Directiva de Protección de Datos europea, descansa de forma muy marcada en que los individuos sean capaces de tomar una decisión informada, al exigir la autorización expresa del titular para el tratamiento de datos personales. Sin embargo, como nota Rubistein (2013), distintos estudios empíricos muestran que los individuos no leen ni entienden las políticas de privacidad, transformando el consentimiento expreso en un ejercicio vacío.

Por otro lado, el principio de finalidad, estrenado por la ley 20.575, enfrenta importantes

¹⁹ Citado en Terry, N. (2012). La traducción es nuestra.

desafíos al momento de intentar aplicarse al ámbito del Big Data, ya que el análisis algorítmico de grandes bases de datos para inferir datos distintos a los contenidos en ellas añade una nueva capa de opacidad, a lo que debe sumarse nuestra carencia de una entidad con facultades sancionatorias. Por lo mismo, se hace necesario explorar nuevos mecanismos que permitan a los agentes transparentar sus mecanismos de toma de decisiones. Para aquello sería necesario distinguir los algoritmos propietarios (que se mantendrían secretos) y los criterios decisionales que podrían ser revelados (Tene, O. y Polonetsky, J, 2012).

6. Estadísticas oficiales sobre el uso de herramientas automatizadas para la selección de personal.

La investigación se propuso encontrar estadísticas oficiales relacionadas al uso de mecanismos automatizados de toma de decisiones, la creación, intercambio y procesamiento de grandes bases de datos (tanto de información personal como financiera) y su uso para la selección de personal.

A través de los mecanismos en la ley 20.285, se solicitó a la Dirección del Trabajo y al Instituto Nacional de Estadísticas por cualquier estudio o información estadística que obrasen en su poder respecto al uso de procesos de toma de decisión automatizados para la selección de personal.²⁰

La respuesta de la Dirección Nacional del Trabajo solo contenía una lista de decisiones administrativas relativas a la protección de la privacidad de los trabajadores y sus datos personales, pero ningún estudio o información estadística relacionada con el fenómeno descrito. El Instituto Nacional de Estadísticas respondió que no tenía ninguna información estadística sobre el tema.

El hecho de que estas instituciones no tengan ningún registro del uso de herramientas automatizadas para la selección de personal nos lleva a dos conclusiones. En primer lugar, establece que las agencias públicas aún no muestran un interés significativo en el estudio de este fenómeno. En segundo lugar, levanta dudas sobre las habilidades técnicas de agencias estatales para manejar la emergencia de futuras amenazas a trabajadores.

20 Estos requerimientos fueron dados los códigos AL003W-0005I24 y AI00IT0000I53 respectivamente.

7. Narrativas sobre Big Data

Este capítulo detalla los principales resultados de nuestra investigación, conducida en distintos actores chilenos y la relación que estos tienen con el concepto de Big Data, el cual involucra el análisis del material cualitativo obtenido a través de entrevistas en profundidad. Dichas entrevistas fueron llevadas a cabo durante septiembre y octubre de 2015; los participantes fueron seleccionados según sus posiciones en sectores relevantes, tales como en la sociedad civil, academia, entidades gubernamentales y compañías de software. Tomando en cuenta consideraciones éticas, la identidad de todos los entrevistados permanecerá anónima.

El objetivo de esta sección es ilustrar cómo varios actores tienen distintas conceptualizaciones del Big Data. Específicamente, estas diferencias resultan en diversas implicancias y consecuencias.

La presente sección considera: las distintas conceptualizaciones en torno al Big Data, cuáles son los usos eventuales y cómo este se puede relacionar a prácticas discriminatorias en el mercado laboral.

7.1. Conceptualizaciones del Big Data

Un abogado laboral dio la definición más precisa de Big Data de todas las personas entrevistadas. Él presentó dos usos amplios del concepto: en primer lugar, que el Big Data puede ser visto como una herramienta que provee control sobre bases de datos personales; en segundo lugar, el Big Data y sus implicancias tienen consecuencias legales potenciales para la relación entre empleador y empleado.

“Una respuesta más bien coloquial, más que académica, de Big Data sería un poder de control absoluto o, más bien, un poder de dominación de datos que son de un tercero. Es decir, todo dato personal de una persona está a disposición de un tercero, sin haber consentido en que tenga tal disposición; eso, en términos coloquiales, sería Big Data. En el ámbito laboral, uno habla también del “habeas data laboral”, una garantía que está en el artículo 154 bis [del Código del Trabajo];²¹ en él hay una garantía en favor de los trabajadores que implica un deber de confidencialidad de los datos personales que el empleador obtenga con la ocasión de una relación laboral; y en la doctrina, Gamonal describe en un artículo -es eso lo que está denominado como habeas data laboral- para que dichos datos tengan un manto de confidencialidad en cuanto su disposición y tratamiento” (Abogado Laboral, informante especializado).

Mientras tanto, desde el punto de vista de la Dirección del Trabajo, el Big Data es conceptualizado como una tecnología que podría ser usada para el diseño de políticas públicas. Lo interesante es que, desde el punto de vista del director del Departamento de Tecnología, el Big Data implica el uso de algoritmos que pueden ser programados de formas particulares. De acuerdo

21 Artículo 154 bis del Código Laboral establece que “el empleador debe mantener reservada toda la información y datos privados del trabajador por el cual tienen acceso durante la relación laboral”. Esta protección cubre solo a trabajadores que ya están contratados y no a los que están en proceso de selección.

a lo que él sostiene, la definición de Big Data es principalmente vinculada a lo que se puede hacer a través del uso de algoritmos, dada la existencia de éstas bases de datos.

“Lo definimos como una tecnología o una lógica de operación que persigue la suma o consolidación de información estructurada y no estructurada, que nos permite análisis en base a algunos algoritmos para obtener algún tipo de resultados que permitan tomar decisiones o proyectar políticas públicas hacia un sector en particular.” (Director del Departamento de Tecnología, Dirección del Trabajo).

La definición de Big Data provista por el director de una agencia de la sociedad civil sostuvo que estas herramientas pueden llevar a una generación de controles e información. A pesar de que no pudo dar una adecuada descripción de la tecnología usada en el manejo de Big Data, se ve, claramente, que este método constituye actualmente una tendencia.

“No te puedo dar una definición específica. Sí te puedo decir que Big Data es una tendencia creciente a la utilización de datos en forma masiva a través de algoritmos, que funcionan de forma autónoma, que van generando controles, que van reconociendo datos, que van generando información a través de volúmenes cada vez más grandes de información” (Vocero, agencia de la sociedad civil centrada en la protección de datos personales).

No obstante, desde el punto de vista de la industria del software, como se puede ver en la siguiente cita, hay un escepticismo respecto a la definición e implicancias de Big Data. La idea de que cualquier persona que pueda utilizar herramientas relacionadas al manejo de datos podría eventualmente articular una concepción del Big Data nos demuestra uno de los elementos más importantes del concepto: dado que aún no está adecuadamente definido, hay varias expectativas, y tanto quienes ofrecen servicios como quienes los requieren pueden enfrentarse a incertidumbres relacionadas a las aplicaciones eventuales del Big Data.

“Yo tengo nociones, no lo hemos trabajado, pero siento que Big Data está un poquito manoseado, en el fondo cualquier persona que agarra y que ve que tiene muchos datos como que empieza a hablar de Big Data” (Vocero, compañía de software).

El hecho de que el Big Data es un concepto que aún requiere una mejor claridad conceptual conlleva tres consecuencias: primero, la pregunta sobre cómo se podría regular; segundo, la consideración sobre quién está efectivamente trabajando con Big Data actualmente; y finalmente, el relativamente nuevo carácter del concepto y su falta de asentamiento en las prácticas regulares del mercado laboral.

7.2. Usos actuales y usos futuros posibles del Big Data

Al ser preguntados sobre los usos actuales del Big Data, los entrevistados sostuvieron cómo una variedad de prácticas relacionadas con la tecnología son usadas en el proceso de selección de personal. No obstante, el uso de estas prácticas no necesariamente se relaciona a una definición previa de “Big Data”, una opinión de un director de una organización de la sociedad civil:

“Creo que más que herramientas tecnológicas, redes sociales cada vez se están ocupando más; LinkedIn por ejemplo. La que era la rectora de la Arcis estaba buscando profesores de psicología por Facebook... Pero en cualquier casting, obviamente ocu-

pan mucho LinkedIn. Más que eso yo creo que no, mi impresión al menos es que los headhunters chilenos tienen una red de contactos cada uno bien especializado en su nicho, y dentro de ese nicho se va ampliando la red, pero no tiene que ver con desarrollo tecnológico. Mi impresión es que estamos bien atrasados en esa línea” (Director, organización sociedad civil).

“No, no tengo noción de aquello, no me ha llegado alguna consulta sobre eso, tampoco sé si existe en el mercado una empresa que ofrezca un servicio o software de esta naturaleza respecto de datos de candidatos que puedan estar dando vueltas. No me ha tocado oír comentarios ni experiencias laborales sobre esta materia”. (Abogado laboral)

Entrevistamos a un headhunter que trabaja en una compañía local, quien expresó que el método que usan para encontrar a los mejores candidatos para un empleo aún se rige por “la forma antigua”, y que no se usa ninguna herramienta tecnológica para hacer el proceso más eficiente.

“Yo lo desconozco, y me cuesta pensarlo que sea así porque esto es como un trabajo de joyería, en término en que no tiene que ver con algoritmo, tiene que ver con entender qué tiene tu cliente, que eso varía con el tiempo, varía con la circunstancia país, varía con la cultura organizacional, esto es como un trabajo de artesanos”.

De acuerdo a los testimonios previos, es posible concluir que no existe evidencia de herramientas tecnológicas de manejo de datos usadas para la selección de personal, no obstante, este no es el caso:

“Me imagino que más que herramientas tecnológicas, sí conozco casos de gente que le rastrean su huella digital en redes sociales para determinar cuestiones de su posible comportamiento laboral, su ideología, sus compromisos políticos o sociales. Me he enterado a través del contacto con sindicatos. En la jurisprudencia laboral existen casos, hay casos comparados interesantes, pero en la selección de personal y en el caso chileno, nada. No hay huella judicial por así decirlo” (Especialista académico en relaciones laborales).

“[en e]l fondo tú armas un proceso de reclutamiento, un proceso de selección tal cual como el que tienes en la empresa y ese lo dejas automatizado a una página web. Entonces los distintos actores de aprobar el proceso de reclutamiento para tal área, van participando de este flujo y al final ves si es que quedan o no quedan. A nivel de algún algoritmo que hay ahí, no hemos llegado tan lejos. Si puede ser a nivel de algunas reglas de negocios y que podrían definir ponte tú, no sé, si esta persona -no ha pasado, pero me lo imagino- si esta persona estuviera en una lista negra ‘entonces sácalo al tiro’, por decirte algo. Ese tipo cosas de lógicas se las metemos nosotros en este tipo de aplicaciones. Pero hasta el momento no hemos hecho ninguna.” (Vocero, compañía de software)

Esto nos lleva a uno de los temas más complejos respecto al Big Data, así como también las tecnologías automatizadas para la selección de personal. Las mayores preocupaciones no están relacionadas al actual uso del Big Data sino que a sus usos potenciales. La pregunta de

cómo las compañías podrían implementar procesos cada día más automatizados en el futuro es una de las mayores preocupaciones de los entrevistados.

La falta de casos legales relacionada al uso de estas herramientas en la selección de personal aparece como uno de los temas más difíciles de tratar, tal como el abogado laboral sostiene:

“El Big Data te lleva a este control absoluto, pero no sabemos con qué límites; una persona que no tiene conocimiento sobre el tratamiento que un tercero hace de sus datos personales. Y esto podría llevar a una asimetría de información en el estado pre-contractual” (Abogado laboral).

El problema se relaciona principalmente con qué ocurre en un estado previo de la relación laboral, cuando aún no hay un contrato y las brechas del marco legal se hacen visibles. Esto se vuelve relevante dado que las amenazas no solo se relacionan al uso de Big Data, sino que a un ámbito más amplio de herramientas técnicas, las cuales podría llevar a un marco inadecuado de relaciones laborales.

7.3. Big Data y sus implicancias en el mercado laboral

Las implicancias del uso del Big Data en el mercado laboral aún no son claras. Una amplia gama de respuestas fueron dadas acerca de la relación entre el uso de Big Data y la selección de personal, por ejemplo. Las respuestas a esta pregunta tienden a caer en una de dos categorías. Algunos indicaron que esto no era una preocupación dada la falta de demanda de servicios de Big Data en el reclutamiento de personal, mientras que otros apuntaron a los vacíos legales en la protección de datos, lo que podría llevar a incertidumbres acerca de sus implicancias.

El potencial para discriminación también emerge como una preocupación sustantiva en el uso de tecnologías automatizadas para la selección de personal.

“Yo creo que la discriminación ocurre de todas formas. Entonces, respecto a tu pregunta, yo creo simplemente podría significar una sofisticación de los mecanismos mediante los cuales algunas empresas sí discriminan. Lo que sí sé es que hay ciertas empresas que tienen ciertas políticas que tratan de imponerla a sus trabajadores sea legal o no sea legal. Y la discriminación a las mujeres, por ejemplo, existe o la discriminación por orientación sexual. Por eso te decía, eso existe. Aquí se les podría estar dando una herramienta más sutil, más perfecta como para poder cumplir esa orientación inicial hacia la discriminación. (vocero, organización de la sociedad civil relacionada con temas laborales).

“Bueno, discriminación, sobre todo, discriminación que de hecho podría llegar a ser hasta arbitraria, puesto que una máquina o un procesamiento de códigos y algoritmos va a estar definiendo características personales de un individuo”(Vocero, organización de la sociedad civil relacionada con protección de datos personales).

La potencial amenaza de discriminación pone en duda si es que el marco legal chileno tiene la capacidad de responder de una forma coherente a los desafíos que implica la adopción de tecnologías de procesamiento de datos en el mercado laboral. Se puede decir, citando

a un abogado laboral, que tanto el marco chileno como el régimen institucional no están preparados de forma adecuada para enfrentar la emergencia de nuevas tecnologías:

“Para mí, la respuesta va a estar dada según cómo se obtuvo la información: el simple hecho de que esa información vulnere derechos fundamentales no lo veo tan claro, pero sí –quizás– la manera, el medio pueda vulnerar la igualdad ante la ley, la no discriminación, alguna cosa por el estilo. Yo lo veo por el lado de la igualdad o por el lado de la no discriminación reconducir el tema al artículo 2 del Código del Trabajo. Pero salió un fallo de la Corte Suprema este año que dice que la no discriminación que se menciona en la legislación laboral debe reconducirse al Artículo 19 n° 6 de la Constitución que es mucho más amplia en su aplicación y no restringirse al ámbito laboral; entonces hay un conflicto: selección de personal versus antecedentes previos”.

“Quien se encuentra buscando trabajo no se encuentra protegido totalmente por la legislación laboral, porque aún no existe un contrato de trabajo; entonces, si esta persona ha sido apartada, discriminada o lo que sea, no cuenta con un camino procesal laboral para alegar de ese proceso. Lo que tenemos en Chile a nivel laboral, en el Código del Trabajo, es el procedimiento tutelar de derechos fundamentales; y lo que hace esta vía es tutelar ciertas garantías y derechos fundamentales que goza un trabajador, pero el mismo artículo, el 485, permite que queden fuera del contorno de este procedimiento las ofertas de trabajo; entonces, podemos ver que en la relación pre-contractual dicha persona no tiene una relación laboral, por tanto, queda fuera de este camino procesal, no tiene la posibilidad de alegar que la búsqueda de trabajo o de antecedentes haya vulnerado algún derecho fundamental. Una vez vigente la relación laboral, podría existir la posibilidad de tutelar la protección en el plano de la discriminación laboral” (Abogado laboral).

La falta de preparación de parte de las instituciones chilenas hace difícil ver cómo podrían estar a la altura del desafío que significa la adopción del Big Data en estas materias.

Durante nuestra investigación en terreno, tuvimos la oportunidad de hablar con una persona que fue directamente afectada por el uso de bases electrónicas en el proceso de reclutamiento. A pesar de que su predicamento no refleja en ninguna forma el uso del Big Data, su ejemplo provee una visión de la –a veces– problemática relación entre los empleadores y los empleados, así como las falencias institucionales actuales en Chile.

Este trabajador había trabajado en un mercado laboral en donde solo un número pequeño de compañías operan y su contrato terminó por una razón que él cree injusta. Tomó la decisión de demandar a su ex empleador por despido injustificado y el caso fue resuelto a su favor. No obstante, no pudo encontrar trabajo con otras empresas en este mercado en particular, y la razón que le dieron fue que él no era idóneo para el cargo, debido al conflicto legal con su anterior empleador:

“En algunos lados solo me dijeron que no podían ofrecerme contrato. En otros, me dijeron directamente que la razón por esto era que había demandado a mi anterior empleador y que ahora era parte de una “lista negra” (...) Después descubrí que mi demanda podría ser accedida desde la página web del poder judicial” (Trabajador chileno).

La decisión tomada por otras compañías operando en este mercado a acceder a los registros de los postulantes es legal, ya que esta información es parte de los registros públicos, en este caso, el sitio web del Poder Judicial. Sin embargo, el uso de una lista negra como criterio para contratar es ilegal. Por lo tanto, esto es un ejemplo del uso de datos para discriminar ciertos grupos de postulantes. “De lo que oí es que hay un sistema, una base. Esta base es manejada solo por empleadores y entre ellos se dan la información” (Trabajador chileno).

“Me arrepiento de haber presentado una demanda a mi antiguo empleador, de haber tenido que demandar a la empresa. Porque de haber sabido que se demoraría 10 meses en que todo acabara (...) Para mí el tema de la demanda no valió la pena para nada” (Trabajador chileno).

Por ser parte de una lista negra, el trabajador se arrepiente de demandar a su empleador, dada su inhabilidad para obtener un empleo en la industria, además de los costos de la defensa legal. Más allá de la pregunta por el Big Data, existe un testimonio claro de las implicancias relacionadas al abuso de información personal en el reclutamiento. El acceso a información sensible por terceros a través de medios electrónicos puede incrementar las posibilidades de usar dicha información de una forma potencialmente discriminatoria. Esto debería llamar la atención, dado que el marco legal no está adecuadamente equipado para lidiar con este tipo de situaciones.

7.4. Multiplicidad de conceptos, diversidad de implicaciones

Las narrativas sobre el Big Data son diversas. No solo en las definiciones que los entrevistados ofrecen y cómo conceptualizan el término, sino que también en sus implicancias. Los testimonios entregados por los entrevistados muestran que las herramientas de Big Data aún no han sido adoptadas por las empresas para apoyar sus prácticas reclutamiento, y que distintos usos potenciales del Big Data todavía están en el estado conceptual.

La noción de que el uso del Big Data aún se encuentra en un estado incipiente puede ayudar a explicar la ambigüedad en las definiciones y conceptualizaciones del término por agencias del Estado, organizaciones de la sociedad civil y académicos. Ya que no existe una amplia aplicabilidad de las herramientas del Big Data, su noción del término no tiene una dimensión empírica.

Así como existe una amplia gama de conceptualizaciones del Big Data, existe un rango de implicaciones posibles para el uso de reclutamiento en el mercado laboral. A pesar de que hay muchas aplicaciones potenciales, el potencial para la discriminación en el mercado laboral tiene una especial relevancia para todos los entrevistados, dado que todos reconocieron que el uso de Big Data puede resultar en discriminaciones arbitrarias. Y, más allá del Big Data per se, existe una discusión importante que aún está pendiente sobre las implicancias del uso de datos electrónicos en una forma automatizada para tomar decisiones de reclutamiento. Dado que la legislación actual protege a los trabajadores de la discriminación solo después de que son contratados, existe un alto potencial para que se manifiesten problemas, dado que el comportamiento discriminatorio, en este contexto, es más probable de ocurrir en el estado pre-contractual.

7.5. Herramientas para el manejo automatizado de datos, marco legal y prácticas en el mercado laboral chileno.

Esta sección busca explorar los roles que los procesos del manejo automatizado de datos puede tener en prácticas de reclutamiento, así como también sus implicancias. Hacer esto conlleva un entendimiento más profundo del rol de las herramientas tecnológicas y su relación a las convenciones de postulación a empleos y el acompañamiento de un marco legal.

Se argumentó previamente que las debilidades del sistema chileno para la protección de datos personales ha permitido abusos, tales como el caso de DICOM. Con esta afirmación como un dato, el estudio de Big Data apuntó a observar en cómo las actuales tecnologías pueden presentar nuevos desafíos a distintos actores relacionados con el mercado laboral.

Este artículo ha mostrado que en el caso chileno, el marco legal actual no está equipado para responder de forma adecuada a los desafíos que la adopción de nuevas tecnologías en el uso del Big Data va, probablemente, a conllevar. Como resultado, las instituciones estatales no están preparadas para los potenciales problemas que podrían aparecer. El hecho de que la ley chilena solo lidia con casos en que el trabajador ya entró en una relación contractual con el empleador es un buen ejemplo.

La pregunta sobre las diferencias contractuales y pre-contractuales, y sus implicancias en esta materia, pueden dar signos de un problema mayor. En este caso, los disímiles niveles de protección ante la discriminación arbitraria del que gozan quienes postulan a un puesto de trabajo y quienes ya se encuentran bajo una relación laboral. Esto fue destacado por informantes especializados que participaron en la investigación.

Debido a que los avances tecnológicos ocurren más rápido que lo que se puede modificar el marco legal, es probable que la demanda por el uso de herramientas de Big Data para selección de personal preceda a los mecanismos legales que regulen dicha práctica. A pesar de que el uso de Big Data aún no aparece como ser algo generalizado, sí hay algunos mercados en que dichas tecnologías se miran con interés, especialmente en los departamentos de recursos humanos de las empresas.

No obstante, el uso de tecnologías automatizadas para el procesamiento de datos se extiende más allá de una concepción estricta de Big Data y ya ha sido adoptado en algunas prácticas de reclutamiento, por ejemplo, a través de la revisión de las redes sociales de los postulantes. El caso del trabajador entrevistado ilustra el potencial que existe para el abuso de datos existentes online: no pudo encontrar trabajo, experimentó una sensación de arrepentimiento y desarrolló una desconfianza hacia las instituciones. Esto se puede entender en el contexto de abuso flagrante de sus potenciales empleadores y solo podemos esperar que dichos casos se multipliquen una vez que el Big Data se comience a usar.

La preocupación sobre el Big Data debería ir más allá de la mera herramienta en sí misma. No solo es necesario tomar en cuenta las varias acepciones de su concepto, sino también considerar que el Big Data es una entre varias de las herramientas tecnológicas que se usan para manejar datos personales hoy. En este sentido, cualquier herramienta puede ser potencialmente mal usada si es que el marco legal no establece limitaciones. Dado el contexto anterior, es relevante no solo actualizar el marco legal, sino que es importante su consistencia, especialmente en relación a las protecciones al trabajo y su inaplicabilidad a quienes estén buscando trabajo.

8. Conclusiones preliminares

En los últimos años, el volumen de información recolectado por gobiernos y empresas ha aumentado exponencialmente. La reducción de los costos para almacenar dicha información y la creciente capacidad para aplicar análisis algorítmicos que permiten inferir, a través de correlaciones, información útil no contenida en dichas bases de datos ha dado paso a lo que se ha denominado “la era del Big Data”.

La adopción de técnicas de Big Data tiene la potencialidad de generar grandes beneficios sociales y mejorar la productividad de distintos sectores económicos, en áreas como el retail, la minería, la investigación y el marketing. Sin embargo, su adopción en otras áreas puede vulnerar distintos derechos fundamentales de las personas. Algunos autores (Mantelero, A., 2012; Tele, O. y Polenetsky, J, 2013) advierten que la utilización del Big Data, sin la correlativa adopción de controles y equilibrios adecuados puede vulnerar la privacidad de los usuarios, esconde los sesgos imperantes bajo el velo de la objetividad y resulta en decisiones arbitrarias o discriminatorias.

Chile tiene un largo y desafortunado historial de creación, tratamiento e intercambio de bases de datos personales utilizados para fines ilegítimos, tales como la discriminación de postulantes a puestos de trabajos. Las graves repercusiones sociales de los servicios que eran proveídos por DICOM son un buen ejemplo de dicho tipo de abusos.

En este sentido, la adopción de herramientas de Big Data en los departamentos de recursos humanos de las empresas presenta un gran desafío regulatorio para nuestro país. El estudio del marco regulatorio nacional de protección de datos personales, las modificaciones que ha sufrido en los últimos quince años y los proyectos que buscan modernizarlo indican que nuestra legislación no está preparada para la adopción de herramientas de Big Data en los campos de selección de personas. La legislación laboral también parece insuficiente, ya que no otorga una protección adecuada ante la discriminación arbitraria a aquellas personas que están postulando a puestos de trabajo, pero que aún no han sido contratadas.

Las entrevistas realizadas a diferentes actores relevantes y la ausencia de estadísticas oficiales sobre la materia pueden ayudar a esbozar algunas conclusiones preliminares. La carencia de estudios y estadísticas oficiales sugieren que las agencias estatales no consideran el uso de mecanismos de toma de decisiones automatizadas y sus posibles resultados discriminatorios

o arbitrarios, un problema de políticas pública que deba ser abordado de momento

En contraste, aun cuando los actores relevantes entrevistados no están al tanto de que herramientas de Big Data estén siendo utilizadas actualmente para efectos de selección de personal, todos sienten que el uso eventual de mecanismos de toma de decisiones automatizados basado en el tratamiento de datos personales, financieros o sensibles en esta materia puede resultar, de una forma u otra, en resultados discriminatorios o arbitrarios.

Esto no solo reafirma la necesidad de que nuestro país subsane las evidentes falencias de su normativa sobre protección de datos personales, sino que hace necesario que los mismos principios sobre los cuales dicha legislación descansa sean repensados.

9. Recomendaciones

Las conclusiones esbozadas anteriormente reflejan problemas no solo asociados con la creación de grandes bases de datos o el procesamiento automatizado de información personal, sino que también problemas con la regulación de datos personales en sí misma. Por lo tanto, desde una perspectiva de defensa de los derechos individuales sobre la información personas en la era del Big Data, pasos necesarios que la regulación debe dar incluyen:

- La construcción de estadísticas oficiales sobre la problemática, generada de forma conjunta entre el Instituto Nacional de Estadísticas y la Inspección de Trabajo.
- La imposición, a través de ley u otra regulación, de mayor transparencia en los criterios para la recolección y procesamiento automatizado de información personal, de manera de permitir a las personas entender la forma en que su información es procesada.
- Una completa actualización de la legislación nacional de protección de datos personales, incluyendo obligaciones bien definidas de transparencia, mejores reglas relativas al consentimiento, límites estrictos a la transferencia de datos personales a terceros y a la transferencia transfronteriza de datos personales y otras salvaguardas de autodeterminación informativa.
- La actualización de las reglas de observancia ante las infracciones a la Ley de protección de la vida privada, incluyendo la creación de un organismo de protección de datos personales con atribuciones contundentes, tales como la facultad de emitir circulares y dictámenes que permitan unificar la interpretación de las normas sobre la materia, emitir sanciones administrativas, incurrir en regulación sectorial y velar por el registro obligatorio de bases de datos.

BIBLIOGRAFÍA

- Azar, A., Sebt, M., Ahmadi, P., Rajaeian, A (2013). A model for personnel selection with a data mining approach: A case study in a commercial bank. *SA Journal of Human Resource Management*, 11 (1), 1-10.
- Alistair (July 31, 2012). Big Data Is Our Generation's Civil Rights Issue, and We Don't Know It. Retrieved from: <http://solveforinteresting.com/big-data-is-our-generations-civil-rights-issue-and-we-dont-know-it/>
- Alvarado, F. (2014). Las fuentes de acceso público a datos personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 3 (2), 205-226.
- Anguita, P. (2007). La protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Arrieta, R. (2009). Chile y la protección de datos personales: Compromisos internacionales. In Expansiva (Ed.), "Chile y la protección de datos personales: ¿están en crisis nuestros derechos fundamentales? Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- BCN (2012-A). Guía legal sobre: Ley Dicom. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-dicom>.
- BCN (2012-B). "Historia de la ley 20,575" Disponible en: <http://goo.gl/YUojFH>
- Boyd, D., & Crawford, K. (2011). Six Provocations for Big Data. A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society.
- Brynjolfsson, E., Hitt, L., and Kim, H. (2011). Strength in Numbers: How Does Data-Driven Decisionmaking Affect Firm Performance?. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1819486> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1819486>
- Cerda, A. (2003). Intimidación de los trabajadores y Tratamiento de datos personales por los empleadores. *Revista Chilena de Derecho Informático*, 1 (2).
- Chien, C. & Chen, L. (2008). "Data mining to improve personnel selection and enhance human capital: A case study in high-technology industry" *Expert Systems with Applications*. 34 (1), 280-290.
- Diario Financiero (October 16, 2015). Su perfil de Facebook podría hacer que le rechacen un préstamo. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/internacional/ft-espanol/su-perfil-de-facebook-podria-hacer-que-le-rechacen-un-prestamo/2015-10-15/205214.html>
- Diebold, F. (2003). Big Data Dynamic Factor Models for Macroeconomic Measurement and Forecasting. *Advances in Economics and Econometrics Theory and Applications*, Eighth World Congress, Volume 3.
- Diebold, F. (2012). On the Origin (s) and Development of the Term Big Data. PIER Working Paper No. 12-037. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2152421>
- El Mostrador (November 15, 2010). Felipe Harboe advierte: "Si no modificamos el sistema del Dicom vamos a tener una crisis social". Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2010/11/15/felipe-harboe-ppd-advierete-si-no-modificamos-el-sistema-del-dicom-vamos-a-tener-una-crisis-social/>
- eQuest (2013). Big Data: HR's golden opportunity arrives. Retrieved from: https://www.equest.com/wp-content/uploads/2013/05/equest_big_data_whitepaper_hrs_golden_

opportunity.pdf

- Federal Reserve Board (2010). Report to the Congress on Reductions of Consumer Credit Limits Based on Certain Information As To Experience Or Transactions Of The Consumer. Disponible en: <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/rptcongress/creditcard/2009/consumercreditreductions.pdf>.
- Figueroa, P. (2003). Situación actual de DICOM S.A frente a la discriminación laboral y comercial. Una nueva propuesta legal a la ley 19.628 Sobre protección de la vida privada. Universidad de Talca. Disponible en: http://dspace.utalca.cl:8888/ciencias_juridicas_y_sociales/32485.pdf
- Flyvbjerg, B. (2006). Five Misunderstandings About Case-Study Research. *Qualitative Inquiry*, 12(2), 219–245.
- Gitelman, L. (2013). *Raw Data is an Oxymoron*. MIT Press.
- Guama, S. C. (2015). Estudio comparativo de métodos existentes para integrar la información estructurada y no estructurada de una industria enfocada en la generación de conocimiento, desde la perspectiva de una solución integral de Big Data. Disponible en: [http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/3385/1/UDLA-EC-TMGSTI-2015-I6\(S\).pdf](http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/3385/1/UDLA-EC-TMGSTI-2015-I6(S).pdf)
- Hancock, D. R., & Algozzine, D. B. (2006). *Doing Case Study Research*. New York: Teachers College Press.
- Herrán, A. (2002). El Derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales. Madrid, Dykinson. 388 p.
- IMS (March 13, 2013). Walmart's Secret Sauce ... How the largest survives & thrives. Disponible en: <http://www.imsresultscount.com/resultscount/2013/03/walmarts-secret-sauce-how-the-largest-survives-thrives.html>
- Innovación (May 23, 2014). Inversión de Big Data en Chile llegará a US\$ 50 millones en 2014. Disponible en: <http://www.innovacion.cl/2014/05/inversion-de-big-data-en-chile-llegara-a-us-50-millones-en-2014>
- Inria. (September 29, 2015). XI Seminario de Fundación Copec-UC se enfocará en el Big Data. Disponible en: <http://inria.cl/xi-seminario-de-fundacion-copec-uc-se-enfocara-en-el-big-data/>
- Jijena , R. (2001). Sobre la no protección de la intimidad en Chile. Análisis de la ley 19.628 de agosto de 1.999. *Revista electrónica de derecho e informática*, 39.
- Jijena, R. (2010). Actualidad de la protección de datos personales en América Latina. El caso de Chile. In *Memoria del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Monterrey. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2940/27.pdf>.
- Johansson, R. (2003). *Case study methodology*, 22–24.
- La Nación (April 25, 2010). El círculo vicioso de la cesantía y las deudas. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/noticias/reportaje/el-circulo-vicioso-de-la-cesantia-y-las-deudas/2010-04-24/180932.html>
- Lara, J., Pincheira, C. & Vera, F. (2013). La privacidad en el sistema legal chileno". Policy Paper ONG Derechos Digitales. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp-08.pdf>
- Lievens, F., Van Dam, K., & Anderson, N. (2002). Recent trends and challenges in personnel selection. *Personnel review*, 31(5-6) 580-601.

- Ma., J.G. and Jiang, W. (2013) The Concept, Characteristics and Applications of Big Data. National Defense Science & Technology, 34, 10-16.
- Mantelero, A. (2012). Masters of Big Data: concentration of power over digital information. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2048236
- Manyika, J. Et al. (2011) "Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity". McKinsey Global Institute. Disponible en: http://www.mckinsey.com/insights/business_technology/big_data_the_next_frontier_for_innovation
- Maquieira, C & Fuentes, R (2000) "Institutional arrangements, credit market development and loan repayment in Chile" Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/255601273_Institutional_arrangements_credit_market_development_and_loan_repayment_in_Chile
- Rubinstein, I. (2013). Big Data: The End of Privacy or a New Beginning? NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-56. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2157659>
- Schroeck, M., Shockley, R., Romero, M., & Tufano, P. (2012). Analytics: el uso de big data en el mundo real. Executive report of IBM Institute for Business Value. Disponible en: http://www-05.ibm.com/services/es/gbs/consulting/pdf/El_uso_de_Big_Data_en_el_mundo_real.pdf
- Tatonetti, N. Fernald, G. Altman, R (2012). A novel signal detection algorithm for identifying hidden drug-drug interactions in adverse event reports. J Am Med Inform Assoc 19 (1).
- TechTarget. (2015). Big data empieza a despegar en Chile. Disponible en: <http://searchdatacenter.techtarget.com/es/cronica/Big-data-empieza-a-despegar-en-Chile>
- Tene, O. & Polonetsky, J. (2012). Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics. II Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 239 .
- Tene, O. & Polonetsky, J. (2013) "Judged by the Tin Man: Individual Rights in the Age of Big Data" II Journal of Telecommunications and High Technology Law 351.
- Terry, N. (2012). Protecting Patient Privacy in the Age of Big Data. Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2013-04.
- Thakur, G., Gupta, A. & Gupta, S. (2012). Data Mining for Prediction of Human Performance Capability in the Software-Industry. International Journal of Data Mining & Knowledge Management Process 53-64
- The Leadership Conference on Civil and Human Rights (2014). Civil Rights, Big Data, and Our Algorithmic Future" Disponible en: <https://bigdata.fairness.io/wp-content/uploads/2015/04/2015-04-20-Civil-Rights-Big-Data-and-Our-Algorithmic-Future-v1.2.pdf>
- The Wall Street Journal (September 20, 2012). Meet the New Boss: Big Data. Disponible en: <http://www.wsj.com/articles/SB10000872396390443890304578006252019616768>
- Viñuela, J.L. (2012). DICOM en la opinión pública: análisis de una controversia social y técnica. In Ossandón, J. (Ed.) Destapando la caja negra: sociología de los créditos de consumo. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales. Editorial Universidad Diego Portales.
- Weiss, S.M. and N. Indurkha (1998). Predictive Data Mining: A Practical Guide. Morgan Kaufmann Publishers, Inc.
- Woodside, A. G. (2010). Case Study Research. Bingley: Emerald Group Pub Limited.
- Zang, S. & Ye, M. (2015) "Human Resource Management in the Era of Big Data" Journal of Human Resource and Sustainability Studies, 3, p. 41-51.

LEGISLACIÓN

Ley n° 19.629 Sobre Protección de la Vida Privada. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>

Decreto Supremo n° 950 del Ministerio de Hacienda del año 1928. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16346>

Ley n° 19812 que modifica la ley n° 19.628 sobre protección de la vida privada. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=199093>

Ley n° 20.575 que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1037366>

Ordenanza. N°3712/39 Dirección del Trabajo (2013). Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-102499.html>

Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (España). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema, Rol 5243-2015, sentencia de fecha 3 de junio, 2015.

