
Visibilizar la sensibilidad de los datos (personales). Análisis del Anteproyecto de Reforma a la Ley 25326

Autoras: **Gimena Veglia*** - **Gabriela Álvarez****

SUMARIO: I. Introducción. - II. Desarrollo. - III. Conclusión.

RESUMEN

La ley 25326 de Protección de Datos Personales fue sancionada el 4 de octubre del año 2000, vetada parcialmente por el Decreto N ° 995/2000 de fecha 2 de noviembre del mismo año, modificada por la ley 26.343 de fecha 9 de enero del año 2008. -incorporación del artículo 47 que había sido vetado por el Decreto N ° 995/2000-. Siendo complementada por 122 (ciento veintidós).

La Agencia de Acceso a la Información Pública inicia un debate participativo exhibiendo un anteproyecto de reforma.

El Instituto de Derecho Informático del Colegio de Abogados de San Isidro tomó el anteproyecto y las distintas participaciones (representantes del sector público, del sector privado, y de la sociedad civil), construyendo el presente artículo con una óptica en los sectores vulnerables de la población respecto de la protección efectiva de los datos personales frente a su procesamiento por terceros.

PALABRAS CLAVE

Reforma. Ley/25326. Protección. Datos

* *Gimena Veglia: Abogada, Subdirectora del Instituto de Derecho Informático del CASI.*

** *Gabriela Álvarez: Abogada, integrante del Instituto de Derecho Informático del CASI, docente de la UCES impartiendo la materia Derecho Privado, familia y sucesiones, UBA docente en las materias Práctica profesional y Civil I.*

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho como instrumento discursivo de la re-presentación de los valores en una sociedad, intenta dar respuesta a través de los órganos del Estado -conforme la organización política constitucional- a las necesidades materiales y organizativas de las personas -humanas y jurídicas- dentro de nuestro territorio.

Como hijos de la conquista, nuestras instituciones jurídicas y políticas son producto de la importación de ideas de otras regiones. Es claro que la adaptación de una normativa que posee raigambre social de una comunidad distinta nace y se aplica escindida de nuestra sociedad. Esta característica no menor, es el punto neurálgico de la crisis social que vivimos de manera continua y permanente.

Es una crisis de conceptos, nadie ve esta crisis, pero siente el malestar, y siente que algo anda mal, a la vista de todos es transparente, “la transparencia es el frente de un proceso que escapa a la visibilidad”, tenemos los enunciados, tenemos las leyes, pero la sociedad siente que no hay leyes, tenemos la forma de control de todo proceso, pero sentimos que no funcionan las instituciones que controlan. Es claro, que a todos nos pasa que nuestros prejuicios son materia constante de propagación en forma de información, y constituyen datos. ¿Cuántos de nosotros en la consulta en el estudio jurídico recibimos la frase “la justicia no funciona” o “los abogados se venden”? ¿forma parte de un pre-juicio de la sociedad? Sí, pero también responde a un vacío total de conceptos.

El Dr. Alexis Roig afirma que tenemos conceptos que no corresponden a experiencia y experiencias sin concepto, es decir, carecemos de cuerpo en el pensamiento.

Hay una ausencia de cuerpo en el pensamiento, porque los cuerpos están lejos de la experiencia, de lo que siente la sociedad.

El derecho exige para su materialización una relación directa y concreta con la realidad de cada uno de nosotros, es decir, debe nacer de la praxis, de la experiencia, sino es un enunciado, y como tal es ignorado.

Hecho no menor que desde el año 1994 se introduce el habeas data en Nuestra Constitución artículo 43 de la C.N., a modo de darle operatividad y re-presentación se sanciona seis años más tarde la ley 25326 “Ley de Datos Personales”.

¿Pero para qué sirve la Ley de Datos Personales?

¿Existe una educación en datos? -propuesta de la Dra. Faliero-

La respuesta es clara, no sabemos para que sirve, porque no sabemos que protege, si bien podemos decir que el objeto de tutela son los datos, es decir, lo que es dado, lo dado en forma abstracta o en una re-presentación extracorpórea de la persona.

II. DESARROLLO.

El proyecto de Reforma en cuanto al objeto de tutela ya no son los datos sino el ejercicio libre de estos, es decir, la protección, el verbo. Podemos inferir entonces que el dato es inherente a la persona y solo protege su ejercicio y su privacidad. Y sabiendo que estamos en una crisis de la hermenéutica de las ciencias sociales -siendo el derecho una ciencia social-, la reforma se escinde más de la experiencia, proyectando abstracciones de casos dados de la jurisprudencia como entes totalizadores de la problemática de los datos personales.

Es así que Helio Juan Zarini en su libro *Constitución Argentina comentada y concordada*, editorial Astrea edición del año 1996 en su página 213 comentario al artículo 43 de nuestra Carta Magna, advertía “Su importancia como resguardo ante el avance de la informática”² y aquí me quiero detener, ¿de qué nos tenemos que resguardar?, o acaso alguien se resguardo cuando nació la imprenta. ¿Por qué el Dr. Zarini, en el año

² Helio Juan Zarini, *Constitución Argentina Comentada y Concordada*, editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires 1996.

1996, nos alertaba que la informática traía un problema con los derechos personalísimos de la persona humana?

La realidad es que también debían habernos advertido de esta manera respecto de la energía atómica, sin embargo, como es física, y la física tiene una representación material, sabemos que podemos utilizar determinados compuestos y hacer una bomba de destrucción -como sucedió con en Hiroshima y Nagasaki-, o adquirir la propiedad intelectual por patentes y modelos de invención.

La informática desde la funcionalidad del software no tiene visibilizarían, solo vemos resultados. muchos refieren este hecho como “magia”³. como tampoco la representación de los datos. entonces como no se sabe, hay algo oculto, y lo oculto es la ausencia de conceptos.

En dicho comentario el Dr. Zarini ilustra muy atinadamente que los detentadores de grandes volúmenes de información sobre el individuo son los organismos -en esa época, crease o no, eran mayoritariamente estatales-.

A casi 22 años de la obra del Dr. Zarini, con la sanción de la ley 25326, y la adhesión de la República Argentina por ley 27.483 (del año 2019) Aprueba el Convenio de Estrasburgo que data del 28 de enero del año 1981 y que en fecha 8 de noviembre de 2001 dictara el Protocolo Adicional -Convenio 108- seguimos sin tener una protección efectiva de la persona humana y jurídica, respecto de sus datos.

Si analizamos jurisprudencialmente⁴ tuvo mayor éxito la protección de los datos de las personas físicas por la aplicación de la ley de defensa al consumidor que, por la propia ley de datos personales, y tiene una explicación sencilla, la ley de defensa al consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación tutelan a la persona en todo su universo.

Los datos son arenosos, pueden ser modificables, crean circunstancias de inestabilidad y si a eso le antepone tratamiento automatizado, se crea una brecha más, “el sistema”, tornándose una ley de necesidad transversal a toda la vida de la persona, pero inaplicable en la práctica.

La realidad es que los usuarios (personas humanas) usan los servicios digitales (sin importar el titular que los oferta) y dan de manera deliberada sus datos, no hay conciencia real del valor -no económico, sino jurídico- de sus datos.

La realidad nos ilustra que se puede reconstruir un trayecto en un lapso de tiempo con los servicios gratuitos que ofrece Google -por ejemplo-, podemos saber si tiene hijos -porque comparte en su muro de Facebook-, también los usuarios nos ilustran sobre sus emociones -historias de WhatsApp y de Instagram-, nos acercan a sus gustos, experiencias privadas que hacen públicas. Es decir, el usuario (persona humana) expone su vida como si fuera un objeto, para ser calculable, medible, y hasta vulnerable. el usuario da de manera consciente sus datos que permiten leer y predecir sus actividades para cualquier empresa de servicios digitales. el usuario pasa a ser objeto del sistema al que brinda sus datos, y deja de ser sujeto titular de los datos.

La reforma introduce nuevas categorías de datos -que por analogía con otras ramas del derecho ya las tenemos incorporadas en nuestro plexo normativo, pero aun así intenta dar conceptos datos personales y datos personales sensibles escindidos de datos biométricos y de datos genéticos. perdiendo de vista en las definiciones a la persona fuente de dichos datos.

Se nota en el anteproyecto la ausencia de experiencia sobre el cuerpo (dígase la persona humana en su totalidad) creando conceptos vacíos.

Es un proyecto que solo protege procesos sistémicos organizacionales, estamos reformando una ley que tenía un objeto de tutela preciso -los datos de las personas o si se quiere la representación de la persona

³ *La Magia del Software: Historia, Fundamentos y Perspectiva de Reynaldo Nuncio Limon (Paperback / softback, 2016)*

⁴ <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-218-legis-nacional-proteccion-datos-personales.pdf> (ver páginas 37 a 42 notar las fechas de las sentencias y las materias tratadas)

en el mundo digital o en un soporte material distinto a ella misma-, con el reconocimiento de los derechos (ARCO), A -acceso- R -rectificación- C -cancelación- O -oposición-, que no han sido explotados por el entero de la sociedad, porque la sociedad esta escindida del derecho y de la justicia, porque si no reconocemos a la persona en sus derechos básicos (hablo de derechos humanos de primera, segunda generación y tercera generación) menos la vamos a reconocer en su representación a través de los datos (derechos humanos de cuarta generación).

El problema no es saber de informática o de tratamientos automatizados, sino de saber cómo proteger a la persona en su exteriorización dentro del mundo. El punto más delicado se da con las personas físicas menores o incapaces – por cuanto son las personas humanas más vulnerables en este universo y es a ellos en donde debemos hacer foco como sociedad. No basta con la simple advertencia de usar seudónimos para instalar un juego o la simple manifestación de la fecha de nacimiento para acreditar en las redes sociales, que tal vez sea, mayor de 13 años. Entiéndase que si nuestro propio Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en su artículo 26 permite a los adolescentes (entre 13 y 16 años) tomar decisiones respecto a su propio cuerpo de cuestiones no invasivas y ni hablar para quienes hayan cumplido los 16, cuanto más podrán decidir a partir de allí, entonces.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales, nos aproxima a la idea de que se debe privilegiar la protección del interés superior -de un menor o adolescente-, principio que tiene un sinfín de interpretaciones. Este principio, como tantos otros, sólo puede traer luz a un plexo normativo, pero nunca puede ser aplicado sin un respaldo (jurídico), vale decir que no es suficiente la simple reminiscencia, sino que resulta indispensable la referencia estricta de lo que verdaderamente queremos tutelar ¿Cuanta inseguridad jurídica tendríamos con la sola y amplia aplicación e interpretación de los principios en cabeza de los magistrados?

Ahora bien, si el menor no tiene cumplido los 13 años el consentimiento será lícito si fue otorgado por el titular de la responsabilidad parental; dejemos entonces para otro encuentro lo referido a los Derechos personalísimos, pareciera no haber quedado claro que los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) son sujeto de derecho y no objeto de protección, persona humana con derechos de los cuáles actuar en su nombre y representación no debe ser de acceso ilimitado para quienes cuidamos ellos, como para quienes tienen el deber de cuidado mediante la norma y la presencia (visible) del estado.

III. CONCLUSIÓN.

Como corolario, la reforma siempre es auspiciosa en tanto y en cuanto no se pierda de vista los casos de éxito, y para tenerlo debemos focalizarnos no en una organización sino en lo que nos une con la sociedad, en las personas. Pensemos una reforma en donde nosotros podamos ser la conquista y no los conquistados, que el caso de éxito comience en nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

Johanna Caterina Faliero PhD, “Propuestas, Opiniones y Comentarios al Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales”, artículo publicado en Septiembre del año 2022. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/webform/comentarios_al_anteproyecto_lpdp_aaip_dr_afalierophd.pdf?80c856445e68

Helio Juan Zarini, “Constitución Argentina Comentada y Concordada, Texto según reforma de 1994 Análisis de los artículos desde su origen hasta la actualidad, Tratados Internacionales con jerarquía constitucional Gobernantes. Leyes Complementarias.” Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires 1996.

Reynaldo Nuncio Limon, “La Magia del Software: Historia, Fundamentos y Perspectiva” (Paperback / softback, 26 de septiembre de 2016), ISBN-13978-1539158127.

Revista digital de la Biblioteca del Congreso de la Nación, Dossier Año X - n° 218, febrero 2022 Legislación Nacional Protección de Datos Personales <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-218-legis-nacional-proteccion-datos-personales.pdf>