



por los Derechos Civiles

COMENTARIOS AL
ANTEPROYECTO
DE LEY DE
PROTECCION DE
DATOS PERSONALES



Comentarios acerca del anteproyecto de ley de protección de datos personales

10 de Febrero de 2017

En cumplimiento del cronograma establecido por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, desde la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) hacemos llegar nuestras impresiones acerca de los capítulos I a IV del anteproyecto de ley de protección de los datos personales.

En primer lugar, queremos resaltar que la propuesta constituye un marco más adecuado para afrontar los desafíos que la presente realidad tecnológica le impone a los individuos. La necesidad de actualizar la legislación vigente es un anhelo que goza de un consenso general y en consecuencia, consideramos que este anteproyecto cumple con la exigencia de modernizar las normas a aplicar. En este sentido, destacamos la ampliación del catálogo de definiciones, ya que permitió incorporar conceptos -como los de computación en la nube, datos biométricos, datos genéticos, grupo económico, servicios de telefonía, servicios de la sociedad de la información y otros- que pertenecen a nuestro actual ecosistema digital.

En segundo lugar, destacamos el hecho de que numerosas disposiciones se ajustan a los estándares más avanzados que existen en materia de protección de datos personales. Por un lado, la extensión de los principios y el mayor desarrollo del contenido de los derechos constituye una oportunidad para ampliar la protección del individuo frente a posibles abusos en el tratamiento de sus datos. Por otro lado, la adopción de institutos novedosos como el delegado de protección de datos, la evaluación de impacto o la “privacidad por diseño y por defecto” constituyen herramientas que pueden contribuir a incrementar la función preventiva del derecho de la protección de datos, evitando el daño antes de que se produzca.

En tercer lugar, queremos destacar que el tratamiento del derecho de supresión fue realizado de manera equilibrada, buscando la ponderación de todos los derechos involucrados y mencionando expresamente la necesidad de proteger la libertad de expresión e información.

En cuarto lugar, saludamos que se hayan tomado en cuenta varias de las sugerencias que nuestra organización realizó al momento de ser convocada para consulta. En ese sentido, la delimitación clara del ámbito de aplicación -para incluir el tratamiento que bases ubicadas en el extranjero realizan sobre datos de personas residentes en nuestro país- son muestra de un esfuerzo por ampliar la esfera de



por los Derechos Civiles

responsabilidad a sujetos que actualmente manejan grandes cantidades de datos personales. Asimismo, la no inclusión de las personas jurídicas como titulares de los derechos resulta coherente con el fuerte vínculo que la protección de datos tiene con el resguardo a la privacidad y a la intimidad.

Por último, ponemos de resalto dos aspectos que podríamos denominar metodológicos:

i) el exiguo plazo otorgado para el análisis del anteproyecto y la fragmentación del mismo. Entendemos las razones esgrimidas por la Coordinación, y al cronograma propuesto nos atenderemos; sin embargo anticipamos que hay aspectos contenidos en los capítulos I a IV sobre los que seguramente volveremos en la entrega correspondiente al último aporte, ya que resulta necesaria su evaluación considerando el texto en su integralidad.

ii) en relación al texto compartido por la DNPDP, mediante el cual se consolidaron los aportes efectuados por distintos sectores y representantes durante el período agosto-diciembre 2016, nos toca decir que más allá de la riqueza del mismo, entendemos que aportaría mucho a la transparencia, pluralidad y construcción conjunta de este proceso participativo que todos los aportes referidos en dicho documento (y que corresponden a académicos y particulares, sector privado y sociedad civil), sean compartidos en la plataforma. Esperamos que así se haga con los aportes y comentarios que se reciban por el Anteproyecto.

Dicho esto, destacaremos a continuación aquellos aspectos del anteproyecto que entendemos pueden ser perfeccionados a los fines de lograr una normativa más protectoria de los derechos de los titulares de los datos.

Como comentario general, deseamos hacer notar una característica hoy por hoy fundamental de la relación entre el titular y el responsable (y/o encargado) de los datos: la asimetría. Es frecuente que los sujetos ubicados en la segunda posición sean el Estado y empresas o grupos económicos que tratan grandes volúmenes de datos personales y que para hacerlo emplean técnicas y tecnologías que, generalmente, se encuentran a una distancia abismal de la cabal comprensión y entendimiento del sujeto titular de los datos. Frente a estas entidades, es ilusorio pensar que los titulares de los datos se encuentran en una relación de equilibrio. Esta desigual distribución de poder debe ser el enfoque que nos guíe al momento de analizar las disposiciones de toda legislación que se proponga regular los datos personales.

Con esta pauta en mente, debemos mencionar un rasgo del anteproyecto que puede dar lugar a una desnaturalización de los fines protectorios que dicho



por los Derechos Civiles

documento tiene como intención consagrar: la amplia utilización de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, a lo largo del anteproyecto encontramos numerosos términos de vago significado, que pueden dar lugar a interpretaciones perjudiciales a los derechos de los titulares de los datos. Para mencionar solo algunos: “*incompatibles*” (Art. 6 inc. 1 y 2) “*expectativas razonables*” (art. 12 inc.2) “*esfuerzo desproporcionado*” (art. 15 inc.2) “*interés legítimo*” (art. 11.1.b).

Estos conceptos podrían provocar numerosos problemas. A título meramente ejemplificativo, mencionaremos dos. Por un lado, si consideramos las “*expectativas razonables*” como aquellas reales de las personas, no es desatinado pensar que aquéllas sean muy bajas, debido a la falta de conciencia y conocimiento acerca de la protección de datos personales que actualmente existe en nuestra población. En consecuencia, los responsables estarían autorizados para conseguir el consentimiento tácito cuando quizás lo más adecuado sea el consentimiento expreso.

Por otro lado, cuando se exige al responsable de brindar información en caso que los datos no se hayan recabado del titular, siempre que ello resulte “*imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado*”, consideramos que se debería ser exigente en que el responsable demuestre dicha imposibilidad de manera acabada.

En consecuencia, si bien es imposible no recurrir a conceptos que tengan un cierto grado de generalidad cuando se trata de redactar una ley que tiene como objetivo la regulación de una infinitud de casos a suceder en el futuro, no es menos cierto que términos amplios pueden generar riesgos para los derechos de las personas, debido a la posibilidad de una mala interpretación de los mismos.

Por lo tanto, consideramos necesario incluir en el anteproyecto ciertas pautas interpretativas que ante un concepto indeterminado o una excepción, hagan a su interpretación restrictiva, habida cuenta de la disparidad en la relación titular-responsable señalada anteriormente.

En sintonía con lo recién expresado, también consideramos conveniente incorporar una referencia a los tratados internacionales de derechos humanos en el objeto de la ley (art.1). Resulta indiscutible el hecho de que la protección de datos personales constituye en la actualidad un derecho cuya violación puede ocasionar graves perjuicios a los afectados. Por lo tanto, es necesario que toda ley que tenga por objeto la defensa de los titulares de datos sea interpretada y aplicada de acuerdo a los mayores estándares protectorios vigentes. Es por eso que pensamos que así como el nuevo Código Civil y Comercial incorporó en la letra de sus



por los Derechos Civiles

disposiciones a los tratados de DDHH¹, el anteproyecto podría incluirlos en el art. 1 como agregado final (ej: “*la presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales (..) de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero, de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*”) o como una disposición independiente (“*la ley deberá ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*”).

Otro aspecto a remarcar en línea con lo que venimos diciendo es la introducción de excepciones que pueden neutralizar y/o desvirtuar la regla que se intenta consagrar en el texto. Un ejemplo de esto se encuentra cuando el anteproyecto establece qué debe entenderse por “datos personales” y “disociación de datos” (art. 2). Luego de definir ambos conceptos, el anteproyecto hace las siguientes aclaraciones: “*no será considerada persona determinable cuando para lograr su identificación se requiera la aplicación de medidas o plazos desproporcionados o inviables*” (en el caso de “datos personales”) y “*no será considerada persona determinable cuando el procedimiento que debería aplicarse para lograr su identificación requiera la aplicación de medidas o plazos desproporcionados o inviables*” (en el caso de disociación de datos). En estos supuestos, consideramos que tales excepciones deberían ser suprimidas o en todo caso, debería haber mayores precisiones acerca de lo que se entiende por “desproporcionado” o “inviable”, puesto que entendemos que tales referencias causan confusión y pueden servir como instrumento para evadir el cumplimiento de la ley.

Como complemento a lo anterior, mencionamos la no procedencia del derecho a la portabilidad cuando “*su ejercicio imponga una carga financiera o técnica **excesiva o irrazonable***” para el responsable del tratamiento. Otra vez, el uso de un término amplio puede frustrar el derecho consagrado en forma previa.

Otros aspectos que queremos mencionar respecto a las definiciones son los siguientes:

- Respecto a la autoridad de control, podría definírsela como “*órgano de control **autónomo***”. La incorporación de este calificativo sería útil para enfatizar lo dispuesto en el art. 61 sobre el carácter no dependiente de la nueva Agencia Nacional de Protección de Datos Personales.

¹ Ver art. 1 y 2 en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#3>

- En la definición de datos personales debería corregirse la expresión “personas físicas” por “personas humanas” para estar acorde a la terminología utilizada en la ley. Por otro lado, sugerimos incorporar una disposición expresa que establezca que los metadatos (aquella información que se refiere al origen, destino, duración, fecha, hora y ubicación de las comunicaciones) también son considerados datos personales.
- Resulta necesario incorporar los datos biométricos y los datos genéticos al concepto de datos sensibles. En tanto estos datos tengan como objetivo identificar de manera unívoca a una persona humana, su tratamiento debe estar sujeto a estándares tan estrictos como sólo lo puede brindar su caracterización como dato sensible. Asimismo, también recomendamos incorporar el concepto de “vida sexual” - como categoría adicional a la de “orientación sexual” ya presente en el texto-, ya que son datos que también pueden afectar la intimidad y su espacio no necesariamente es el mismo que lo abarcado por la orientación sexual.

El título del art. 19 habla de “Principio de seguridad de los datos personales”. Si tenemos en cuenta que los principios están ubicados al inicio del capítulo II (arts. 5 a 10) creemos que tal disposición debería ser trasladada allí o en su caso reformular el título del art. 19 a “Deber de seguridad de los datos personales”, lo cual nos parece la opción más correcta en virtud de las obligaciones que impone la disposición.

Respecto a la notificación de incidentes de seguridad (art. 20) consideramos que en vez del término “*tiempo razonable*” debería fijarse un plazo determinado para realizar dicha comunicación. Si no se pudiera notificar en el tiempo estipulado, podría disponerse que la autoridad de control no adoptará sanciones si se demuestra que el retraso estuvo justificado.

Sobre el tratamiento de datos personales por parte del Estado, queremos hacer notar que si bien el art. 14, inc. 1 b) habla de “cumplimiento **estricto**” de sus competencias, el art. 22 inc. 2 c) solo menciona el “cumplimiento de sus respectivas competencias”. En consecuencia, creemos necesario incorporar el calificativo “estricto” para mantener la coherencia del texto y porque entendemos es la característica adecuada

En relación a la realización de estudios de impacto, consideramos necesario establecer su obligatoriedad cuando se utilicen tecnologías de biometría (como agregado al art. 40 inc.2 c). Asimismo, también entendemos que debe especificarse las pautas por las cuales un tratamiento será considerado de “gran escala”.



Sobre el abuso de derecho (art.35) sostenemos que no se debería considerar como tal aquel que implique una “*carga técnica o financiera irrazonable*”, ya que el titular puede de buena fe iniciar un reclamo de tal naturaleza, sin conocer los costos que dicho pedido acarrea. Es por ello que recomendamos la supresión del supuesto o la incorporación de la necesidad de acreditar un conocimiento efectivo de la irrazonabilidad.

Comentarios acerca del anteproyecto de ley de protección de los datos personales

17 de Febrero de 2017

En cumplimiento del cronograma establecido por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, desde la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) hacemos llegar nuestras primeras impresiones acerca de los capítulos V a VIII del anteproyecto de ley de protección de los datos personales, sin perjuicio de otras reflexiones que podamos brindar luego de un examen integral y con más tiempo del documento

1. El art. 57 inc. 1 establece que *“La creación, modificación o supresión de bases de datos pertenecientes a autoridades u organismos públicos debe hacerse por medio de **disposición general**”*. En este punto consideramos necesario agregar en el texto la exigencia de que tal disposición deba publicarse en el Boletín Oficial. Hacemos esta sugerencia debido a que en ciertas ocasiones las reparticiones estatales suelen publicar sus disposiciones en boletines internos. En ese sentido, el agregado propuesto busca reflejar lo sostenido por la jurisprudencia, que sostuvo que *“la publicación oficial cuya obligatoriedad se impone en las disposiciones de la ley 19.549 y su decreto reglamentario no es otra que la publicación en el Boletín Oficial conforme las previsiones contenidas en el decreto 659/47. Por ello, la publicación en el boletín informativo ministerial no posee el alcance de una publicación general que permita presumir el conocimiento de los actos por todos los habitantes del país”* (CNFed. CA, Sala IV, Marítima Heinlein SDA., 27-VIII-98).

2. El art. 57 inc. 2 f) prevé que las disposiciones generales deben indicar *“Las cesiones, transferencias o interconexiones previstas”*. A riesgo de parecer sobreabundante, consideramos que el texto debería aclarar que las cesiones o transferencias deben ser hechas en cumplimiento estricto de sus competencias, a tono con el lenguaje utilizado en otros artículos del anteproyecto. Asimismo creemos que debería agregarse la exigencia de que la disposición contenga una explicación y justificación de la base jurídica sobre la cual se sustenta la cesión o transferencia.

3. Respecto al tratamiento de datos por organismos de seguridad e inteligencia (art.58), valoramos la intención de dotar de un mayor marco regulatorio a tan delicada cuestión. No obstante, creemos que dicha regulación puede ser incrementada y perfeccionada. En ese sentido, reiteramos lo sostenido en el documento que enviamos como aporte en la etapa de la discusión previa a la elaboración del anteproyecto y sostenemos que el texto debe, como mínimo: a) establecer la obligación de distinguir entre datos personales recabados en base a hechos de aquellos que puedan derivarse de apreciaciones personales, opiniones, juicios de valor propios de los agentes que realizan las tareas de seguridad o de defensa; b) fijar un plazo determinado para la supresión de



por los Derechos Civiles

los datos personales y en caso que el responsable o encargado del tratamiento considera necesario una extensión justificarlo ante la autoridad de control. Otra alternativa sería establecer plazos para su revisión periódica, a fin de evaluar la pertinencia de su almacenamiento.

4. Sobre la regulación de los servicios de información crediticia (art. 59) queremos hacer el siguiente comentario general: los sistemas de calificación crediticia -conocidos como *credit scoring*- suelen recurrir a tratamientos automatizados de datos, cuyos potenciales peligros para los titulares el anteproyecto ha tratado de neutralizar en el capítulo III. En virtud de esto, consideramos conveniente dejar en claro que esta protección también se extiende a los servicios de información crediticia, teniendo en cuenta que éstos se encuentran ubicados en el capítulo de “Supuestos Especiales” y una interpretación sesgada puede llevar a no incluirlos dentro del marco protectorio del art. 32. Asimismo, queremos resaltar que la facultad otorgada al órgano de control de determinar qué información puede ser considerada significativa -además de las previstas en el texto del anteproyecto- tiene que estar expresamente limitada (sino eliminada en su totalidad), a los fines de evitar discrecionalidades que puedan desvirtuar el listado ya establecido. Por último, sugerimos ampliar los plazos de 5 días hábiles otorgados al titular del dato para que pueda cumplir la obligación por la cual sus datos podrían ser cedidos. En este último caso, creemos que un plazo de 10 días hábiles sería más adecuado, pues es el mismo plazo que un responsable de datos tiene para cumplir con su obligación. en caso que sea notificado por el titular de alguna infracción cometida en su perjuicio (ver art. 34 inc.2).

Sin perjuicio de los comentarios anteriores, consideramos que el artículo 59 implica una mejora significativa para el universo de titulares de datos patrimoniales y financieros.

5. Respecto de lo dispuesto en el artículo 60, relativo a las bases destinadas a la publicidad, sugerimos fuertemente la revisión de dicha propuesta a la luz de las conclusiones y recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29 (GT29) -Directiva 95/46/EC europea- en su dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea. Entendemos que la redacción intentada en el anteproyecto desatiende aspectos sustanciales de las prácticas de publicidad basadas en el comportamiento, tales como el uso de cookies de rastreo y productos similares, el alto nivel de intrusión de estas tecnologías y la recolección copiosa de datos personales que éstas permiten. La publicidad comportamental se basa en el uso de identificadores que permiten crear perfiles muy detallados del usuario de internet y que, en la mayoría de los casos, se consideran datos personales.

Baste reseñar en esta instancia que conforme la interpretación y el consecuente Dictamen del GT29, el consentimiento previo del usuario de internet es requisito para la utilización de estas tecnologías, conforme surge de la Directiva europea sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, que el GT29 analiza en este dictamen conjuntamente con las previsiones de la Directiva 95/46/CE. Si bien es cierto que el Anteproyecto se dedica específicamente a la protección de datos personales, sin adentrarse en cuestiones vinculadas a la privacidad de las comunicaciones electrónicas o en línea, no es menos cierto que las reflexiones, conclusiones y recomendaciones del GT29 ameritan una lectura



por los Derechos Civiles

receptiva, en tanto de ellas se colige la necesidad de obtener el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos con fines de publicidad.

6. En lo que se refiere a la autoridad de control, deseamos hacer una primera observación: al momento de imaginar el diseño institucional, no debemos soslayar la creación de la flamante Agencia de Acceso a la Información Pública, en virtud de la *similar jerarquía* que gozan el derecho a la protección de datos personales y el derecho al acceso a la información pública. Esta relación de igualdad jerárquica debe traducirse en una igualdad de los diseños institucionales que se establezcan para su defensa. Esta conclusión se refuerza si tenemos en cuenta que en ciertas ocasiones ambos derechos pueden entrar en conflicto, por lo cual es imprescindible que en estos casos las respectivas autoridades de aplicación permanezcan en una posición de igualdad, a fin de evitar una situación de desequilibrio, en la cual la mayor fortaleza de una sea motivo para que sus posturas siempre prevalezcan sobre los de la otra.

Por lo tanto, consideramos que el diseño institucional de la Agencia Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP), si bien representa un gran avance respecto al modelo vigente, actualmente no es suficiente para lograr esa posición de igualdad mencionada anteriormente. En virtud de esto creemos necesario hacer las siguientes sugerencias: a) considerar a la ANPDP como un ente autárquico con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional; b) establecer que el procedimiento de selección del Director sea público, abierto y transparente, incluyendo la posibilidad de realizar audiencias públicas y de presentar observaciones por parte de la sociedad civil; c) fijar el requisito de que el Director no debe tener vínculos ni intereses con asuntos relativos a la órbita de su actividad, a fin de garantizar su imparcialidad; d) disponer que los presupuestos deberá destinar los recursos necesarios para el “*correcto cumplimiento*” de las funciones de la ANPDP.

Las sugerencias que se acaban de brindar deben ser entendidas como un piso mínimo, sin perjuicios de otras que podamos llegar a realizar en el futuro con el objetivo de fortalecer la ANPDP, a fin de dotarla de las mismas capacidades institucionales que otras autoridades estatales dedicadas a defender derechos de la misma jerarquía, como la ya mencionada Agencia de Acceso a la Información Pública. Esto incluye la posibilidad de evaluar la pertinencia de una posterior fusión de ambas agencias.

7. Respecto al capítulo VII de Procedimientos y Sanciones, deseamos reiterar nuestra posición acerca de que la protección de datos personales no debe ser convertida en una herramienta para menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión e información. Con satisfacción vemos que esta postura es compartida por el anteproyecto, conforme se desprende de su art. 31 inc.4. Sin embargo, queremos hacer notar que al disponer las sanciones por incumplimiento, el anteproyecto sostiene que el órgano de control puede ordenar el retiro, bloqueo suspensión o inhabilitación del acceso a datos personales de responsables que “*almacenen, alojen, intermedien y/o busquen...*” (art. 68 inc. 3). El uso de estos términos parece reintroducir la posibilidad de poder solicitar la baja de contenidos amparados por la libertad de expresión. Por lo tanto, creemos conveniente reafirmar la disposición del art. 31 inc. 4 en este nuevo apartado, con una terminología igual o parecida.



Comentarios acerca del anteproyecto de ley de protección de los datos personales

24 de Febrero de 2017

En cumplimiento del cronograma establecido por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, desde la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) hacemos llegar nuestras primeras reflexiones acerca de los capítulos IX a XII del anteproyecto de ley de protección de los datos personales, sin perjuicio de comentarios que podamos brindar luego de un examen integral y con más tiempo del documento.

1. Legitimación Activa: Luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución reconoció la existencia de los derechos “de incidencia colectiva”. Si bien el texto de nuestra Carta Magna solo habla explícitamente de los derechos ambientales y del consumidor, seguidamente menciona a los derechos de “incidencia colectiva en general”, con lo cual admitió que pueden haber otros derechos de esas características, además de los nombrados en el texto. La Corte Suprema en el fallo “Halabi” sostuvo que esta clase de derechos puede ser configurada de dos maneras: aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y los que se refieren a intereses individuales homogéneos. De esta manera, nuestro máximo tribunal estableció las condiciones que un derecho debe cumplir para ser considerado de incidencia colectiva

Debido a que las bases suelen almacenar datos de un gran número de personas, existe el riesgo permanente de que un tratamiento ilegítimo cause un perjuicio simultáneo a una multiplicidad de individuos al mismo tiempo y por un único hecho. Esta característica vuelve necesaria la consideración del derecho a la protección de datos personales como un derecho de incidencia colectiva, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema

Por lo tanto, creemos que la ley debería considerar la incorporación de una característica esencial de los derechos de incidencia colectiva: la expansión de la legitimación activa a otros actores -como el Defensor del Pueblo u organizaciones no gubernamentales- que puedan ejercer la representación colectiva de las



personas ante casos que afecten a una pluralidad de individuos. En este sentido, remarcamos que disposiciones de dicho tenor ya existen en nuestro país, como lo muestra el art. 2 de la ley 14214 de Habeas Data de la Provincia de Buenos Aires.

2. Legitimación Pasiva: Consideramos que debería revisarse la excepción prevista en el art. 70 inc. 3 para los casos del art. 36. Si bien suponemos que esta disposición obedece a la lógica de no extender el habeas data a todos los supuestos en los que no se aplique la ley o los derechos consagrados por ella, creemos que el caso de los responsables del tratamiento de bases de datos públicas merece una consideración especial. Los perjuicios a los derechos de las personas que puede ocasionar un mal uso de conceptos tan vagos como “defensa de la Nación”, “orden y seguridad públicos” o “protección de de los derechos e intereses de terceros” amerita que el titular del dato cuente con la posibilidad de ejercer la acción de habeas data cuando considere que la denegación se fundamenta precisamente en ese mal uso recién aludido.

3. Respecto al bloqueo provisional previsto por el art. 73 inc. 4 creemos necesario reiterar que dicha medida no procederá cuando se afecte la libertad de expresión e información.

4. Presupuesto: Consideramos de forma favorable la inclusión del término “correcto cumplimiento” del art. 79 inc.2, tal como lo manifestamos en nuestros comentarios respecto a los capítulos V a VIII. Por otro lado, creemos que esta referencia -similar a la utilizada por la ley 27275 cuando se refiere a las previsiones presupuestarias para la Agencia de Acceso a la Información Pública- es una muestra de la necesidad de lograr un similar diseño institucional de las agencias encargadas de la defensa de derechos de igual jerarquía, tal como lo señalamos en nuestro documento anterior.

Comentarios finales del anteproyecto de ley de protección de datos personales.

28 de Febrero de 2017

En el presente documento, queremos hacer los siguientes comentarios finales cuyo objetivo es reflexionar sobre el anteproyecto desde una perspectiva más general y ofrecer un análisis integral de algunos aspectos en particular. Este documento deberá considerarse en forma conjunta con las tres entregas anteriores, que fueron efectuadas de acuerdo al cronograma propuesto por la Dirección:

1. **La protección de datos personales como medio para compensar situaciones de asimetría:** Debido a lo sencillo que actualmente resulta su tratamiento, los datos personales se han vuelto un activo central para las operaciones de negocios y para una administración de gobierno más efectiva. Así, el manejo de datos se ha vuelto una forma de adquirir poder económico y control político por parte de empresas y gobiernos. Frente a esta situación, los individuos se ubican en un estado de vulnerabilidad producto de una desigualdad estructural de posiciones. Así, consideramos que una ley de protección de datos personales que sea acorde a esta nueva realidad debe tener como enfoque central la protección del individuo, a fin de equilibrar lo más posible esa situación de asimetría.

En ese sentido, el anteproyecto nos brinda disposiciones que van en la dirección señalada. La inclusión expresa de la persona humana al momento de definir al titular del dato, la ampliación del catálogo de principios y derechos, el incremento de las obligaciones a cargo de los responsables y encargados del tratamiento de datos; y la incorporación de figuras como el delegado de protección de datos y la evaluación de impacto son señales que muestran una clara voluntad de considerar -tal como lo dispone el art. 1- al individuo como el objeto principal de las protecciones que brinda el proyecto. Es por ello que el anhelo de lograr otros objetivos adicionales resulta legítimo y hasta deseable en tanto dicho intento no se realice a costa de perjudicar el fin principal de proteger al individuo titular del dato.

2. **Eliminación del registro de bases de datos:** La supresión del registro contemplada en el anteproyecto está en consonancia con la evolución legislativa en el mundo, que ha venido eliminando este requisito para la licitud de las bases de datos. Si bien en principio no estamos en desacuerdo con la decisión tomada,



por los Derechos Civiles

no podemos dejar de hacer referencia a la función de publicidad que cumple el Registro actualmente existente, al menos como referencia para aquellos individuos interesados en el destino de sus datos. Por lo tanto, resulta esencial que este cambio de esquema esté acompañado de su sistema de garantías y protecciones que permitan el cabal ejercicio de la autodeterminación informativa.

3. **Metadatos:** Tal como lo sostuvimos en nuestros comentarios preliminares, reiteramos la necesidad de incluir una disposición que expresamente extienda la protección de la ley a los metadatos, es decir, aquella información que se refiere al origen, destino, duración, fecha, hora y ubicación de las comunicaciones. El motivo es la importancia que revisten los mismos, en tanto permiten revelar tanto o más acerca de nosotros que el propio contenido de las comunicaciones. Así, a través de ellos se pueden establecer patrones de comportamientos, hábitos o relaciones, por lo que actualmente constituyen una de las formas más eficaces de violar la privacidad de los individuos. Si bien consideramos que la definición de datos personales ya abarca estos casos, es conveniente su determinación expresa, a fin de ahuyentar eventuales interpretaciones restrictivas.

4. **Consentimiento:** El anteproyecto admite que el consentimiento pueda ser otorgado de manera tácita. De esta manera, se diferencia de la actual ley, que sólo permite el consentimiento “expreso”. Si bien entendemos que la introducción de esta figura responde a un intento de promover el libre flujo de datos que el desarrollo de una economía digital requiere, no debemos olvidar que la protección de datos personales asumió como meta principal el resguardo del individuo. Es por ello que las disposiciones deben ser redactadas con sumo cuidado, a fin de evitar abusos por parte del sector más poderoso en la relación jurídica.

En ese sentido, queremos llamar la atención sobre el criterio que el anteproyecto utiliza para delimitar cuándo el consentimiento debe ser dado de manera expresa o tácita (art.12 inc.2). Al decir que la forma dependerá de “*las circunstancias, el tipo de dato personal y las expectativas razonables del titular de datos*”, la disposición no cumple con su función de establecer una pauta clara que nos permita determinar con anticipación cuáles son los casos abarcados por una y otra categoría. Así, es de prever que existirán interpretaciones en conflicto por parte del titular del dato y del responsable (o encargado), lo que puede dar lugar no sólo a un aumento de la litigiosidad, sino también de desprotección del titular, que en muchos casos puede no tener cabal noción del consentimiento que – tácitamente- estaría prestando. Por otro lado, la vaguedad de los conceptos resulta una invitación a que los responsables (o encargados) favorezcan un



por los Derechos Civiles

tratamiento basado en el consentimiento tácito, dejando al consentimiento expreso para casos excepcionales. Finalmente, apelar a las expectativas razonables del titular del dato puede resultar perjudicial en el siguiente sentido: debido a que su situación de debilidad suele traducirse en una ausencia de conocimiento acerca de los derechos que le corresponden y de los límites que deben existir al momento de tratar sus datos, no es de esperar que sus expectativas sean demasiado altas, con lo que este requisito puede volverse una carta libre para un tratamiento indiscriminado de sus datos

Asimismo, esta situación de incertidumbre se repite al momento de calificar las condiciones para que surja el consentimiento tácito. Establecer cuándo el consentimiento surgirá de *“manera manifiesta del contexto de tratamiento de datos”* o que la *“conducta del titular de los datos”* será *“suficiente para demostrar la existencia de su autorización”* puede volverse una tarea absolutamente discrecional sin pautas o guías que orienten su interpretación.

En consecuencia, consideramos que una adecuada regulación debe seguir considerando al consentimiento expreso como la regla general del sistema, ya que es el medio más eficaz para determinar de manera inequívoca que el titular del dato dio su acuerdo para que sus datos sean tratados. Por otro lado debería establecerse que en caso de duda, se entenderá que el consentimiento es requerido de manera expresa. Asimismo, debería mantenerse el requisito - presente en nuestra actual ley- de que el consentimiento también debe ser libre e informado, sin perjuicio de adoptar definiciones más modernas como la prevista por el Reglamento General de la Unión Europea. Por último, debería establecerse en forma excepcional y detallada los casos en los que puede aplicarse el consentimiento tácito. A fin de prever futuras situaciones que justifiquen la conveniencia de requerir un consentimiento tácito, podría facultarse a la autoridad independiente de control a extender -de manera fundada- dichas excepciones, cuando sea estrictamente necesario.

5. Fuentes de acceso público y de acceso público irrestricto: Con el actual desarrollo tecnológico, la recopilación de información que las personas dejan en diferentes bases de datos -de las cuales las redes sociales son el ejemplo más importante pero no el único- se ha convertido en una herramienta que permite la realización de perfiles y el ejercicio de actividades de vigilancia sobre los individuos. Estas actividades pueden conllevar un serio riesgo para los derechos y las libertades de las personas. De esta manera, el hecho de que dichas prácticas se realicen en base a datos surgidos de fuentes consideradas de “acceso público” o de “acceso público irrestricto” no debe ser un justificativo para otorgar una discrecionalidad absoluta a los responsables o encargados de un

tratamiento de esa naturaleza. En consecuencia, consideramos que si el tratamiento y la cesión de datos basado en fuentes de este tipo tiene por objeto la realización de actividades de perfilera o *profiling*, vigilancia u otra actividad sensible debería contar con el consentimiento del titular de datos, sin perjuicio del cumplimiento de las demás garantías que la ley establece.

6. **El principio de interpretación a favor del titular del dato:** El anteproyecto utiliza una variedad de conceptos cuya indeterminación puede servir de justificativo para el desarrollo de prácticas que perjudiquen los derechos de los individuos. De esta manera, creemos necesario que el anteproyecto establezca expresamente una norma de interpretación general por la cual en aquellos casos en que se prescinda del consentimiento expreso del titular del dato o se trate de supuestos en los que el titular no pueda ejercer plenamente sus derechos, deberá optarse por la interpretación más restrictiva y acotada posible de dicha situación de excepción. Ello a fin de preservar en todo momento el derecho a la autodeterminación informativa.

Esta disposición contribuiría a mitigar los problemas causados por la amplitud de los conceptos, ya que en este caso las autoridades dispondrían de una pauta para privilegiar una interpretación por sobre las otras.

7. **Bases de datos estatales:** Actualmente las bases de datos estatales cuentan con amplias facultades para el tratamiento y cesión de datos personales. En ese sentido, consideramos que el anteproyecto sigue consagrando esa situación de privilegio (art. 14 inc. 1 a; art. 22 inc. 2 c, art. 36 y art. 58 inc.2). Por lo tanto hacemos las siguientes sugerencias para limitar el accionar estatal en la materia:

- el art. 22 inc.2 c debería hablar del “*cumplimiento estricto de sus respectivas competencias*”. De esta manera, se ajustaría a la terminología utilizada en el art. 14 inc. 1 a.
- debería eliminarse la excepción prevista en el art. 70 inc. 3 respecto a los casos del art. 36, ya que se le impediría al titular del dato recurrir a una acción judicial en caso que considere que el responsable del tratamiento está utilizando de una manera ilegítima los justificativos previstos en esa disposición para denegar el acceso, rectificación, oposición o supresión de sus datos.
- se recomienda la adopción de una disposición expresa por la cual se establezca que aunque en determinados casos el Estado pueda verse eximido de requerir el consentimiento de los individuos, está obligado a cumplir con el resto de los principios de la ley,

- se sugiere la sanción de una ley específica que aborde de manera integral la situación de las bases de datos en manos de fuerzas de seguridad, al estilo de la Directiva 680/16 de la Unión Europea. Mientras tanto, consideramos que: a) se deberían establecer plazos para la supresión de los datos personales o para su revisión periódica, a fin de evaluar la pertinencia de su almacenamiento; b) establecer la distinción entre datos personales recabados en base a hechos, de aquellos que puedan derivarse de apreciaciones personales, opiniones, juicios de valor propios de los agentes que realizan las tareas de seguridad o de defensa; c) en los casos que no se prevea la necesidad de exigir el consentimiento, se debe aumentar los requisitos para el tratamiento de datos, como exigir la presencia de un “peligro real” para la seguridad pública.

8. **Decisiones automatizadas:** Consideramos que las disposiciones referidas a servicios de información crediticia y bases destinadas a publicidad (art. 59 y 60 respectivamente) deben dejar de estar en el capítulo de Supuestos Especiales y ser subsumidas dentro de los apartados que el anteproyecto dedica a la protección del consentimiento (art. 12) y a las valoraciones personales automatizadas (art. 32).

Asimismo y retomando nuestro comentario en la segunda entrega relativo al art. 60, se pone de resalto que el RGPD no contiene un régimen diferenciado para las bases destinadas a publicidad. En este sentido, reiteramos que debe seguirse el dictamen 2/2010 del WP29. A todo evento, agregamos que conforme reseña Hunton & Williams, página 22 y 23, en su [guía para abogados de empresa](#), cuando analiza perfilería, obtener el consentimiento previo es necesario para tales actividades, ya que no tienen un régimen diferenciado en el marco del Reglamento.

9. **Conflictos entre la protección de datos personales y la libertad de expresión:** El establecimiento de una autoridad de control con autonomía funcional y mayores facultades es una buena noticia, en tanto contribuirá a que los individuos cuenten con un instrumento más fuerte para la protección de sus datos personales. Asimismo, la jerarquización de su función seguramente ayudará a que el personal técnico cuente con una mayor capacitación sobre la temática. Es por eso que la creación de la Agencia Nacional de Protección de Datos Personales es bienvenida, en tanto su dedicación esté puesta en la atención de aquellas cuestiones que hacen a su experticia.

Por ello, cuando surja una cuestión en donde la protección de datos personales pueda afectar el derecho a la libertad de expresión y de información, nos preocupa la idoneidad de la Agencia como órgano facultado para tratar estas situaciones, ya que la dedicación exclusiva a la protección de datos personales impide que cuente con la imparcialidad requerida para la resolución de cuestiones constitucionales. Esto no implica tomar posición por la prevalencia de uno u otro derecho en un caso determinado. Sólo se trata de expresar nuestra posición de que esa discusión debe darse en los ámbitos más adecuados para tomar estas decisiones, tal como la autoridad judicial u otra de naturaleza similar, que opere con suficientes garantías de independencia, autonomía e imparcialidad y que tenga la capacidad para evaluar los derechos en juego y ofrecer las garantías necesarias al usuario. Entendemos que en estos la Agencia debería abstenerse de resolver y adoptar los recaudos necesarios para dar curso a la acción por la vía correspondiente.

10. **Un órgano de control autónomo es esencial para la correcta aplicación de la ley:** Con la ampliación de las protecciones establecidas por el anteproyecto, la existencia de un órgano dotado de amplias facultades, autonomía funcional y autarquía presupuestaria se vuelve una condición necesaria. Asimismo, la presencia de actores dotados de enorme poderío –incluyendo al propio Estado- que realizan tratamiento de datos contribuye a la exigencia de una autoridad de control con las capacidades necesarias para hacer cumplir la ley. En ese sentido, el diseño institucional previsto por el anteproyecto resulta coherente con el panorama recién descrito.

Es por ello que deseamos remarcar una vez más que sin una Agencia autónoma y dotada de las garantías necesarias por parte del Estado para su correcto funcionamiento, todas las protecciones establecidas en el anteproyecto quedarán sólo en la linda letra del papel. Consideramos que no es ociosa esta reiteración en virtud de lo sucedido al momento de sancionarse la actual ley de protección de datos personales, en donde la actuación del Poder Ejecutivo de aquel entonces impidió la conformación de un órgano de control adecuado para la supervisión del cumplimiento de la ley.