

## **BREVIARIO PRACTICO PARA PROTECCION DE DATOS<sup>1</sup> (HABEAS DATA)**

1.-)

Hace dos años el Poder Ejecutivo vetó íntegramente la ley 24.745 mediante la cual el Congreso había regulado el almacenamiento y circulación de los datos personales. El Congreso no insistió en el mismo proyecto pero no abandonó el tema. Inmediatamente se presentaron nuevos proyectos y finalmente recibió sanción la ley 25.326 que el Poder Ejecutivo promulgó con vetos parciales y se publicó en el Boletín Oficial del jueves 02.11.00.

Es un acontecimiento legal importante para decirlo de algún modo. Tiene peso y trascendencia institucional. Tiene impacto fuerte en toda la sociedad y dibuja una línea de sentido alrededor de lo que se denomina los derechos de privacidad.

En las páginas de 1984 George Orwell desplegó con clarividencia memorable la profecía del Gran Hermano (Big Brother), inasible institución, poderoso y difuso fantasma de burocracia que tiene el ojo y el oído posado por doquier, en lo público y en lo privado, y que con el poder de la información controla toda manifestación humana abrumando hasta los espíritus más fuertes y ahogando la misteriosa y esquiva libertad.

Todas las profecías que se cumplen lo hacen en su núcleo y no en sus detalles. Lo que Orwell estableció en suma no es tanto el poder del comunismo futuro al que dedicó sus páginas, sino la vulnerabilidad de los hombres frente al poder de la técnica, de la razón instrumental sin razón sustantiva. Nunca imaginó en todo caso que en el seno mismo de las sociedades que se llaman libres se iba a desarrollar el monstruo o iba a sentar sus bases la figura emblemática del Gran Hermano.

Cámaras ocultas, grabadores microscópicos e invisibles, bancos de datos clandestinos, procesamiento informático y viaje por el éter de la red, son en cualquier caso la encarnación final del Gran Hermano. La realidad supera a la ficción. Es en cualquier caso la privacidad hecha jirones, indefensa y gimiente de derecho.

Una forma de poder anónimo ha hincado sus dientes. Sólo la sustancia restitutiva y restauradora del derecho puede acudir en auxilio del sujeto. Por ello la trascendencia de la ley, su impacto institucional. Porque cobija una necesidad primaria y la aurora de una épica de justicia y libertad.

Veamos ahora algunos puntos sobresalientes.

---

<sup>1</sup> Inédito. Buenos Aires, mayo de 1999.

El nuevo estatuto para la protección de datos es un complejo de normas legales que contiene un bloque de normas de derecho común, de derecho federal y de derecho local.

Cabe recordar al respecto que nuestro régimen constitucional distribuye la competencia de producción de normas entre el orden federal y los órdenes estatales locales clasificando tres tipos de normas; derecho común, derecho federal y derecho local. El derecho común es el derecho que regula las relaciones entre los sujetos privados sustancialmente o entre los sujetos privados y los bienes jurídicos socialmente protegidos. El derecho federal que se corresponde con materias atribuidas constitucionalmente al Gobierno Federal y que no tienen carácter local (Capital Federal y Territorios Nacionales). Y finalmente el derecho local, que se identifica con aquellas normas cuyo ámbito de aplicación es territorial para los territorios de jurisdicción nacional.

En este caso la ley sobre protección de datos tiene normas de derecho común, de derecho federal y de derecho local.

2.-)

Las normas de derecho común son las que están contenidas básicamente en los capítulos II, III y IV de la ley, que es donde se regulan los derechos y obligaciones de los titulares de los datos y de los operadores de los datos. Caben acá dos órdenes de reflexiones.

La primera es que por tratarse de derecho común, la jurisdicción para el juzgamiento de los conflictos que se produzcan alrededor de estos derechos es la jurisdicción local por virtud de lo dispuesto en el a. 75 inc. 12 de la CN. Obviamente que el juzgamiento de dichos conflictos habrá de hacerse a la luz de las normas de esta ley. Los datos personales son materia del derecho privado como una manifestación de los derechos personalísimos derivados de los derechos de intimidad, privacidad e información. El derecho procesal de las provincias debe regular las vías jurisdiccionales de acceso a la defensa de estos derechos, pero no podrá regular la sustancia y contenido del derecho como que ya lo ha llevado a cabo el Congreso de la Nación en ejercicio de la competencia del a. 75 inc. 12 de la CN.

La segunda es que la libertad de manipulación de los datos personales que antes de ahora era amplísima y limitada solamente por los principios generales del derecho, y por lo tanto solamente en los extremos de su ejercicio, a partir de ahora ha sido seriamente restringida a favor del derecho de privacidad en cabeza del titular del dato. Titular del dato no es aquél que los posee almacenados sino aquél a quien el dato se refiere, que puede ser una persona física o aún una persona jurídica.

En punto a estas restricciones cabe señalar que se establecen los siguientes principios:

- El consentimiento del titular para el “tratamiento” de los datos.
- La transparencia mediante la información adecuada al titular antes de solicitar el consentimiento.
  - La sensibilidad de ciertos datos y la prohibición de su recolección salvo circunstancias especiales y con fines limitados.
  - La confidencialidad como deber del poseedor de todo tipo de datos salvo los públicos.
  - La incesibilidad de los datos salvo consentimiento del titular. Este consentimiento siempre será revocable antes de que la cesión se hubiere notificado al titular.
  - La reciprocidad de régimen con otros estados en caso de transferencia internacional.

Asimismo se definen como derechos de los titulares los siguientes:

- Información acerca de los archivos o bancos de datos existentes.
- Acceso irrestricto y gratuito del titular a los datos almacenados en cualquier banco de datos.
- La información proporcionada debe ser clara, amplia, completa.
- Rectificación, supresión o actualización de datos, en todos los casos gratuita.
- Nulidad de actos que se funden solamente en un perfil de personalidad del titular sobre la base de datos tratados informáticamente a los efectos de una decisión administrativa o judicial.
  - El “olvido” de los datos en el caso de información patrimonial. De modo que a tales efectos solamente deben informarse los datos relativos a los últimos cinco años, salvo que se hubiere cancelando la cuenta en cuyo caso la información solamente puede retraerse dos años atrás.

La violación de estas normas acarreará desde el punto de vista del derecho privado la nulidad de las relaciones jurídicas atadas al amparo de dichas infracciones y la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios.

Del mismo modo y en el ámbito propio del derecho común, el legislador ha resuelto incriminar penalmente algunas conductas relacionadas con el tráfico de datos personales, elevando de este modo al derecho de privacidad a la categoría de bien jurídico fundamental con protección penal.

Las conductas delictivas básicamente son la falsedad de datos, y la confidencialidad de los mismos. De modo tal que algunas conductas que se vinculen a la violación de estos derechos resultan penalizadas con pena de prisión.

3.-)

Sin perjuicio de la regulación de derecho común, al Gobierno Federal ha querido ejercer sobre cierto aspecto de este tema un control especial de tipo administrativo, a la manera de otros tantos sectores de la actividad de los particulares, tales como las compañías de seguros, los bancos, y tantas otras. Así es que ha sometido la actividad de archivo, recolección y tratamiento de datos a un régimen administrativo de registro.

En este sentido, el Gobierno Federal aplicando el principio de supremacía federal ha considerado necesario completar el régimen de regulación del derecho común con la federalización de un aspecto de la cuestión, estableciendo una regulación para el prestador del servicio de datos.

Se crea un registro y un órgano de control de la actividad de los entes prestadores que girará en la competencia del Ministerio de Justicia.

El incumplimiento de las normas a que quedan sometidos los sujetos de datos acarreará sanciones administrativas que van desde la multa a la cancelación del registro.

4.-)

Finalmente hay en el estatuto normas de sabor local. Son las normas procesales que regulan la acción de habeas data o amparo de protección de datos, como reglamentación del a. 43 de la CN.

Corresponden a la competencia de los tribunales ordinarios de la Capital Federal mientras estos tribunales permanezcan en la órbita de la Nación y no sea transferida la competencia a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La ley no aclara si se trata de competencia civil o comercial, de modo que subsistirán al respecto las cuestiones que actualmente se plantean y la cuestión se regirá por las normas procesales ordinarias de distribución de competencias. En nuestra opinión, tratándose de un bien jurídico que pertenece a la órbita de los derechos personales, en todos los casos correspondería la competencia de los tribunales civiles.

Si se trata de acciones vinculadas a la relación administrativa relacionada con los informes proporcionados por bancos de datos públicos o bien por conflictos derivados del registro de los prestadores del servicio de datos, estamos ante una relación de índole

administrativa, y por lo tanto procederá la competencia federal en lo contenciosos administrativo.

Finalmente, la ley establece la competencia de la justicia federal en los casos de conflictos con archivos o bancos de datos cuando ellos se encuentren interconectados en redes ínterjurisdiccionales, nacionales o internacionales. A nuestro juicio esta norma va a traer complicaciones interpretativas que se irán despejando con el tiempo. Creo que la ley confunde el archivo mismo con el tráfico por la red. En efecto, no hay ninguna razón de orden federal para que un conflicto con el Instituto de Informaciones Comerciales de Salta o con la Organización Veraz de la Ciudad de Buenos Aires, repose en la jurisdicción federal por el hecho de estar interconectado, si lo que cuestiono es alguna violación de mi privacidad cometido por el archivo y no por el tráfico. No me parece que el tráfico sea como el Rey Midas que transforma todo lo que por él circula, no en oro como en el mito, sino en materia federal.

ARMANDO J. ISASMENDI