

**RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS DE DATOS  
INFORMATIZADOS EN RELACIÓN A LOS DATOS  
PERSONALES QUE LOS INTEGRAN Y  
LA INFORMACIÓN QUE TERCEROS ADQUIEREN  
DE ESOS DATOS**

JORGE M. BERBERMAN

Tal como resulta del título, la problemática de la que nos ocuparemos en este trabajo puede considerarse conformada por los siguientes elementos constitutivos:

1. Un banco de datos informatizado.
2. Datos personales contenidos en ese banco de datos informatizado.
3. Un tercero que consulta los datos personales contenidos en el banco informatizado.
4. La información que el tercero consultante (¿) adquiere (¿) de los datos consultados.

Esta formulación de la cuestión es un modo de resaltar las cuestiones relativas a la percepción que son, en parte —muy sustantiva por cierto—, pilares del tema que trataremos.

La necesidad de coherencia desde el punto de vista de la percepción impone como una necesidad definir, en primer término, qué es un banco de datos en el marco de este trabajo.

## **I. BANCO DE DATOS**

Si bien una rápida búsqueda por textos básicos de informática parece autorizarnos a considerar la expresión "banco de datos" como equivalente a "base de datos", no debemos dejar a un lado la definición asentada en el Capítulo Quinto, IV., de la obra *Derecho Informático* de Carlos M. Correa y otros<sup>1</sup> bajo el título "Banco de datos".

<sup>1</sup> Correa, Carlos M. y otros, *Derecho Informático*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 239.

Haciendo referencia a la transformación de la información en mercaduría como resultado de su manipulación —computadoras mediante— más rápida y eficiente y capacidad de almacenaje en volúmenes crecientes, Correa destaca la emergencia de una "industria de banco de datos". A continuación procede a definir al "servicio de banco de datos" como "un conjunto organizado de base de datos, accesibles en línea —directamente desde una computadora— como servicio comercial, para la consulta de datos de la más diversa índole".

Una consulta al banco de datos —conforme la definición anterior— comercializado por Microsoft bajo la denominación Encarta 97, nos permite acceder a la siguiente definición de "base de datos":

Cualquier conjunto de datos organizados para su almacenamiento en la memoria de un ordenador o computadora, diseñado para facilitar su mantenimiento y acceso de una forma estándar. Los datos suelen aparecer en forma de texto, números o gráficos<sup>2</sup>.

Lo cierto es que ya sea que al hablar de banco de datos hagamos referencia a conjuntos de bases de datos, o que los bancos de datos sean bases de datos, es decir que "banco" y "base" puedan considerarse sinónimos en este contexto, ingresamos en un campo —en materia de responsabilidad— en el que según cuál de las ideas antes expuestas estemos dispuestos a compartir, la materia de análisis será una industria, un producto o un servicio.

Es claro que lo que aparece como indudable, es que el elemento distintivo de los bancos o bases de datos a los que nos referimos, respecto de otros ficheros preexistentes sobre base papel, piedra, tejuela, papiro y otros materiales, es la utilización de la informática para su constitución, producción, mantenimiento y exteriorización a todo fin.

## II. MODOS DE OPERAR DE LAS BASES DE DATOS

La aplicación de la informática al archivo, ordenamiento y recuperación de datos ha producido un cambio cualitativo en el tratamiento de la información.

Claude Debrulle, primer consejero del Ministerio belga de Justicia, en la Conferencia Internacional que se realizó en la ciudad de Madrid, España, los días 11 al 13 de junio de 1984, sobre Problemas Legislativos de la Protección de Datos, organizada por el Consejo de Europa en colaboración con las autoridades españolas (Secretaría de Estado para la

<sup>2</sup> "Base de datos", *Enciclopedia Microsoft Encarta 97*. Microsoft Corporation, 1993-1996.

Administración Pública), utiliza esa expresión de pasaje cualitativo en el tratamiento.

Este pasaje cualitativo se aprecia especialmente en dos modelos de bases de datos: el modelo relacional y el de bases de datos deductivas.

Las bases de datos relacionales son aquellas en las que el almacenamiento de los datos se hace en tablas. La búsqueda se lleva a cabo determinando los datos a utilizar a ese fin, almacenados en las tablas seleccionadas al efecto, con los que se procede a la búsqueda de datos adicionales en otras tablas.

Esta búsqueda persigue unir los datos conforme atributos. Cuando datos y atributos coinciden, entonces se genera una tercera tabla en la que se relacionan.

De este modo, es posible unir a un número de documento de identidad la profesión de su titular, su situación impositiva, estado de salud, estado civil, religión, antecedentes, hábitos de consumo, etcétera.

La unión plasmada en la tercera tabla genera una persona virtual; retomaremos más adelante esta idea.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En una concepción histórica de la responsabilidad civil, esta requiere la existencia de un daño atribuible por vía de un nexo causal a un acto u omisión ilícitos y la existencia de dolo o culpa en esa acción u omisión, lo que determina que quien sufrió el daño deba ser indemnizado.

Con posterioridad a la de responsabilidad basada en la culpa se desarrolló la teoría de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado, en la que el factor de atribución dejó de ser subjetivo, como lo era en la primera teoría, para pasar a ser objetivo.

Si bien puede entenderse que entre ambas teorías queda contemplado el universo de las situaciones posibles, "existen sectores neurálgicos donde la inadaptación de las reglas de la responsabilidad civil son particularmente evidentes y llaman a la reforma. Hoy los grandes temas que concitan nuestra atención y necesitan una revisión son... el daño informático... Estas son manifestaciones típicas —las que hasta ahora conocemos— del impacto de la 'era tecnológica' en la responsabilidad civil"<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Medina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., "Función actual de la responsabilidad civil", en *Derecho de Daños*, La Roca, Buenos Aires, 1989.

#### IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE REQUIEREN ACCIONES Y OMISSIONES

Según cual sea el punto de partida —lo que no está prohibido está permitido o bien el iusnaturalismo— los derechos son el anverso-reverso, el continente-contenido, en relación a las obligaciones.

Las personas son centros de imputación de normas o viceversa, según cual sea la definición de persona que adoptemos, y sus acciones y omisiones son los vehículos de los derechos y de las obligaciones.

Delineado así el escenario en el que desarrollamos este trabajo, intentaremos determinar ahora cuáles son los derechos y obligaciones y las acciones y omisiones involucradas en el tema en análisis.

La cuestión relativa a los bancos de datos personales, el *habeas data* y la responsabilidad por la información incorporada y procesada, se plantea como un conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad como así también la honra y el buen nombre de las personas.

En este orden de razonamiento, los derechos y obligaciones a estudiar son el derecho a la información, tanto en el sentido del derecho a informar como en el del derecho a ser informado, y el derecho a la intimidad.

La ley francesa 78-17, del 6 de enero de 1978, sobre la informática, los ficheros y las libertades<sup>4</sup>, es una norma paradigmática con relación a la protección de datos personales contenidos en bancos de datos informatizados.

El artículo 36 de la ley incluye en su texto, directa e indirectamente, los derechos y obligaciones de los titulares de los bancos de datos y de las personas cuyos datos se encuentren incorporados a los mismos.

"El titular del derecho de acceso podrá exigir que las informaciones que le afectaren y fueren inexactas, incompletas, equívocas, caducadas, o cuya colecta, utilización, comunicación o conservación estuviere prohibida, sean rectificadas, completadas, aclaradas, actualizadas o canceladas..."

Para el estudio de esta norma proponemos sustituir el término "información" por "dato", a fin de homogeneizar el vocabulario utilizando la misma palabra para identificar al "banco de datos" y a su contenido, es decir, los "datos".

Partiendo del texto de esta ley resulta que las acciones que puede adoptar el titular del banco de datos son las siguientes:

- coleccionarlos
- utilizarlos

<sup>4</sup> *Journal Officiel*, 7-1-1978.

- comunicarlos
- conservarlos

Estas acciones puede ejecutarias respecto de datos que pueden ser:

- exactos o inexactos
- completos o incompletos
- claros o equívocos
- vigentes o caducados
- permitidos o prohibidos, en relación a las acciones precedentemente descriptas.

Los titulares de los datos contenidos en esos bancos de datos pueden, a su vez, exigir que sus datos sean:

- rectificadas
- completados
- aclarados
- actualizados
- cancelados

La precedente es una enumeración primaria de los derechos y correspondientes obligaciones.

En consecuencia, los datos y las obligaciones de sus datos en bancos y de las personas concernidas cuyos datos se encuentran incorporados en dichas bases de datos, entonces la responsabilidad de los bancos de datos es un tema que no presenta mayor dificultad para su resolución, pues habrán de aplicarse las mismas normas que son de aplicación en otras situaciones de hecho.

Así, si la base de datos colecciona datos que está prohibido coleccionar, y los comunica o difunde. Su responsabilidad no requiere mayor aclaración.

## V. PROPIEDADES DE LOS DATOS

Entendemos que este modo de encarar la cuestión no aporta nada a la solución de los problemas que se presentan en casos concretos, tales como la pérdida o perturbación de la posibilidad de obtención de crédito.

Tal perturbación o pérdida se expresa en modos diversos, entre ellos la denegación de solicitudes de operar en cuenta corriente o crédito con bancos comerciales o el pedido de cierre de cuentas abiertas en esos bancos, que afrontan las personas cuyos datos de identidad son incorporados a bancos o bases de datos de informes comerciales que los relacionan con otros datos referidos a incumplimientos o morosidad en el cumplimiento de obligaciones, ya sea en forma directa por el individuo concernido o bien por un tercero con el que la base de datos lo relaciona.

En tales circunstancias los individuos concernidos pretenden que sus datos sean rectificados, completados, aclarados, actualizados o cancelados, en razón de ser inexactos, incompletos, equívocos o por haber perdido vigencia.

Si la rectificación es requerida por cuanto existe error en un dato, y como consecuencia de ese error el individuo concernido puede sufrir o sufrir un daño, la cuestión de responsabilidad no presenta novedad.

En cambio, cuando el individuo concernido pretende hacer emerger la responsabilidad por datos incompletos, equívocos o sin vigencia, la cuestión no es igualmente clara.

Un banco o base de datos recoge o colecta datos teniendo en cuenta el fin para el que fue diseñado. Ese fin es el que determina la organización del procesamiento de los datos y el modo de relacionarlos.

En realidad, cuando la base de datos:

1. incorpora datos concernientes a personas,
2. los datos que incorpora son más de uno por sujeto concernido,
3. su diseño permite relacionar los datos de un individuo de modo que el individuo concernido es identificable por el resultado arrojado por las relaciones establecidas,
4. admite la relación de los datos del individuo concernido de modos diversos, entonces el individuo concernido respecto de quien el banco de datos brinda información que permite su identificación por nombre, documento de identidad, vínculo con terceros, etcétera, "será" diferente según cuales sean sus datos incluidos en la "relación" informada.

Esa "relación" la denominamos el "perfil" del individuo concernido. Un ejemplo de perfiles diversos de un individuo cuyos datos han sido incorporados a una base de datos de informes comerciales es el siguiente:

- Incluido o no incluido en la base de datos.
- Bancarizado o no bancarizado.
- Parte en procesos judiciales:
  - Demandante
  - Demandado
  - Otra
- Merecedor de crédito hasta determinados montos.
- Vinculado a otras personas:
  - Familiarmente
  - Contractualmente
  - Crediticiamente (garante, fador, tarjeta de crédito adicional)
  - Societariamente
  - Otros vínculos

- Cumplidor.
- Meroso.
- Objeto de consulta por otro/s.
- Etcétera.

Estos perfiles pueden, a su vez, variar según las fechas entre las cuales la consulta debe ser respondida.

## VI. LA PERSONA VIRTUAL

El concepto de realidad virtual está asociado a la informática y las telecomunicaciones, determinantes e instrumentos para la determinación de sus dimensiones temporales y espaciales.

El hombre también puede ser construido con la ayuda de la informática y las telecomunicaciones como una persona virtual.

El construccionismo y la posmodernidad nos hablan de la realidad construida, de la inexistencia de realidades objetivas.

El hombre es una realidad diversa, desde el punto de vista de aquellos que con él se relacionan, según sea percibido por esos terceros.

Esta diversidad de percepciones desagrega al individuo en perfiles diversos y cambiantes, según los datos conocidos y considerados por quien los percibe y el objetivo y el modo en que relaciona esos datos.

El Derecho puede proteger al individuo para que ciertos datos suyos que no son públicos y cuya publicidad puede ser perjudicial no sean incluidos en los bancos de datos. También puede establecer que ciertos datos cuya antigüedad supere un tiempo determinado no puedan ser incluidos en los bancos de datos o relacionados en general o en particular. En ese caso podemos entender que lo que se tutela es el control sobre los datos concernientes a la propia persona que hayan salido de la esfera de la intimidad de esta.

Estos dos ejemplos tienen en común que en los casos supuestos el legislador puede decidir sobre la acción, en este caso la incorporación de datos. En otros casos, como el de los datos nominativos sensibles, tales como orientación política o sexual, religión, color de piel, etcétera, cuando se prohíbe su colecta la decisión legislativa se refiere a la imposición de una omisión de acción.

Por lo general, los reclamos que los individuos concernidos hacen contra los bancos de datos de informes comerciales, se asientan formalmente sobre los datos. En otra palabras, ese es el reclamo manifiesto, pero la queja se refiere al perfil que generan los datos cargados y relacionados que son comunicados a terceros.

No son esos datos, si son verídicos, los que generan el perfil que motiva la queja por el daño que causa al individuo concernido al coartar su acceso al crédito.

Esos datos por sí solos son sólo un conjunto de datos, que han sido procesados y relacionados de acuerdo a un programa definido por el titular del banco de datos.

Si el banco de datos no agrega "opinión" al resultado del procesamiento, o si lo que agrega son datos que no implican juicio de valor sino que son parámetros que indican el encuadre de los datos, éstos siguen siendo sólo datos.

La oportunidad en la que los datos se transforman en "información" es cuando el tercero agrega un juicio de valor.

La información es entonces el resultado de un nuevo procesamiento en el que concurren datos más valoración de los datos, es decir, objetividad sustentada en documentación verificable sumada a subjetividad que se manifiesta como percepción.

Los datos sirven para construir tantas "personas virtuales" como percepciones hay de ellos.

El individuo concernido cuyos datos son percibidos por terceros queda desagregado informáticamente en "personas virtuales", es decir, perfiles, que él, desde su percepción, no ve coincidentes con ésta última.

## VII. DISCRIMINACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Hemos asociado al comienzo de este trabajo —no lo hizo la autora de la cita— la afirmación de que las reglas de responsabilidad civil no se adaptan al impacto de la era tecnológica, con la cuestión relativa a bases de datos informatizadas y a la protección de los datos personales.

A partir de la consideración del daño generador de responsabilidad como un emergente de la percepción de los datos, no de los datos por sí solos ni de su procesamiento, entendemos que la responsabilidad debe ser analizada desde otro punto de vista.

No es necesario modificar o renovar las reglas de responsabilidad civil para atender los casos en los que se infringen normas claras en materia de colecta, procesamiento, utilización y difusión de datos, pues las teorías existentes son aplicables y suficientes.

La aplicación de esas teorías a los casos en que el daño resulta de la "persona virtual" o "perfil desagregado" construido sobre la base de datos amalgamados por la percepción, se asentaría sobre la pretensión de que toda construcción que no coincida con la que el individuo concernido ha hecho de su propio perfil e imagen, es errada. Pero, como es una cons-



trucción, entonces genera responsabilidad en quien la construyó, pues construir es un acto volitivo.

Quizá no son las reglas de responsabilidad las que mejor contemplan el caso planteado.

Si un individuo cuyos datos se encuentran incorporados a una base de datos, ve coartada su posibilidad de obtener crédito, continuar operando bancariamente o comenzar a hacerlo, sus posibilidades de actuación y desarrollo económicos se ven seriamente perjudicadas.

Quien le niega el crédito o no lo acepta como cliente no es el banco de datos en el que los suyos están incorporados, sino que es un tercero con quien pretende relacionarse económicamente.

Cuando ese tercero, el dador de crédito, adopta su decisión negativa respecto del individuo concernido, sobre la base de una percepción apoyada exclusivamente en los datos suministrados por el banco de datos, lo discrimina.

Tal discriminación es asimilable a la que practica quien decide su relación con otro por el color de piel o la religión. Si bien los datos son ciertos, como lo es el color de piel o la religión, la percepción, subjetiva y parcial, es considerada suficiente para adoptar la decisión discriminatoria: quien decide basándose en esa percepción, sin atender la información adicional que pueda brindar el individuo concernido, lo discrimina por su "perfil informático".

Considerada así la cuestión, la responsabilidad de los bancos de datos cesa en su aparente independencia, que se fundamentaría en el elemento informático, y puede ser abordada con las teorías conocidas.

Por su lado, la discriminación a la que contribuyen los datos colectados y procesados por la base de datos, en tanto generadora de responsabilidad para quien discrimina, puede tener un tratamiento que tampoco requiere de innovaciones que atiendan al elemento tecnológico, ya que éste no contribuye a la discriminación.

Este desdoblamiento de la cuestión es equitativo, en tanto adjudica responsabilidad a cada uno conforme a la medida de su intervención en la generación del daño.

No es necesario recurrir a la teoría de la responsabilidad objetiva para involucrar a los bancos de datos, pues la imputación puede ser hecha en modo directo a quien asume la decisión discriminatoria que produce el daño.

Es claro que, por otra parte, el reconocimiento de la existencia de tantas "personas virtuales" como percepciones existen, resalta la cuestión del marco del derecho a la intimidad, cuya colisión con el derecho a la información, sería la causante del conflicto en cuya dinámica se genera la problemática de la responsabilidad que aquí abordamos.