

LAS LIBERTADES Y LA INFORMACION

Marco jurídico de los servicios de información^(*)

por

MARCELO BAUZA REILLY

I - UBICACION DEL TEMA

1. EL ENFOQUE PREDOMINANTE EN EL DERECHO COMPARADO

Nos proponemos analizar, con la generalidad y brevedad que la ocasión y nuestras limitaciones de conocimiento imponen, el tratamiento jurídico que ha venido mereciendo en el derecho comparado la acumulación y el uso de grandes masas de información a través de tecnologías de tipo informático y telemático, de cara a los derechos y libertades que pudieran estar afectados.

Una precisión liminar se impone, y es que prácticamente toda la reflexión jurídica en este terreno, generada desde comienzos de la década de los 70, se construye básicamente -y casi que en forma exclusiva- sobre el concepto de "protección jurídica de los datos personales", constituyendo éste un punto de referencia muy fuerte dentro de la doctrina y el derecho positivo extranjeros, del que resulta bastante difícil escapar (o ensanchar) para quienes estudiamos estos temas sin demasiadas experiencias concretas y cercanas susceptibles de mayor vivencia y profundización.

2. OTRAS CUESTIONES QUE TAMBIEN INTERESAN

Sin embargo, trataremos de aportar otros sesgos a nuestra exposición además del que acabamos de enunciar (que sigue siendo fundamental), aunque más no sea para intentar justificar siquiera someramente algún otro perfil que avizoramos también como importante dentro de un esquema mayor de análisis. Estos aspectos complementarios son los que se enuncian a continuación.

En primer lugar, que cuando se habla de "libertades e información" debe contemplarse no solamente la cara predominantemente represiva o personal. Esto es así sobre todo desde una óptica de derecho privado, y sin perjuicio de

^(*) Conferencia dictada en el Encuentro de la GAIIA (Alianza Global de Asociaciones de Industrias de Información), y 4º Encuentro de Informática Latinoamericana, celebrados en Punta del Este del 4 al 8/11/1992. El autor es D.E.A en Informática y Derecho de la Facultad de Derecho de Montpellier.

las consideraciones de utilidad pública que aún en este caso pudieran haber, teniendo en cuenta que los intereses del titular del servicio de información de que se trate, que busca legítimamente ampliar las ventajas y utilidades de su propio servicio dentro de un ámbito de mercado concurrencial, también deben pesar en alguna medida. Al fin y al cabo esa persona, ese titular o propietario del servicio, es quien ha hecho las inversiones y ha corrido los riesgos, estableciendo una empresa y ofreciendo un servicio, por lo que también debe reconocérsele su cuota de derechos y libertades vinculada al bien que distribuye, esto es la información. De manera que ni tanto, ni tan poco: protección jurídica de datos personales, sí, pero en adecuado equilibrio con estas otras consideraciones que acaban de efectuarse, y que también forman parte de una sociedad democrática que pretenda el progreso y el bienestar de sus integrantes. De alguna manera este matiz se ve reflejado en la propia evolución normativa del tema, según veremos luego.

Y en segundo lugar corresponde tener presente que existen otras cuestiones jurídicas a tener en cuenta, vinculadas también a los bancos de datos, aunque no incidan directamente en el tema de las libertades. Trataremos sólo una de estas cuestiones, a saber la protección jurídica del propio banco de datos, en tanto bien económico susceptible de titularidad y explotación. Pensamos que de esta manera alcanzamos un panorama un tanto más completo en lo que cabría entender como el marco jurídico de un servicio de información.

Finalmente, y antes de ingresar de lleno al objeto de esta conferencia, una segunda precisión se impone, y es que nuestra exposición si bien se vectoriza hacia los ficheros y bases informatizadas, no implica con ello excluir del régimen comentado otros productos informativos no necesariamente apoyados en el útil informático o telemático. Por algo el régimen francés -uno de los ejemplos señeros de la materia- incluye los ficheros de tipo manual en su regulación; y por otra parte existen numerosos puntos de contacto entre estos temas y el régimen jurídico de la prensa, campo de mayor tradición jurídica al que muchas veces se acude en forma subsidiaria para la consideración de los temas jurídicos propios de la informática. El encuadre y límites de esta exposición hacen que en este caso no pasemos de una advertencia liminar al respecto.

II - EL PROBLEMA A AFRONTAR

1. LA CONSTRUCCION DE PERFILES PERSONALES

Como decíamos antes el tema que el Derecho ha debido afrontar en este terreno -cronológicamente uno de los primeros en la corta vida que tiene el Derecho Informático- ha sido el de la protección de los datos personales frente al avance de las tecnologías automatizadas de la información.

El problema está en que diariamente, y cada vez con mayor intensidad, el ciudadano común brinda informaciones de todo tipo sobre su persona a

entidades públicas y privadas, muchas veces casi sin darse cuenta. En otros países de mayor consumo y movimiento económico, este fenómeno implica la consecuencia molesta de verse, en determinado momento, repleto de todo tipo de ofertas publicitarias en su propio domicilio, sin haber tenido una relación directa con los ofertantes, los cuales hacen sus propuestas por virtud de haber accedido de alguna manera, por cierto que negocial, a los datos personales que brindáramos en alguna oportunidad anterior a otra entidad diferente de la anunciante, sin tener nosotros conocimiento de dicho manejo de nuestros datos.

El problema es menor en tanto quede circunscripto a este recibo de publicidad, generalmente impresa, y que también por lo general va a parar a la papelería. Pero he aquí que los más diversos datos (infancia, vida académica, profesional o laboral, hábitos de vida y consumo, religiones e ideologías, etc.), pueden ser compilados hasta dibujar un perfil de la persona, configurándole una determinada reputación o fama que, en definitiva, constituye una expresión de su honor (derecho éste, de raigambre constitucional).

Muchas veces se trata de datos que por sí solos, en forma aislada, resultan inocuos. Pero al mismo tiempo son verdaderas "huellas electrónicas" que agregadas, desagregadas, o situadas en ciertos contextos precisos, arrojan una imagen bastante nítida del ciudadano común. La tentación mayor en este sentido, puede estar dada por la acción de interconectar todos los ficheros personales mediante un solo identificador (los franceses acostumbraban hablar del "número mineral"), y así encuadrar y controlar a la persona dentro de una suerte de telaraña informática. Si no se tomara cuidado de este potencial peligro, la sociedad liberal en la que vivimos podría devenir insensiblemente una sociedad de vigilantes

Y es que ese perfil personal puede luego ser valorado de modo favorable o no favorable a los fines más diversos, desde la obtención de empleos a la concesión de préstamos. Si a lo dicho le agregamos la posibilidad, vigente y operativa hoy en día, de comercializar la información contenida en los bancos de datos, ya que se trata de un bien o mercancía como cualquier otro, tenemos más o menos esbozado un abanico de peligros multiplicado, que el individuo deberá enfrentar muchas veces -insistimos en esta nota peculiar- sin siquiera sospechar que es víctima de alguna discriminación o, aún presumiéndola, sin conocer el origen de la misma.

2. DERECHO DE INFORMACION VS. DERECHO A LA INTIMIDAD

De ahí que el Derecho sea llamado a intervenir ofreciendo soluciones de equilibrio entre lo que puede ser un derecho a explotar la información, (del que participa y se beneficia el propio individuo como tal, pero primordialmente, en la perspectiva que nos interesa, el ente estatal que debe ser eficiente o la empresa que quiere desarrollar un servicio de información en forma útil y rentable), y el derecho a la intimidad. Ambos derechos deben encontrar su armonía, lo cual no siempre es fácil, atendiendo por un lado a la sensibilidad social, pero por otro también a la necesaria eficiencia de empresas y Estado, así como a la cambiante realidad desde el punto de vista científico y tecnológico.

Este "pacto informático" del que nos habla cierta doctrina especializada, resulta un símil de los llamados "pactos" o "acuerdos" sociales emergentes en el plano del Derecho Laboral. Se trata de vencer resistencias del ciudadano, muchas veces fundadas, a entregar sus datos a terceros -fundamentalmente la Administración- a cambio de que esta última se comprometa a limitar y controlar el uso de dichos datos.

III - BANCOS DE DATOS Y DERECHO A LA INTIMIDAD

1. LA VERSION ORIGINARIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El concepto jurídico de "protección de datos personales" se haya directamente vinculado con el llamado "derecho a la intimidad", constituyendo éste un valor o nota subyacente, que en determinado momento histórico. (principios de los 70) provoca la aparición en los países más desarrollados de una normativa jurídica específica, hasta ese entonces inexistente. Esta normativa tenía, y tiene, el propósito de contrarrestar los peligros que en esa época comenzaban a aflorar como consecuencia de los avances operados en las tecnologías de la información merced a la electrónica, particularmente lo referente al manejo abusivo de ciertos rasgos de los individuos susceptibles de comprometer su honor, imagen pública, etc., o aún de propender a su injustificada discriminación.

El "derecho a la intimidad" como tal es un tanto más antiguo que el problema enunciado, aunque puede considerarse que pertenece a la era moderna. Es un concepto de origen norteamericano, utilizado por primera vez en forma orgánica en un artículo publicado en la *Harvard Law Review* en 1890, cuyos autores fueron Warren y Brandels, con el título de *The right to privacy*. No obstante ello, el juez Cooley ya lo había imaginado bajo la fórmula de "derecho a ser dejado en paz" (*the right to be let alone*).

2. LA PRIVACY EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Con el devenir de los tiempos, esto que acabamos de expresar llegará a constituir la famosa "privacy", verdadero pivote del sistema jurídico norteamericano, que encuentra su expresión máxima en la *Privacy Act* de 1974, que regula las condiciones en la obtención y manejo de las informaciones de los particulares por parte del gobierno.

El sistema de dicho país para la materia que nos ocupa se complementa con la *Freedom of Information Act* de 1966, que establece el derecho de los ciudadanos a estar informados sobre los actos de gobierno, y otras normas sectoriales con la *Fair Reporting Act* de 1970, destinada a proteger a los clientes de entidades de crédito (sector álgido en el esquema norteamericano de la materia) contra la intrusión indebida en su privacidad.

3. LA CONCEPCION MODERNA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad es, para la concepción más moderna, una manifestación de los derechos de la personalidad, en tanto aspectos vinculados a esta última -sea en el plano individual como familiar- cuyo conocimiento y utilización permanecen en reserva de su titular o, en el caso de que se vean implicados los terceros (sean particulares como el Estado), le permiten al afectado ejercer algún mecanismo de contralor.

La doctrina más reciente es conteste en reconocer la relatividad y hasta vaguedad del concepto, al tiempo de destacar lo plausible y vital de su mantenimiento a los fines de la técnica informática, pero con la condición de tenerlo como evolutivo, en función de los cambiantes contextos (histórico, social, cultural y tecnológico). Se observa aquí lo que decíamos en la introducción, en cuanto a no perder de vista también otros valores vigentes en la sociedad democrática, por lo que hace a la eficiencia y competitividad de las células empresariales, y del propio Estado en tanto entidad productora y consumidora de bienes de información para sus propios fines, notas que en definitiva hacen también al Estado de derecho, social, democrático (sin que la expresión tenga la más mínima connotación político-ideológica).

Pero todo esto que venimos de reseñar no es flor de un día en el derecho comparado, sino producto de una medianamente larga evolución histórica que comienza a principios de los años setenta y modula sus propios cambios en los últimos años de la década anterior y principios de la actual. Vayamos al análisis de esta evolución.

IV - LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN DERECHO COMPARADO

1. LAS NORMAS DE APLICACION GENERAL

Cabe consignar en primer lugar que existe una serie de normas de derecho internacional, de tipo principista, aprobadas por la gran mayoría de países, sea a nivel mundial como latinoamericano según la norma de que se trate, que si bien no enfocan directamente el tema de la afectación de los derechos individuales y la intimidad por virtud del fenómeno informático, constituyen de todas maneras un derecho positivo aplicable a la materia que estamos viendo, conforme criterios de interpretación unánimemente aceptados.

Tenemos así el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 17 de la Carta de las Naciones Unidas, el art. 5 de la Declaración de Bogotá de 1948 y el art 11 del Pacto de San José de Costa Rica, que sientan el principio de prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, así como la defensa contra los ataques a la honra y reputación.

El art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica establece, además, que cualquier persona afectada por una información ofensiva o inexacta, emitida por algún medio público de difusión, tiene el derecho a obtener rectificación o respuesta de dicho suceso, dentro del mismo medio de difusión y en las condiciones que establezca la ley. Norma, indudablemente pensada originariamente para la prensa, pero que nada impide extender al tema que nos ocupa de las bases de datos informatizadas.

Innecesario es recordar además que, de regla, todos los textos constitucionales de los países democráticos poseen también alguna norma aplicable a la especie mediante este mismo procedimiento interpretativo por extensión; es decir, normas que por su generalidad y vinculación con los derechos de la personalidad, cabe hacerlas jugar frente a cualquier ataque a estos derechos, incluyendo los que provengan del uso de la informática o la telemática. Así en nuestro país, por el juego combinado de los arts. 7, 72 y 332 de nuestra Carta Magna, que permite tal aplicación sin mayores problemas, incluso faltando textos reglamentarios específicos.

Pero evidentemente la mayor garantía la da siempre una norma especial, y en este sentido el panorama general que presenta el derecho comparado es el que a continuación se expone.

2. NORMATIVA ESPECIFICA EN DERECHO COMPARADO

Como hemos dicho ya, las primeras leyes aparecen en esta materia a principios de la década de los setenta. Ya mencionamos el caso de EEUU, por lo que veremos rápidamente lo que sucedió en otros países, fundamentalmente de Europa occidental.

Alemania dicta su primera ley regional del Land de Hesse en 1970, instituyendo la figura del "Comisario para la protección de datos", y más adelante lo hace a nivel federal (1974). Suecia sanciona su ley también en 1970, y de ahí en más numerosos países del continente europeo siguen el ejemplo. Entre las más recientes se ubica la ley española de "Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal" del 29-X-992.

La preocupación por el tema llega al punto de incluir artículos específicos al tema dentro de algunos textos constitucionales. Es el caso de Portugal, con el art. 35 de la Constitución de 1976 y España con los arts. 18.4 y 105 de la Constitución de 1978. Son normas programáticas, que en su mayor caso requieren de ley reglamentaria para consagrar una protección efectiva. El art. 18.4 de la Constitución española establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Por su parte el art. 105 b) del mismo cuerpo prevee que "la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

Y en este renglón de normas de mayor rango debe incluirse también la ley constitucional austríaca de 1978.

Merece especial destaque el caso francés, que en 1978 dicta la "Ley de Informática, ficheros y libertades" con un régimen muy detallado y reglamentarista, por otra parte habitual en esta normativa denominada "de primera generación". Contiene postulados de principio (art.1: "la informática debe estar al servicio de cada ciudadano...") y prohíbe la toma de decisiones públicas o privadas que afecten comportamientos individuales, sobre la base de perfiles resultantes de tratamientos automatizados de información (art.2). Se instituye una comisión encargada de hacer cumplir las disposiciones de la ley, la muy conocida CNIL, que ha venido creando una verdadera jurisprudencia en la materia con sus intervenciones y pronunciamientos (art.6 de la ley). También regula la recopilación, registro y conservación de informaciones personales (capítulo IV), y reconoce diversos derechos a los titulares de los datos para el acceso a los mismos, su eventual rectificación, actualización o anulación (capítulo V). La ley francesa contiene también algunas figuras penales castigadas con penas de multa y prisión según los casos.

En materia de derecho supranacional, el ejemplo más acabado de normativa específica en este tema es la "Convención del Consejo de Europa para la protección de las personas a la luz del tratamiento automatizado de datos de carácter personal", de 1981, conocida abreviadamente como "Convención de Estrasburgo para la protección de datos personales". Es un texto jurídico que ha tenido por virtud el promover una verdadera cultura de la protección de datos, al irradiar sus efectos a todo el espectro de países de la Europa comunitaria, a través de su propia normativa dictada al efecto, y a través también del mandato dirigido a dichos países para que dicten sus propias leyes internas en la materia. Esto último no ha sido del todo cumplido, sobre todo por algunos países del sur europeo (Italia, Portugal, Grecia), algunos de los cuales tienen importantes proyectos de ley en trámite que aún no han conseguido aprobar no obstante el tiempo transcurrido desde que incorpora este convenio supranacional, del que venimos dando cuenta, a sus respectivos derechos internos.

El Convenio europeo contiene tres partes principales, a saber una primera sobre principios básicos, una segunda sobre reglas especiales relativas a movimientos de datos transfronterizos (especial preocupación dentro del tema que nos ocupa), y una tercera y última que refiere a mecanismos de ayuda mutua y consulta entre las partes.

Dentro siempre de la Comunidad Económica Europea, se han dictado también una serie de recomendaciones sectoriales acerca -por ejemplo- de datos personales utilizados en marketing directo, seguridad social, policía, asalariados, etc., aplicando una tendencia observable en los últimos tiempos en cuanto a focalizar o parcelizar el tratamiento de los problemas por rama de actividad, vistas las dificultades de consideración uniforme que presentan estos problemas.

En América Latina es obvio señalar que el dictado de normas jurídicas es bastante más reciente y aún escaso en la materia. Brasil en su Constitución de 1988 consagra el denominado "habeas data" que resulta ser una derivación del tradicional "habeas corpus" entendido genéricamente como la posibilidad de exigir por mecanismos ágiles y efectivos el respeto a la integridad y libertad de la persona, traduciéndose, en este caso de los datos personales informatizados, en el derecho de acceso y posible rectificación de tales datos por parte del afectado. Colombia y Argentina tienen sus proyectos de ley en la materia desde 1986, cuya sanción efectiva no hemos podido confirmar dentro de cierta premura con que debimos preparar esta conferencia.

V - MECANISMOS NORMATIVOS PARA LA EFECTIVA PROTECCION DEL DATO PERSONAL

1. LAS PRINCIPALES REGLAS A TENER EN CUENTA

Hasta el momento nos hemos circunscripto a esbozar el problema y relacionar la normativa que ha venido dictándose en derecho comparado a propósito de la protección de los datos personales. Corresponde ahora que ingresemos de lleno a ver cuáles son las exigencias e instrumentos jurídicos concretos de garantía, que se han venido dando dentro de este panorama internacional, con la finalidad de hacer de dicha protección un efectivo mecanismo de defensa de los derechos afectados.

Sobre el tema se ha escrito mucho, y se han enunciado numerosas obligaciones, derechos y principios a respetar, que pueden o no estar consagrados específicamente en los órdenes jurídicos de los diferentes países, pero que en todo caso adquieren una importante fuerza para su aplicación, atento al consenso doctrinario del que gozan. Esté o no escrito en letra de ley, pues, este verdadero código de postulados esenciales para la materia puede ser resumido en cinco enunciados fundamentales, cada uno de los cuales -y sus peculiares derivaciones- serán analizados a continuación.

1) Pertinencia o finalidad de los datos

La recolección y uso de los datos personales deben ser acordes al ámbito y finalidad para los cuales se han obtenido. Y la expresada pertinencia debe ser, en primer lugar, social; es decir que dicha recolección, y el banco de datos de que se trate, deben perseguir propósitos conformes a usos socialmente aceptados.

Otra manifestación de este mismo principio es la limitación en la recolección de datos personales, que se traduce en requerir del sujeto los datos mínimos necesarios a los fines previstos, fines que al ser cumplidos implican la destrucción o anulación del dato recabado (principio de temporalidad, también denominado "derecho al olvido").

2) *Consentimiento del interesado*

Los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, y con el libre consentimiento del sujeto involucrado, o bien mediante autorización legal que, por función de ciertos fines estatales esenciales, permita prescindir de aquel consentimiento (ej. censo nacional).

Debe hacerse conocer al interesado el propósito para el cual se le solicitan los datos, y también -en una segunda instancia- el fin en concreto al cual se destinaron, particularmente si hubo cierto desvío de las condiciones originales.

Según la finalidad tomada en cuenta al implementar el banco de datos, en lo posible deberá mantenerse el anonimato del ser individual que proporciona los datos, de forma tal que, si los mismos son utilizados con fines exclusivamente estadísticos, no quede traza alguna que permita vincularlos con la persona en concreto que los proporcionó.

3) *Exactitud y actualización*

Los datos recolectados deben reflejar verazmente, y en todo momento, la situación real de quien los proporcionó. La calidad de la información debe ser preservada, de modo que sea completa y actualizada.

Hay una obligación de la parte del titular de la base de datos, en el sentido de prevenir pérdidas, destrucciones o accesos no autorizados a los datos, y para ello es importante tomar las medidas del caso en materia de seguridad y auditoría informáticas, de forma que se obtenga un cuadro armónico y potente de seguridades desde el punto de vista físico, lógico y jurídico.

4) *Derechos de información y acceso*

Son derechos que asisten al titular de los datos, para llegar a conocer la forma que adoptaron los mismos al incorporarse al fichero, y la finalidad por la cual fueron recabados y registrados. Deben instrumentarse mecanismos ágiles y eficaces a tales propósitos, aunque más no sea en forma indirecta, vale decir haciendo intermediar a un tercero en la consulta del banco en cuestión, a los efectos de conocer la forma en que ha sido incorporado dicho dato en la base, para que éste tercero le comunique al afectado -a su vez, y con las garantías de objetividad necesarias- la situación real de dichos datos.

Las tendencias más recientes aluden a la necesidad de diagramar y consagrar una verdadera política de apertura de los bancos de datos a los involucrados, permitiéndoles constatar en todo momento y sin expresión de causa el estado de las informaciones que les afectan.

5) Derechos de rectificación y cancelación

También pertenecen a la órbita del interesado, y operan como consecuencia de los derechos anteriormente reseñados. En efecto, una vez que se conocen los datos, si los mismos son inexactos, o han dejado de ser necesarios o pertinentes en vistas al fin por el cual se registraron, debe existir la posibilidad de modificarlos o anularlos.

En este sentido se consagra cada vez con mayor insistencia el principio de la participación individual, en desmedro de las actuaciones de oficio que a poco conducen y tienen el peligro de conducir a una especie de perpetua vigilancia de estos servicios. Nadie mejor que los directamente afectados por el defecto en el dato para promover la acción de corregirlos, completarlos, y hasta promover su cancelación.

Claro está que deben existir instancias judiciales, o bien órganos administrativos independientes (CNIL francesa, comisario de datos personales alemán, etc.), que permitan articular recursos y defensas legales tendientes a efectivizar todos estos derechos de los interesados (acceso, rectificación, etc.), respetando las reglas del contradictorio y el debido proceso entre las partes afectadas, esto es el dador del dato y el titular del servicio que lo recolectó, automatizó y empleó.

En ese sentido, y sobre todo en aquellos países donde no existe una normativa específica para encausar estos procedimientos de reclamo, se viene observando la tendencia a permitir que se haga por la vía del recurso o acción de amparo, instituto jurídico generalmente admitido y regulado expresamente, en especial en los países americanos y a partir del Pacto de San José (art. 25)

2. OTROS CRITERIOS QUE TAMBIEN SE MANEJAN

De la doctrina y el derecho comparado surgen otros criterios complementarios de los anteriores, que también corresponde tener presentes.

En primer lugar es preciso señalar que, dentro del género de los datos personales, existe una categoría de protección privilegiada, que son los llamados "datos sensibles". Estos tienen que ver con aspectos cruciales de la personalidad, y constituyen el campo más propicio para las violaciones o discriminaciones más flagrantes o peligrosas que pueden acarrear al derecho de la intimidad (raza, color de piel, religión, hábitos sexuales, enfermedades infecto-contagiosas, etc.). Por lo tanto, su recolección y utilización en principio está sumamente restringida a una razón de pertinencia de intenso interés público y bajo la égida de organismos de la misma naturaleza o bajo estricto contralor estatal.

Está también el llamado "principio de contralor o control", por el cual los países estatuyen organismos especiales a tales efectos, que pueden ir desde una especie de "ombudsman" para la protección de datos personales, al estilo por ejemplo de Alemania con sus Comisarios para la protección de datos, hasta comisiones encargadas de velar por las garantías en el cumplimiento de las

leyes especiales de la materia que esos mismos países poseen, como es el caso francés de la CNIL.

En materia de "datos transfronterizos" se ha venido imponiendo el requisito de exigir un cuadro de protecciones en el país receptor equivalente a la vigente en el país dador de los datos, como condición para permitir el flujo.

VI - CAMBIOS NORMATIVOS A PARTIR DE UN NUEVO CONTEXTO

1. LA MODIFICACION DEL MARCO TECNOLOGICO Y SOCIO-ECONOMICO

Varios son los factores que, a partir de los ochenta, llevan a marcar diferencias de contexto respecto a las condiciones imperantes al dictarse las primeras normas en esta materia en la década de los setenta.

Está por un lado la propia evolución de la informática como tal, que de centralizada pasa a ser distribuída. Se asiste a un poderoso desarrollo de la microinformática y a un incremento en las capacidades de memoria y velocidades del proceso de los equipos.

Los tratamientos automatizados de información se generalizan, no habiendo ya una preeminencia del ámbito administrativo como era característico de la época anterior. Y se constata la emergencia de las interconexiones entre sistemas antes aislados, a través de toda suerte de redes de telecomunicación donde se entrecruzan tecnologías que antes autónomas (teléfono, televisión, prensa, etc.), y ahora manejan información escrita, audio e imagen de modo polifacético e integrado.

En el plano jurídico-económico se verifica una prohibición o combate contra todas aquellas conductas de los agentes económicos que signifiquen restricciones, impedimentos o falseamientos de la libre competencia. Relacionado a ésto se constata el desarrollo de un mercado común de la información, basado en el principio de la libre circulación de ésta última.

2. EL REPLANTEO JURIDICO DE LA SITUACION

Los hechos reseñados, y seguramente otros cuya enunciación se nos escapa, son los que conducen a la emergencia de la llamada "segunda generación" de leyes de protección de datos. No es que hayan desaparecido las inquietudes que dieran lugar en su momento a las primeras leyes de la materia, sino que las mismas se confirman, pero los problemas a afrontar se redimensionan.

Desde el punto de vista jurídico se verifica una expansión del conjunto de derechos y libertades que inciden en todo tratamiento automatizado de

información, y el pasaje al concepto de "libertad informática" en sustitución o aplicación del tradicional derecho a la intimidad.

La "libertad informática" es entendida como una nueva forma de libertad personal, y ya no como el tradicional concepto de intimidad o "privacy" que no hacía otra cosa que consagrar una especie de libertad negativa a no entregar los datos.

Ya no se insiste, pues, en vedar el uso de las informaciones sobre la persona, sino que se va hacia un concepto de libertad entendida en sentido positivo, como la posibilidad de ejercitar un derecho de control sobre aquellos datos que han salido ya de la esfera reservada del individuo, para formar parte de un archivo informático, público o privado. En suma se trata de una especie de autotutela sobre los datos personales.

La evolución doctrinaria más reciente consagra una tríada de derechos dentro de un concepto más polifacético de "libertad informática".

a) el *derecho de informar* (aspecto activo), en el sentido de buscar y ofrecer la información;

b) el *derecho a ser informado* (aspecto pasivo), de las noticias de interés público;

c) el *derecho a informarse sobre sí mismo* (aspecto reflexivo) que significa controlar, rectificar y negarse a la difusión de los datos personales propios contenidos en una archivo informático.

Una reciente propuesta legislativa en Italia (proyecto Pellicano) distingue los datos personales en "libres", esto es accesibles a cualquier individuo, "sensibles" o sea bajo protección de confidencialidad, e "inhibidos" para los cuales se requiere, o bien su cancelación, o bien límites muy precisos de utilización de parte del titular del banco de datos.

Respecto de los datos sensibles, este mismo proyecto establece requisitos también precisos, en cuanto su comunicación o difusión sólo es admitida bajo las siguientes condiciones:

a) consentimiento del interesado;

b) que el dato haya sido obtenido de fuente directa del interesado, y éste haya podido saber en el momento de brindarlo que sería destinado a la comunciación o difusión;

c) que alternativamente al literal anterior, el dato haya sido obtenido de registros públicos, o de actos o documentos por todos conocidos;

d) que la inclusión del dato en el banco haya sido puesta en conocimiento del interesado en forma tempestiva, y éste no haya manifestado su oposición, total o parcial, a la comunicación o difusión, sea en general como a determinada categoría de terceros;

e) si el dato ha sido tomado en el legítimo ejercicio de la actividad periodística no hay restricciones.

En definitiva estas nuevas, o más recientes, líneas de reflexión jurídica en el derecho comparado buscan que las leyes sobre protección de datos personales no signifiquen una seria limitación a la circulación de la información, y en cambio sí establezcan claramente cuáles son las conductas abusivas, reprimiéndolas y hasta castigándolas con sanciones de tipo penal.

Más que en la intimidad se pone el acento actualmente en la posibilidad del interesado de controlar la información salida de su ámbito personal hacia los ficheros automatizados. Y se observa, también, el pasaje de las regulaciones globales y omnisectoriales, a las normativas particulares por niveles de actividad (médica, bancaria, etc).

Este concepto de libertad informática, pues, es en definitiva la contrapartida del concepto de "poder informático", cuya vigencia en las sociedades actuales es innegable al existir la posibilidad de acumular, procesar y transmitir grandes cantidades de datos, los que en caso de ser nominativos o personales pueden acarrear formas de sojuzgamiento o rebaja de las libertades individuales. De ahí la necesidad de que el Derecho se ocupe de este tema, según lo ha venido haciendo a partir de dos décadas atrás, estableciendo soluciones y principios que orientan la composición del conflicto entre estos dos fenómenos tan propios de nuestra época.

VII - LA PROTECCION JURIDICA DEL BANCO DE DATOS

Para el Derecho, el banco de datos en sí mismo considerado aparece como un objeto de fisonomía poliédrica, y en ese sentido su regulación jurídica se desmenuza en varios aspectos que se analizan a continuación.

1. LA NATURALEZA JURIDICA DEL BANCO DE DATOS

Hay consenso en señalar que el banco de datos es una obra intelectual, que como tal -y en el estado jurídico actual de estos temas- puede verse beneficiado de la protección jurídica que otorgan las leyes y convenios internacionales sobre derechos de autor. Una consecuencia fundamental de esta solución es que estará vedada la reproducción del banco de datos, salvo consentimiento de su titular.

Algunos tratadistas hablan de "obra colectiva", lo que permite reconocer un director o titular de dicha obra que tiene la doble función de concebirla y elaborarla. Esto justifica, a su vez, la posibilidad de excluir toda explotación parcial del banco de datos por alguno de los colaboradores en su confección, aunque fuera sobre la parte desarrollada por dicho colaborador. Si ésto ocurriera estaríamos frente a un caso de concurrencia desleal, jurídicamente impugnabile.

2. DERECHOS SOBRE EL FONDO DOCUMENTAL

Bajo un perfil informático-documental, el banco de datos no es otra cosa que una reunión particular y diferenciada de informaciones, para cuya articulación se practican varias opciones técnicas, a saber:

- elección de datos a retener.
- elección de los descriptivos (textos completos, resúmenes, descriptores, etc).
- métodos de clasificación y organización de la información.
- presentación final de los documentos.

Estas opciones pueden tener carácter de "originalidad", en cuyo caso el fondo documental gozará de la protección del régimen autorial. También serán protegidos por esta vía los documentos auxiliares o de utilización (thesaurus, manuales, etc).

3. DERECHOS SOBRE LAS INFORMACIONES CONTENIDAS EN EL BANCO DE DATOS

Raramente el productor del banco de datos es a la vez el autor de los documentos o datos utilizados en dicho banco. Dejando de lado el tema de los datos personales, sobre el que ya nos hemos extendido antes, en este punto aparecen varias posibilidades.

En primer lugar puede tratarse de informaciones de dominio público (textos legales, y en general cualquier documento o dato de origen estatal destinado al conocimiento público). En este caso el banco de datos puede utilizar libremente estas informaciones, pero obviamente no cabrá un régimen de exclusividad ni protección legal.

En cambio si la información es propiedad de terceros, se verifican las siguientes posibilidades:

1) Si se trata de un registro íntegro del documento primario (full-test), entonces sería necesario el consentimiento del autor de este documento salvo citas cortas con especificación de la fuente y el nombre del autor.

2) Si el registro informático captura solamente datos referenciales de la obra y los indexa, esta indexación del documento o de la información primaria puede hacerse libremente.

3) Finalmente si se trata de resúmenes, la solución jurídica se dificulta un poco, y deberá atenderse a la forma que adopten dichos resúmenes (puramente señalético, o bien analítico), para resolver si es necesario o no solicitar el acuerdo del autor. En caso de un resumen "sustitutivo" del documento primario, se requerirá la autorización del titular de este último.

BIBLIOGRAFIA

- DAVARA, M.A. "Intimidación, informática y seguridad jurídica en España", in Boletín "Fundesco" N° 128, abril 1992, España.
- FROSINI, T.E. "Sulla nuova proposta di legge per la tutela della riservatezza dei dati informatici", in Rev. "Informatica ed enti locali", 1992/1, Italia.
- FROSINI, V. "La tutela della riservatezza: dalla libertà informática al bene giuridico informatico", in Rev. "Informática ed enti locali", 1988/2, Italia.
- HERRERO TEJEDOR, F. "Libertad de expresión, derecho a la intimidad y protección de datos informáticos", in Boletín "Fundesco" N° 128, abril 1992, España.
- LOSANO, MARIO G. "Las leyes de protección de la intimidad deben ser un pacto informático entre el ciudadano y el Estado", entrevista de Iñaki Ibañez in Boletín "Fundesco" N° 128, abril 1992, España.
- POULLET, Y. "Les concepts fondamentaux de la protection des données et les nouvelles technologies de l'information", in Rev. "Droit de l'informatique", 1987/4, Francia.
- ROMEO CASABONA, C.M. "El derecho a la intimidad en la sociedad actual", in Boletín "Fundesco" N° 128, abril 1992, España.
- SECYT "Legislación sobre protección de datos personales", 1986, Argentina.
- VELAZQUEZ BAUTISTA, R. "Protección de datos personales", in Boletín "Fundesco" N° 128, abril 1992, España.
- YGLESIAS PEROLO, A "Apuntes para una posible ley sobre informática y libertades", in Rev. de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t.74 (1-6), 1988, Uruguay.

