

EL HABEAS DATA, EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO PREINFORMÁTICO DE LA INTIMIDAD*

VÍCTOR BAZÁN

SUMARIO: I. *Palabras liminares*. II. *Plan del trabajo*. III. *Introducción*. *Presentación de la figura*. IV. *El habeas data en el derecho comparado*. V. *El habeas data en la reforma constitucional argentina*. VI. *La protección de los datos personales en la Provincia de San Juan (República Argentina): La Constitución de 1986 y la incipiente jurisprudencia en materia de habeas data*. VII. *Coloquio*. VIII. *Epílogo*.

I. PALABRAS LIMINARES

Nos preguntamos: ¿Puede el derecho permanecer inmóvil frente a los incesantes cambios tecnológicos? Definitivamente no.

Los innumerables avances que genera la evolución tecnológica plantean nuevos desafíos respecto de los que el derecho “debe” hacerse cargo. Y, particularmente con relación a la informática, es incuestionable que el tratamiento masivo de la información y su innegable connotación crematística expanden sus efectos, ingresando en la superficie propia de los derechos fundamentales, por lo que —sin duda— deberá el derecho (y, por extensión, el Estado) brindar adecuadas respuestas para conferir protección al ser humano.

En forma acertada, se ha sostenido que la utilización de los datos personales, en virtud de su rentabilidad comercial y —lo que puede

*El 27 de agosto de 1997 dictamos una conferencia titulada “El habeas data: presentación de la figura. Conciliación de intereses públicos y privados”, en la sede del Foro de Abogados de San Juan (República Argentina). Tal disertación nos sirvió de molde (y ¿por qué no? de pretexto) para avanzar en nuestro estudio y confeccionar el presente trabajo.

resultar más peligroso— su empleo con fines de contralor político sobre las actividades privadas, han dejado al descubierto la contracara de una importante conquista tecnológica cuya adecuada funcionalidad exige límites jurídicos.¹

El presente trabajo no está impregnado de misoneísmo. Por el contrario, intenta ubicarse —dentro de parámetros realistas— en una senda que se dirija hacia el equilibrio de los valores en juego; contexto en el que advertimos la presencia del *habeas data* como importante arma defensiva dispensada al ser humano para la tutela de sus datos personales frente a la potencialidad nociva de un flujo cibernético indiscriminado de información.

II. PLAN DEL TRABAJO

Hoy nos convoca el *habeas data*: una figura novedosa de incipiente aplicación y —como afirma Vanossi—² un fenómeno *in fieri*, en constante evolución, por lo cual abogados litigantes, profesores y magistrados mucho tendremos que ver en la definitiva delineación del perímetro y de la superficie de esta garantía procesal.

Para recorrer el pretencioso camino que preconcebimos y exponer las ideas que constituyen la médula de esta nota, analizaremos sucesivamente las siguientes consideraciones:

1. Introducción y presentación de la figura: ¿En qué realidad se inserta el *habeas data*?
2. El *habeas data* en el derecho comparado: antes de encarar una referencia a la normativa constitucional de los países iberoamericanos (señalamiento en el que abordaremos sucesivamente las previsiones de Guatemala, Colombia, Brasil, Paraguay, Perú y de la República Argentina) y de la legislación de Estados Unidos, efectuaremos un tránsito por la preceptiva legal europea (que ha protagonizado un desarrollo mucho más profundo que el de la incipiente normativa latinoamericana), pasando breve revista a algunos instrumentos internacionales y comunitarios.

1 Cfr. Marchena Gómez, Manuel, "Intimidad e informática: La protección jurisdiccional del *habeas data*", *Boletín de Información*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, año L, núm. 1.768, 15 de febrero de 1996, p. 12.

2 Vanossi, Jorge Reinaldo, "El *habeas data* no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa", *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8.580, 13 de septiembre de 1994, p. 2.

3. Luego analizaremos el *habeas data* en la reforma constitucional argentina. En tal estudio estarán presentes las referencias a la legitimación activa y pasiva; al tenor de la exigencia probatoria que pesa sobre el interesado; así como al bien jurídico tutelado por el *habeas data*, para finalmente dar paso al abordaje de la excepción prevista explícitamente en el tramo que cierra el párrafo 3o. del artículo 43 de la Constitución Nacional.
4. Seguidamente, nos detendremos en dos aspectos del *habeas data* que nos interesa abordar, a manera de aporte en el marco del derecho público provincial comparado: la normativa constitucional sanjuanina y la incipiente jurisprudencia provincial que se va prefigurando en torno de esta novedosa institución. Sabido es que la Constitución de San Juan (República Argentina) de 1986, con mucha anticipación en relación con la Constitución nacional, ha consagrado una serie de derechos y garantías nuevos, uno de los cuales es el *habeas data*, que aun cuando no sea mencionado literalmente con esa denominación, existe y puede ser articulado para operar el derecho que se tiene a todo ciudadano de tomar conocimiento de la información que de él conste en forma de registro y de la finalidad con la que sus datos son utilizados.
5. Enseguida, recrearemos parte del coloquio que consideramos fundamental porque del mismo surgen cuestiones importantes que permiten un enriquecimiento del tema a partir del intercambio de ideas y experiencias.
6. Por último, nos despediremos aportando algunas breves ideas conclusivas y sintetizadoras de la cuestión en debate.

III. INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN DE LA FIGURA

Como advertencia, si los lectores esperan encontrar en estas líneas un conjunto de soluciones definitivas, están "acabados". Es decir, más que exponer verdades inconcusas e ideas demasiado originales, simplemente vamos a tratar de formular algunos interrogantes que la cuestión nos sugiere y plantear ciertas aristas polémicas acerca del *habeas data*; precisamente, por lo que anticipábamos acerca de que el avance doctrinario y jurisprudencial en esta materia es bastante incipiente, con lo cual queda un extenso camino por recorrer.

La evolución cuantitativa y cualitativa de las investigaciones, conquistas tecnológicas, etcétera, puede tener una incidencia muy profunda en la médula misma del sistema jurídico y, fundamentalmente en el caso de la informática, existe el riesgo cierto de que la inago-

table sofisticación conduzca a vulnerar fundamentales derechos de la persona (a la privacidad, igualdad, libertad religiosa —*inter alios*—). Paralelamente, debemos dejar de lado el misonéismo, es decir, no tenemos que tener miedo al cambio, al avance, a la evolución. Muy por el contrario, juzgamos conveniente la actualización, la modernización, el *aggiornamento*, pero el hecho de cambiar y actualizar no quiere decir de ningún modo que el derecho deje de proporcionar las respuestas que “debe” dar frente a los potenciales peligros que las modificaciones pudieren entrañar.

Concretamente en el campo de la informática, si bien es cierto que los avances son formidables y que han permitido brindar una serie de soluciones muy importantes, justo es reconocer que esa incesante evolución trae consigo no menos constantes riesgos que merodean en el campo de los derechos fundamentales y frente a los cuales “deben” ser expedidas adecuadas respuestas de corte jurídico-institucional como reaseguro de la sana pervivencia de aquellos.

La sociedad informatizada afronta nuevos riesgos y el derecho “debe” estar a la altura de las circunstancias. Permítasenos una digresión: estamos persuadidos de que no basta con delinear teóricamente un haz de derechos, sino que esos derechos deben estar acompañados necesariamente de herramientas procesales para hacerlos valer, es decir, con aquello que nos va a permitir el acceso a la jurisdicción (aludimos a la *vigencia real* de la garantía específica). De nada sirve haber reformado la Constitución nacional, haber incluido una serie de nuevos derechos, haber dotado de jerarquía constitucional a un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos (con lo cual se amplía el ámbito de derechos y libertades fundamentales del individuo), si no se acompaña tal creación con una política por parte del Estado —nos referimos a una política “jurídica”—, que permita el acceso a la jurisdicción para poder hacer valer esos derechos que tan pomposamente se han elucubrado y declamado a partir de la letra constitucional. De lo contrario, estaríamos ante una nueva muestra de gatopardismo: cambiar todo para que todo continúe igual.

Como siempre decimos, la Constitución no es solamente letra, sino que también es espíritu; es decir, la Constitución no es —como decía Lasalle— una simple hoja de papel, hay que hacerla funcionar, dado que es cuerpo y alma. La Constitución es norma jurídica y, por ende, vinculante, exigible y alegable ante los tribunales.³ Enton-

³ Respecto del carácter normativo de la Constitución pueden consultarse nuestros siguientes trabajos: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: El

ces, para operativizar los “nuevos” derechos y escapar del anquilosamiento de los “viejos” derechos (poniéndolos a cubierto de los “modernos” riesgos que les acechan), “deben” existir —paralelamente— las garantías que permitan ejercerlos en la práctica cotidiana. Una interpretación dinámica de los “viejos” derechos podría guarecerlos y proporcionarles una galvanización que neutralice en favor de aquéllos el rigor de la obsolescencia conceptual que provocan los nuevos tiempos.

No se trata de plantear la cuestión en términos de una lucha entre la sociedad cibernética y los derechos fundamentales. Juzgamos superada la etapa en que el problema discurría como una tensión dialéctica entre “vida privada *vs.* computadoras”, pues el presente estadio de la evolución de la normativa tuitiva de la información personal constituye una síntesis de los intereses sociales e individuales en juego.⁴ Allí se aloja el nudo del problema: en la necesidad de buscar una equitativa conciliación de tales valores. Por una parte, los públicos intereses del Estado de acopiar, de reunir información acerca de las personas que viven en su territorio y, por otro lado, el interés propio de los individuos de buscar protección para sus derechos fundamentales, intentando hacerlos valer en los casos concretos de vulneración de los mismos.⁵ En conexión con ello, Sagüés⁶ sostiene que el *habeas data* fue concebido para brindar una respuesta de tipo transaccional entre los intereses de registrantes y de registrados.⁷

La médula del problema que abordamos no estriba en el uso informático; la dificultad aparece cuando dicho uso informático se convierte en abuso informático, momento en que el Estado “debe” ha-

control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, varios, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 41-108 (en esp. pp. 46-49); “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, Bidart Campos, Germán (coord.), *Economía, Constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 111-174, en particular pp. 114-116.

4 Batto, Hilda, “Informática, libertad y derechos humanos”, *Derecho informático*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 249; *cit.* por Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Heliasta, 1990, p. 354.

5 La legítima aspiración de hacer valer en la práctica los derechos, debe conectarse con lo que decíamos precedentemente en cuanto a la necesidad de que aquéllos no sólo existan en la letra, sino que se posibilite su cabal ejercicio. ¿De qué modo? Sencillamente a través del acceso a la jurisdicción.

6 Sagüés, Néstor Pedro, “Amparo, *habeas data* y *habeas corpus* en la reforma constitucional”, *La Ley*, Buenos Aires, año LVIII, núm. 193, 7 de octubre de 1994, p. 3.

7 No deberíamos hacer una abstracción del término “registrados”, concibiéndolo como una calidad totalmente ajena y extraña, pues “registrados” podemos ser (y, de hecho, somos) también nosotros mismos.

cerse presente, brindando respuestas para tratar de armonizar los intereses en juego y restablecer el equilibrio que se ha roto. Es decir, deparar nuevas respuestas y garantías para los crecientes riesgos que se van planteando. Es que en el contexto de la ineludible obligación del Estado de proporcionar medios jurídicos protectivos a los seres humanos que viven dentro de sus fronteras, no debe quedar fuera la creación de adecuadas garantías para prevenir o repeler los efectos perjudiciales que potencialmente pudieren causarles los fenómenos tecnológicos contemporáneos; afirmación con la que volvemos al punto inicial de esta introducción.

En el marco descrito se incrusta la razón de ser del mentado *habeas data*, que surge como un muro de contención para evitar o frenar el abuso informático.

¿De dónde proviene la denominación *habeas data*? Se la utiliza a modo de empréstito terminológico tomado del *habeas corpus*. Recordamos que éste significa "que tengas el cuerpo (ante el juez)"; en el caso del *habeas data* se quiere connotar "que tengas (o traigas) los datos". Esta locución latina se forma con *habeas* (de *habeo*, *habere*), que significa tener, exhibir, tomar, traer, etcétera; adosándole el acusativo plural *data* (de *datum*: lo que se da), datos.⁸ El paralelismo entraña también una similitud desde el prisma de la semántica jurídica, en cuanto a que la vía a través de la cual discurren aquellas emparentadas garantías debe ser sumaria, rápida y sencilla.⁹

IV. EL *HABEAS DATA* EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación se abordará un señalamiento sólo enunciativo, obviamente exento de ínfulas de exhaustividad, acerca de las regulaciones establecidas en algunos países europeos y americanos respecto de la protección de datos personales.

⁸ Se ha sostenido, también, que la palabra *data* proviene del inglés: datos. Por nuestra parte, añadimos que en traducción literal, *data* significa la "información conocida antes de comenzar a solucionar un problema". Originalmente *data* era el plural y *datum* el singular; actualmente *data* se emplea invariablemente para el singular y el plural —dato o datos—. Cfr. Carver, Wallace y Cameron, *Collins English Learner's Dictionary*, Gran Bretaña, 1974, p. 129. También se define la palabra *data* como "la información organizada, generalmente utilizada como base de una decisión"; y, en su sentido corriente, como "información organizada, recabada para un propósito específico". Cfr. Black, *Black's Law Dictionary*, 5a. ed., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1979, p. 356.

⁹ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, nota 2.

1. En Europa

A. *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y otros instrumentos internacionales y comunitarios*

Adoptado en Estrasburgo (1981) por los Estados miembros del Consejo de Europa, procura (como se expresa en su Preámbulo) "conciiliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos". Cabe recordar que el citado Convenio entró en vigor el 1o. de octubre de 1985.

Su finalidad específica es garantizar —en el territorio de cada Estado parte— a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales (concretamente, su derecho a la vida privada) frente al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a ella (*cfr.* artículo 1o.).

El campo de aplicación del Convenio se circunscribe a los ficheros y al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en los sectores público y privado (*cfr.* artículo 3o.).

En el capítulo II, se establecen algunos principios básicos para la protección de datos, fijándose el compromiso de cada Estado parte de tomar, en los respectivos derechos internos, las medidas necesarias para la efectivización de los mismos (artículo 4.1, vv); sucintamente dichos principios son:

- Se establece que los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; se registrarán para finalidades determinadas y legítimas; serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos para los que se hayan registrado; serán exactos y, si es necesario, actualizados; se conservarán durante un periodo que no exceda del necesario para el cumplimiento de las finalidades tenidas en mira para su registración (artículo 5o.).
- Se determina que ciertas categorías particulares de datos¹⁰ no podrán tratarse automáticamente, a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas (artículo 6o.).

¹⁰ Se hace referencia a los datos personales que denominamos "sensibles" (reveladores del origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o informaciones relativas a la salud o vida sexual) y los referentes a condenas penales.

- Deberán tomarse medidas de seguridad apropiadas para la protección de los datos personales contra la destrucción accidental o no autorizada (o la pérdida accidental), así como contra el acceso, modificación o difusión no autorizados (artículo 7o.).
- Asimismo, se conceden ciertas garantías complementarias para la persona concernida, consistentes en: conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal y de sus finalidades principales; obtener, en intervalos razonables y sin demoras ni gastos excesivos, la confirmación acerca de la existencia o inexistencia del fichero y la comunicación —en forma inteligible— de los datos que le incumban; obtener la rectificación o supresión de los datos (artículo 8o.).
- Por su parte, se fija como principio general que no se admitirá excepción alguna a las disposiciones de los artículos 5o., 6o. y 8o. del Convenio, salvo cuando tal excepción prevista legalmente por la normatividad de uno de los Estados partes, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado, para la represión de infracciones penales, o bien, para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otros individuos (artículo 9o.).

Naturalmente, la normativa internacional no se agota con tal Convenio, pues existen numerosas recomendaciones y directivas, por ejemplo:

- Del Consejo de Europa, *v. gr.* Resolución [73] 22 sobre la protección de la intimidad individual frente a los bancos de datos electrónicos en el sector privado, de 26 de septiembre de 1973; Resolución [87] 15 sobre la utilización de datos personales por la policía, de 17 de septiembre de 1987.
- De la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), *v. gr.* la Resolución del Parlamento Europeo de 1979 sobre la protección de los derechos de la persona frente al avance de los progresos técnicos en el campo de la informática; la Recomendación de la Comisión de 1981 relativa a la Convención del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de datos personales (*relating to the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*); la Directriz 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995,

sobre la protección de los individuos en relación con el tratamiento de datos personales, etcétera.¹¹

- De la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular las directrices sobre ficheros de datos personales tratados por ordenador (Resolución 45/95).¹²
- De la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Aludimos a las directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos transfronterizos de datos, adoptada por su Consejo de Ministros en forma de recomendación a los Estados miembros, con fecha 23 de septiembre de 1980. Con posterioridad a ello (en 1985), se aprobó una declaración atinente a los flujos transfronterizos de datos no personales.¹³
- De la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Nos referimos al repertorio de recomendaciones prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores, adoptado por una Reunión de expertos sobre la protección de la vida privada de los trabajadores (realizada del 1o. al 7 de octubre de 1996 en Ginebra, en cumplimiento de una decisión adoptada por el Consejo de Administración de la OIT en su 264a. Reunión —noviembre de 1995—). Naturalmente, y como el mismo repertorio indica (artículo 2o.), no tiene carácter obligatorio (lo que también se desprende del modo potencial en que se utilizan los verbos que se emplean en la redacción de algunos de sus textos) y sólo pretende brindar ciertas orientaciones en la materia. De acuerdo con su artículo 4o., se aplica a los sectores privado y público y al tratamiento manual y automático de todos los datos personales de un trabajador (artículo 4.2). Sintéticamente, establece los siguientes principios generales (artículo 5o.): i) El tratamiento de datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuaníme y lícita, y limitarse exclusivamente

11 Tangencialmente nos interesa remarcar en el contexto del Acuerdo de Schengen la creación de un Sistema Informático Schengen (SIS), cuyos ficheros contendrán más de ochocientas mil referencias —de carácter personal y de otra índole—. El objetivo del SIS es preservar el orden y la seguridad pública y viabilizar la operatividad del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (que en sus artículos 92 a 130 regula el funcionamiento del SIS) en lo atinente a la libre circulación de personas en el territorio de los Estados signatarios, sirviéndose —para el cumplimiento de tal objetivo— de la información que el sistema proporciona. López-Ibor Mayor, Vicente y Carmen Plaza, "El defensor del pueblo: Derecho, tecnologías de la información y libertades", *Informática y derecho*, Mérida, España, UNED-Centro Regional de Extremadura, núms. 6 y 7, 1994, pp. 287-289.

12 Cfr. Estadella Yuste, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 60.

13 *Idem*, pp. 62 y 63.

a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador (artículo 5.1); *ii*) los datos personales deberían utilizarse únicamente con el fin para el que se recabaron (artículo 5.2); *iii*) cuando los datos se exploten con fines distintos de aquéllos para los que se colectaron, el empleador debería asegurarse de que no sean utilizados en forma incompatible con esa finalidad inicial y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por su aplicación descontextualizada (artículo 5.3); *iv*) las decisiones relativas a un trabajador no deberían basarse exclusivamente en un tratamiento informático de los datos personales a él referidos (artículo 5.5); *v*) los datos personales obtenidos por medios de vigilancia¹⁴ electrónica no deberían ser los únicos factores de evaluación profesional del trabajador (artículo 5.6); *vi*) los empleadores deberían evaluar en forma periódica sus métodos de tratamiento de datos para reducir el tipo y volumen de la masa de información personal acopiada, y mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores (artículo 5.7); *vii*) los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que los gobiernan y de los derechos que les asisten (artículo 5.8); *viii*) el tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación (artículo 5.10);¹⁵ *ix*) es irrenunciable el derecho de los trabajadores a la protección de su vida privada (artículo 5.13); etcétera.

B. Portugal

La Constitución portuguesa de 1976 (artículo 35) consagra una restricción al poder del Estado en la utilización de la informática y garantiza expresamente el acceso de los ciudadanos a las informaciones que, respecto de ellos, consten en órganos o entidades estatales o privados, pudiendo exigir la rectificación o actualización de aquéllas (*cfr.* inc. 1). Prohíbe, además, el acceso de terceros a ficheros con

14 En el repertorio se entiende por 'vigilancia': "la utilización de dispositivos como computadoras, cámaras de fotografía, cine y video, aparatos de grabación sonora, teléfonos u otro material de comunicación, diferentes métodos de identificación y de localización y cualesquiera otros sistemas de vigilancia" (*cfr.* artículo 3.3).

15 Volveremos sobre el tema del riesgo de la utilización discriminatoria de la información personal en materia laboral o en el marco de las agencias de contratación de personal.

datos personales y su respectiva interconexión, así como también los flujos de datos transfronterizos, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley (*cfr.* inc. 2). Por último, proscribe la utilización de la informática en el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se trate del procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente (*cfr.* inc. 3).¹⁶

Fue Portugal el primer país europeo que reconoció constitucionalmente la necesidad de proteger a las personas frente a los riesgos informáticos. No obstante ello, hubo de transcurrir un periodo de quince años, para que aquellas disposiciones fueran desarrolladas legislativamente. En efecto, en abril de 1991 se dictó la Ley núm. 10 sobre "protección de datos personales frente a la informática"; normativa que amplía los parámetros tuitivos de la Constitución; prevé la creación de la autoridad de aplicación (Comisión Nacional de Protección de Datos Personales Informatizados —CNPDPI—, en el capítulo II); determina que ninguna decisión judicial, administrativa o disciplinaria puede tomarse considerando como base exclusiva, el perfil de personalidad del titular del registro (artículo 16); y, en síntesis, reproduce los principios consagrados por el "Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Consejo de Europa" (de 1981) adoptado en Estrasburgo, al que aludiéramos *supra*.

C. España

Los artículos constitucionales 18.4 y 105 apartado 'b' diseñan el perímetro protector —genérico— del problema que tratamos, y defieren en una ley —orgánica— su tratamiento pormenorizado. El artículo 18.4 (de la Constitución de 1978) reza: "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 105 apartado 'b' dispone: "[La ley regulará] b) 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". Para dar cumplimiento a la preceptiva constitucional, se dictó la Ley Orgánica núm. 5/1992

¹⁶ Esta disposición de la norma portuguesa sirvió, a nuestro juicio, de soporte al artículo 26, párrafo 2o., de la Constitución de San Juan (República Argentina) de 1986. Véase *infra* nota 72.

(de 29 de octubre) sobre "regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal" ("BOE" núm. 262, de 31 de octubre de 1992). Tal normativa (conocida como LORTAD) constituye un instrumento para impedir que, a través de la tecnología informática, las personas sean blanco de perjuicios en sus derechos.¹⁷

Su ámbito de aplicación se circunscribe a aquellos datos de carácter personal (entendidos, según el artículo 3.a, como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables) que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado; incluye, además, toda modalidad de uso posterior —aun cuando no automatizado—, de datos personales registrados en "soporte físico susceptible de tratamiento automatizado" (*cfr.* artículo 2.1).

Se excluye del espectro aplicativo de la LORTAD: a los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general (artículo 2.2.a); a los ficheros mantenidos por personas físicas para fines exclusivamente personales (artículo 2.2.b); a los de información tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines, diarios o repertorios oficiales (artículo 2.2.c); a los de informática jurídica a los que el público tenga acceso, siempre que aquellos se limiten a reproducir disposiciones o resoluciones judiciales ya publicadas en periódicos o repertorios oficiales (artículo 2.2.d); y a los mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias en la medida que tales datos se refieran a sus asociados, miembros o *ex* miembros (artículo 2.2.e).

Algunos de los principios de la protección de datos de carácter personal que la normativa estableció, disponen que:

- Sólo podrán ser recogidos y tratados automatizadamente aquellos datos adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al ámbito y finalidades para los que fueron obtenidos (artículo 4.1), no pudiendo ser utilizados para fines distintos de aquellos para los que se recolectaron (artículo 4.2); deberán ser exactos y actualizados, de modo que respondan verazmente a la situación real del afectado (artículo 4.3); serán cancelados cuando hubiesen dejado de ser necesarios o pertinentes para el objetivo en persecución del cual fueron recabados y registrados (artículo

¹⁷ *Cfr.* Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Informática y protección de datos personales", *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 43, 1993, p. 27.

- 4.5); deberán ser almacenados de forma que permitan al afectado ejercer el derecho de acceso a los datos (artículo 4.6); se proscribe la recolección de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (artículo 4.7).
- El tratamiento de datos personales requerirá el consentimiento del concernido, salvo alguna disposición legal en contrario (artículo 6.1). Tal consentimiento no será necesario —entre otros casos— cuando los datos se recojan de fuentes accesibles al público o cuando se recolecten para el ejercicio de funciones propias de las administraciones públicas en el marco de sus competencias (artículo 6.2).
 - Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos personales que revelen ideología, religión y creencias (artículo 7.2). Los datos que refieran al origen racial, a la salud y a la vida sexual solamente podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando existan razones de interés general dispuestas por ley, o bien, cuando medie el consentimiento expreso del sujeto concernido (artículo 7.3). Quedan, asimismo, proscriptos los ficheros creados con el exclusivo propósito de almacenar datos personales reveladores de la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual (artículo 7.4).
 - El responsable del fichero automatizado y quienes participen en cualesquiera de las etapas del proceso de tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional (artículo 10).

La LORTAD ha establecido los siguientes derechos de las personas:

- El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que entrañen una valoración de su conducta, cuyo exclusivo fundamento sea un tratamiento automatizado de datos personales que proporcione una definición de sus características o personalidad (artículo 12).
- Cualquier persona podrá conocer la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero; debiendo recabar tal información del Registro General de Protección de Datos, el que será de consulta pública y gratuita (artículo 13).
- Se acuerda al afectado el derecho de acceso a los ficheros automatizados para solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal (artículo 14.1), derecho que podrá ser ejerci-

tado a intervalos no inferiores a doce meses salvo que acredite un interés legítimo, hipótesis en la cual podrá hacerlo dentro de un plazo menor (artículo 14.3). La información podrá consistir en la mera consulta por visualización de los ficheros o en la comunicación de los datos por escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e ilegible (artículo 14.2).

- También se establece el derecho de rectificación y cancelación, para el supuesto de que los datos personales resulten inexactos o incompletos (artículo 15.2). La cancelación no será procedente cuando pudiese causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros, o cuando mediase obligación de conservar los datos (artículo 15.4). No se exigirá contraprestación alguna para la rectificación o cancelación de los datos personales inexactos (artículo 16.2).
- Los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de la LORTAD por parte del responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, tendrán derecho a ser indemnizados (artículo 17.3).

Ejemplificativamente, y para concluir este breve repaso, recordamos que la LORTAD fue complementada con posterioridad entre otros instrumentos normativos por los Reales Decretos:

- a) Número 428/1993 (26 de marzo), por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos (que, conforme el artículo 1.1 de dicho Real Decreto, es un ente de derecho público que tiene por objeto la garantía del cumplimiento y aplicación de las previsiones de la LORTAD, actuando con plena independencia de las administraciones públicas y relacionándose con el gobierno a través del Ministerio de Justicia — artículo 1.2—), y
- b) Número 1.332/1994 (20 de junio), por el que se desarrollan determinados aspectos de aquella Ley Orgánica, *v. gr.* la transferencia internacional de datos (cap. II), la notificación e inscripción de ficheros (cap. III), el procedimiento sancionador (cap. V), etcétera.

D. Alemania

El Tribunal Constitucional (acompañado por la doctrina) ha consagrado el derecho a la autodeterminación informativa,¹⁸ derecho que subyace, también, en la Ley Alemana Federal de Protección de Datos —de 20 de diciembre de 1990—.¹⁹ En el contexto alemán, es importante destacar como antecedente (que deviene trascendente por sus reflejos anticipatorios en el ámbito europeo), a la Ley del Land de Hesse de Protección de datos (de 7 de octubre de 1970, modificada en 1986), que propendía a la defensa del derecho de la personalidad frente a la utilización de datos, limitando su previsión normativa a los archivos y bancos de datos públicos; sin embargo, contrarrestó tal restricción aplicativa, con la creación de un Comisario para la Protección de Datos (*Datenschutzbeauftragter*) que tenía a su cargo la supervisión del cumplimiento de la ley.²⁰

E. Francia

Es importante destacar la Ley número 78-17 de 6 de enero de 1978, denominada “Ley de Informática, Ficheros y Libertades”, de la que se ha sostenido que “constituye una referencia en la materia en toda Europa”.²¹

Sobresale, por su importancia, la previsión de su artículo 2o., que establece: “Ningún fallo de los Tribunales de Justicia, que implique la apreciación de comportamientos humanos podrá tener por fundamento un tratamiento automático de información que pretenda dar una definición del perfil de la personalidad del interesado” (párrafo 1o.); precepto que se completa con una proscripción casi idéntica relativa a que ninguna decisión administrativa o privada podrá tener por único fundamento aquel tratamiento automático de información que intente proporcionar una definición del perfil o personalidad del interesado.

18 Volveremos sobre este punto al tratar *in extenso* la problemática del bien jurídico tutelado por el *habeas data*.

19 La Ley Federal alemana (*Datenschutz*) fue promulgada el 27 de enero de 1974, y modificada posteriormente, conforme lo anunciamos en el texto, hacia fines de 1990.

20 Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 130.

21 Cfr. Álvarez Rojas, Bernardo y Audilio González Aguilar, “Ley 78-17 de 6 de enero de 1978 de Informática, Ficheros y Libertades (Francia)”, *Informática y derecho*, Mérida, España, Centro Regional de Extremadura, núms. 6 y 7, 1994, p. 521.

Por su parte, el artículo 6o. prevé la creación de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (que, por el artículo 8o., es concebida como una "autoridad administrativa independiente"), que tendrá a su cargo velar por el respeto de las disposiciones de la ley que comentamos.

Otros preceptos dignos de mención —ejemplificativamente— son:

- a) Se prohíbe la recolección de datos por cualquier medio fraudulento, ilegal o ilícito (artículo 25).
- b) Las personas a las que se refieren las informaciones nominativas²² deben ser informadas acerca del carácter obligatorio o voluntario de sus respuestas, de las consecuencias de su negativa a informar, de los destinatarios de las informaciones y de la existencia de los derechos de acceso y rectificación (artículo 27).
- c) Queda proscripto —salvo autorización expresa del interesado—, grabar o conservar en soportes informáticos datos nominativos que directa o indirectamente se refieran a creencias políticas, filosóficas o religiosas; origen racial o filiación sindical de las personas (artículo 31, párrafo 1o.).²³
- d) Se establece el derecho de toda persona de acceder —demostrando su identidad— a consultar a los organismos encargados de la ejecución de los tratamientos automatizados, para conocer si los mismos contienen informaciones nominativas y, en tal caso, tomar conocimiento de éstas (artículo 34) —el que deberá vehicularse en formato fácilmente inteligible y corresponder al contenido de lo registrado (artículo 35, párrafo 1o.)—.
- e) El titular del derecho de acceso podrá exigir que las informaciones inexactas, incompletas, equívocas, obsoletas o aquellas cuya recolección, utilización, comunicación o conservación hubiesen sido prohibidas, sean rectificadas, completadas, aclaradas, actualizadas o suprimidas (artículo 36, párrafo 1o.).

22 La ley establece que nominativas son aquellas informaciones "que permitan bajo cualquier forma, directa o indirectamente, la identificación de personas físicas, tanto si el tratamiento es efectuado por personas físicas o por personas morales" (artículo 4o.).

23 Podrá salvarse dicha prohibición por motivos de "interés público", a propuesta o por autorización de la Comisión (por decreto del Consejo de Estado) —artículo 31, párrafo 3o.—. Asimismo, el artículo 33 establece que las disposiciones del artículo 31 (y las de los artículos 24 y 30), no se aplicarán a las informaciones nominativas tratadas por los organismos de la prensa impresa o audiovisual, en el marco de las leyes que les afectan y en los casos en que su aplicación tuviera por efecto la limitación del ejercicio de la libertad de expresión.

F. Suecia

No sería justo dejar fuera de este breve señalamiento a Suecia, pues la *Datalag*, de 11 de mayo de 1973, además de haber sido el primer antecedente legislativo nacional²⁴ en Europa, ha ejercido una enorme influencia en el contexto de tal continente. Cabe recordar que fue objeto de una modificación por Ley de 1 de julio de 1982 (sobre recolección de datos).

Entre sus disposiciones, merecen destacarse: la creación de la Inspección de Datos (para controlar la utilización informática de la información personal); la exigencia de autorización previa para la creación de bancos de datos; la proscripción de procesar juicios valorativos sobre las personas; etcétera.²⁵ Ya en punto al marco constitucional, corresponde mencionar la inclusión expresa del resguardo a la intimidad personal en relación con el tratamiento de datos personales en el artículo 3o. de la Constitución de dicho país (revisión de 1990).

G. Otros países europeos

Ejemplificativamente,²⁶ mencionamos que existen leyes protectivas de los datos personales frente al uso de la informática, en los siguientes países: Austria (Ley 565 de 18 de octubre de 1978); Bélgica (Ley de 8 de diciembre de 1992); Dinamarca (leyes 293 y 294 —ambas de 8 de junio de 1978— sobre registros privados y registros de la administración pública, respectivamente);²⁷ Gran Bretaña (*Data Protection Act*, de 1984); Irlanda (Ley de 1988); Islandia (Ley núm. 63 de 1984); Italia (Ley núm. 121 de 1 de abril de 1981);²⁸ Luxem-

24 Pues la Ley del *Land* de Hesse, si bien anterior, correspondía a uno de los estados de la República Federal alemana.

25 Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, *supra*, nota 20, pp. 130 y 131.

26 Véase —*inter alia*— Mario Losano, en Losano, Pérez Luño y Guerrero Mateus: "Libertad informática y leyes de protección de datos personales", *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 21, 1989, pp. 64 y 65; Lazpita Curtubay, María, "Análisis comparado de las legislaciones sobre protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea", *Informática y Derecho*, núms. 6 y 7, pp. 397-420.

27 Tal normativa fue modificada en 1987 para tornar más vasto el derecho de los sujetos de acceder a los datos, y en 1991, simplificándose el control de los ficheros públicos. Cfr. Lazpita Curtubay, *Informática y Derecho*, núms. 6 y 7, p. 406.

28 Si bien no es una ley específica en la materia, pues se trata del nuevo ordenamiento de la administración de la seguridad pública, contiene en sus artículos 6 a 12 una serie de prescripciones atinentes a la protección de los datos personales procesados por las autoridades policiales. Véase Losano, Mario, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 65.

burgo (Leyes de 30 de marzo de 1979 y 31 de marzo de 1979); Noruega (Ley 48 de 9 de junio de 1978); los Países Bajos (Ley sobre ficheros de datos personales de 1989);²⁹ Suiza (Directivas del Consejo Federal sobre el procesamiento de datos por los entes federales, de 16 de marzo de 1981); y, también, Finlandia, etcétera. A nivel constitucional, y además de las reseñadas, mencionamos a la Constitución de los Países Bajos (de 1983, artículo 10), de Hungría (de 1989, artículo 59.1), etcétera.

2. En América³⁰

A. Estados Unidos de América

Como antecedentes interesantes en ese país, podemos ubicar: La 'Privacy Act' de 1974 y la 'Freedom of Information Act' (del mismo año), para proteger (y operativizar) el derecho a la intimidad (*privacy*) y, paralelamente, impedir la manipulación abusiva de las informaciones.

Asimismo, la 'Freedom of Information Act' de 1986, que también contiene prescripciones relativas a la revelación de informaciones y a la regulación del derecho de acceso, rectificación o complementación de los registros informáticos.³¹

B. El derecho iberoamericano

¿Cómo se ha resuelto la cuestión en el derecho iberoamericano comparado?

Existen distintas soluciones. Vamos a referirnos a las previsiones constitucionales. Es decir, no ingresaremos en el derecho infraconstitucional, porque sería introducirnos en una esfera que escapa al

²⁹ Denominada *Wet Persoonregistraties*. Cfr. Lazpita Gurtubay, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 407.

³⁰ No incluimos a Canadá como acápite expreso dentro de esta enunciación; sin embargo, juzgamos importante mencionar el dictado en tal país, de la *Privacy Act* de 1982.

³¹ Dichos precedentes se mencionan sólo enunciativamente, pues existe una serie de dispositivos normativos sobre el particular, *v. gr.* La *Fair Credit Reporting Act* (1970), *The Family Education Rights Act* (1974), *The Electronic Fund Transfer Act* (1978), *The Privacy Protection Act* (1980). Véase Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 125 y ss.

objeto de este breve señalamiento; simplemente, nos abocaremos a presentar el instituto del *habeas data*, con un doble propósito: visualizar de dónde surge la garantía establecida por el artículo 43, 3er. párrafo de la Constitución nacional (de la República Argentina) y compararla con otras soluciones constitucionales latinoamericanas.

Para cumplir con el objetivo impuesto, hemos fragmentado el presente tema en dos partes:

- a) El derecho a la protección de los datos personales (artículo 31 de la Constitución guatemalteca y 15 de la Constitución colombiana), y
- b) Concretamente, el *habeas data* (artículo 50. LXXII de la Constitución brasileña; artículo 135 de la paraguaya; artículo 200, inciso 3o. de la peruana, y artículo 43, párrafo 3o. de la argentina).

¿Por qué nos referimos globalmente al derecho a la protección de los datos personales, por un lado, y al *habeas data* por otro? No nos estamos fijando en una cuestión de tipo cronológico, de aparición en la normativa constitucional, porque si utilizáramos el parámetro cronológico, tendríamos que comenzar por la Constitución brasileña del año 1988, que fue la primera que abordó la cuestión del *habeas data* en nuestro derecho iberoamericano. Lo hemos dividido así, con fines didácticos, por cuanto en la previsión constitucional se privilegia uno u otro aspecto. En la protección de datos personales se está focalizando concretamente el derecho, en cambio cuando hablamos de *habeas data* se está poniendo énfasis en la acción. En algunos casos se va a denominar "proceso constitucional" y en otros, "acción de garantía" o, simplemente, "garantía".

Movámonos, entonces, hacia los textos constitucionales:

a. El acento sobre el "derecho"

La Constitución guatemalteca, en su artículo 31, dice:

Acceso a archivos y registros estatales: Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales de los partidos políticos.

La Constitución colombiana —del año 1991— en su artículo 15, primer párrafo, reza:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

El 2o. párrafo de tal norma dispone: “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

De la lectura de ambos textos (guatemalteco y colombiano) podemos entresacar las ideas liminares de lo que es el *habeas data*. Facilita la operativización del derecho del interesado por conocer qué informaciones personales, es decir, qué datos acerca de aquél están contenidos en archivos o bancos de datos públicos o privados. Después de conocida la información no permanece estático, sino que potencialmente puede instrumentar lo que se denomina en doctrina el “derecho de intervención” sobre la información a la que se accedió.

El derecho de acceso estaría dado por la posibilidad de conocer qué información personal consta en el registro o archivo, y el derecho de intervención sería un paso sucesivo que habilita a modificar, actualizar y rectificar esa información accedida.

Sentados los lineamientos básicos del instituto del *habeas data*, nos referiremos sucintamente a la diferencia que fluye entre las constituciones guatemalteca y colombiana: la primera centra su atención solamente en la protección de la información obrante en archivos, fichas y registros estatales; en cambio, la de Colombia ofrece una protección mayor, pues no solamente se detiene en los bancos de datos y archivos públicos, sino que también incluye en su propósito tuitivo a la información almacenada en los de las entidades privadas.

Existe otra diferencia en cuanto al alcance del derecho a la intervención sobre el dato. En la Constitución guatemalteca se habla de conocer la finalidad con la que se acopia la información, permitiendo su corrección, rectificación y actualización. En el caso de la colombiana se hace referencia a la posibilidad del interesado de conocer, actualizar y rectificar las informaciones. Tales preceptos provocan alguna observación de nuestra parte. Creemos que en ambos se ha incurrido en sendas redundancias: en la de Guatemala porque corrección y rectificación poseen una connotación semántica equivalentes.

te; equivalencia de la que no escapa el término actualización, que —de algún modo— supone una corrección. A su turno, entendemos que el texto colombiano debió emplear sólo los verbos conocer y rectificar las informaciones, dado que —como anticipáramos— el verbo actualizar denota que tal acción será ejercida sobre información desactualizada, es decir actualmente errónea y susceptible de corrección.

Por último, hay un avance de la Constitución guatemalteca en relación con la colombiana, cuando en el párrafo final del artículo 31 aquella dice: "Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos". La previsión opta por formular —como principio— una prohibición genérica en relación con los registros y archivos de filiación política, dispensándose una capa tuitiva más densa en relación con dicho tipo de información que es considerada de "alta sensibilidad", dentro de la que podríamos incluir a aquellos datos nominativos referidos a la religión, raza, preferencia sexual, filiación ideológica, etcétera. Volviendo a la Constitución de aquel país mesoamericano, se confiere una protección general que involucra solamente a los datos de filiación política, con excepción hecha, por supuesto, de los registros o archivos de las autoridades electorales y de los partidos políticos, solución que nos parece correcta porque de lo contrario, bajo el pretexto de proteger un derecho constitucional personal (para evitar un uso discriminatorio de la filiación política de un sujeto), se estaría vulnerando otro dispositivo de gran importancia para el sistema democrático como sería el normal funcionamiento de los partidos políticos y del mecanismo electoral.

Permítasenos una digresión: no es casualidad que la Constitución de Guatemala se haya preocupado por deparar cobertura tuitiva a la información personal, pues en éste como en otros aspectos, la mencionada carta fundamental ha brindado soluciones de avanzada en el contexto del derecho iberoamericano comparado cuando de proteger a los derechos humanos se trata. Bástenos por ahora como muestra, con recordar la prescripción de su artículo 44, párrafo 3o., que dispone: "Serán nulas *ipso iure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza". Asimismo, su artículo 46 reza: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". Esta última norma propone un esquema similar al fijado

por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución argentina, con la sola diferencia de que —al parecer— el dispositivo guatemalteco ha ido más allá que nuestra carta fundamental al no fijarle cortapisa alguna a la preeminencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de la normativa interna —en la que quedaría incluida la propia Constitución de ese país—, con lo que en la hipótesis de colisión entre un tratado y la carta magna, debería privilegiarse a aquél sobre ésta.

b. Énfasis en la "acción"

Ahora nos detendremos en el *habeas data*. Y, ¿por qué razón utilizamos la expresión *habeas data*? Sencillamente porque las normativas constitucionales de Brasil, Paraguay, Perú y Argentina, han focalizado su atención en la *acción*. Tanto en Brasil, cuanto en Paraguay y Perú, se habla literalmente de *habeas data*; en la República Argentina, aun cuando se alude recurrentemente a que el artículo 43, párrafo 3o., de nuestra Constitución ha consagrado el *habeas data*, el texto constitucional no utiliza literalmente aquella expresión. Pasemos revista, entonces, a los preceptos anunciados:

- a) La Constitución de Brasil —de 1988— fue la primera en incluir en su texto a la acción de *habeas data*; es más, algunos autores brasileños autoarrogan a dicho país la originalidad en cuanto al bautismo de esta acción, sosteniendo que el *habeas data* es un *writ* constitucional autóctono. Así, se ha dicho que: "El *habeas data* es creación indígena, propiamente nuestra. No tiene un similar específico en el derecho comparado, donde se pueden vislumbrar remedios genéricos que tutelan esa cuestión, mas nunca un remedio determinado, relacionado directamente con la problemática del banco de datos frente al ciudadano".³² Justo es reconocer, entonces, que la Constitución de Brasil fue la primera que receptó el instituto y utilizó la terminología de *habeas data*.

Nótese que decimos *writ*, que significa mandamiento constitucional, y no *right*, que corresponde a la palabra derecho. Dicha fórmula —la de los mandamientos— no es ajena a nuestro derecho público provincial argentino comparado, ya que existen

³² Ackel Filho, Diomar, *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, p. 115.

en forma de mandamientos de prohibición y de ejecución, en las constituciones de Río Negro (de 1988), Chubut (de 1994), etcétera.

En el caso brasileño, lo que pretende proteger este *writ* es un *right*, el *right to privacy* es decir, el derecho a la intimidad.

Dice la Constitución de dicho país (en su artículo 5o., LXXII): Se concede el *habeas data* [se trata de un *habeas data* bifocal, o sea, para cumplir una doble finalidad]:

"a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público" [vemos nuevamente la limitación: se trata de registros o bancos de datos de carácter gubernamental³³ o público, entendiéndose por público el que de modo habitual brinde información —publicidad— a terceros; de ello se deduce que la previsión excluye a los registros o bancos de datos privados]; y

"b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo"; es decir, se extrae por exclusión la forma de operativizar procesalmente el *habeas data* correctivo o rectificatorio (es decir, el subtipo de *habeas data* previsto en el artículo 5o. LXXII, ap. 'b', que será utilizado cuando el interesado no prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo.

Por otra parte, es importante recalcar la primera parte del artículo, cuando reza que el *habeas data* se concede: "para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante" [énfasis propio]. Se patentiza una suerte de razonable limitación (que vamos a ver reproducida en nuestra Constitución nacional), por cuanto el único sujeto legitimado para conocer una determinada información es —en principio— el propio interesado, debiendo tratarse de sus datos personales.

b) En el caso de Paraguay, el artículo 135 de su Constitución consagra expresamente la garantía de *habeas data* (en la parte I, título II, capítulo XII),³⁴ diciendo:

³³ Entidades gubernamentales son todos los organismos públicos o sujetos al control público; órganos de la administración directa del Poder Ejecutivo, entidades autárquicas, empresas públicas, sociedades de economía mixta; y, según Ackel Filho (a quien seguimos en la precedente apreciación) quedarían incluidos como potenciales legitimados pasivos, los poderes Legislativo y Judicial. Véase Ackel Filho, Diomar, *op. cit.*, p. 123.

³⁴ La parte I se titula: de las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías; el título II lleva por nombre: de los derechos, de los deberes y de las garantías; y el capítulo XII se denomina: de las garantías constitucionales.

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

Entonces, concede la moderna Constitución paraguaya —del año 1992— el derecho de acceso a la información a los efectos de conocer cuál es el uso o la finalidad para los que se acopian los datos personales del interesado, pudiendo éste solicitar la actualización, rectificación e, inclusive, la destrucción de los mismos.

Una aclaración importante acerca de la normativa constitucional paraguaya: por una parte, no se detiene sólo en la protección atinente a la información acerca de los derechos extrapatrimoniales del individuo, sino que, también, ofrece resguardo a la conectada con sus intereses patrimoniales. Paralelamente, ofrece cobertura a los datos contenidos en los registros oficiales y en los privados (distinguiéndose, en el particular, de la preceptiva del Brasil).

- c) En la norma básica del Perú de 1993 (artículo 200, inciso 3o.), puede leerse: “La acción de *habeas data* procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos consagrados en el artículo 2o., incisos 5, 6 y 7”.

Obviamente, existe una protección más densa pues potencia la acción de *habeas data* al declararla articulable contra cualquier autoridad, funcionario o persona. Es decir, que no limita la posibilidad de incoar esta “acción de garantía” contra archivos o bancos de datos públicos, sino que también envuelve a los privados. Además, el *habeas data* es procedente contra todo hecho u omisión.

El último tramo de la norma establece como hipótesis que esa acción u omisión vulnere o amenace los derechos consagrados en el artículo 2o., incisos 5, 6 y 7. Ilustrativamente, recordamos que el inciso 5 establece el derecho a obtener información —en el plazo legal— de cualquier entidad pública, con excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las expresamente excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. El inciso 6 fija el derecho a que los servicios informáticos —computarizados o no, públicos o privados—, no

suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Por último, el inciso 7 brinda protección jurídica al derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias y al derecho de respuesta.

Huelga poner de relieve que se ha hipertrofiado al *habeas data*, incluyendo en su seno al derecho de réplica, rectificación o respuesta. Tal exceso normativo impuso posteriormente la necesidad de arrancar este derecho de las entrañas del *habeas data*, a través de una enmienda constitucional que se concretó recientemente y que se plasmó en la Ley núm. 26.470, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de junio de 1995.

- d) Mediante la reciente reforma constitucional argentina (que entrara en vigor el 24 de agosto de 1994) y dentro de un cúmulo de profundas modificaciones, se incluyó esta nueva garantía, disponiendo:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, verificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

En este punto nos limitaremos a citar el texto constitucional, dejando planteada la cuestión y tendiendo el puente hacia el tema que abordaremos seguidamente: el *habeas data* en la reforma constitucional argentina.

V. EL *HABEAS DATA* EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

1. *La impronta de la reforma en el contexto de las garantías procesales*

Una de las profundas modificaciones implementadas por la reforma constitucional de 1994 al texto de 1853/60, consistió en la introducción expresa de las garantías procesales. Como es sabido ni el amparo³⁵ ni el *habeas data* estaban contenidos en el texto consti-

³⁵ A nadie escapa que el amparo en el orden federal fue una creación pretoriana; al efecto, basta mencionar los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

tucional y el *habeas corpus* tampoco estaba previsto explícitamente, si bien algunos inferían su existencia del texto del artículo 18 de la Constitución nacional. Entonces, a lo largo del nuevo artículo 43 se delínean las distintas garantías deparadas por el reformador de 1994. Dicho precepto consta de cuatro párrafos, a saber:

- El primero se refiere al amparo individual o genérico, que sigue los lineamientos del amparo clásico establecidos en “Siri” y “Kot” y sus complementaciones legislativas posteriores, además de algún dejo de la propia “Ley de la Rúa” sobre *habeas corpus* (núm. 23.098, artículo 6o.) al permitir la declaración judicial de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.
- El segundo, al amparo colectivo, es decir a la posibilidad de articularlo frente a cualquier forma de discriminación y, en lo atinente a los derechos de incidencia colectiva o intereses difusos, acordando legitimación al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones legalmente registradas.³⁶
- El tercero se ocupa del *habeas data*, y
- El cuarto diseña los perfiles del *habeas corpus*.

Hemos juzgado conveniente realizar la introducción precedente, pues cuando comenzamos a leer el 3er. párrafo del artículo 43, éste dice: “Toda persona podrá interponer esta acción”. ¿A qué acción se refiere? Obviamente, a la de amparo. Inclusive, podemos afirmar que el *habeas data* constituye una especie del género amparo, pero con ciertas particularidades que hacen que no todas las disposiciones normativas relativas a aquél sean lineal e indiscutidamente trasladables a la figura del *habeas data*.³⁷

recaídos en los casos “Siri”, de 1957 (amparo contra actos de autoridad), y “Kot”, de 1958 (amparo contra actos de particulares). En este breve señalamiento no puede quedar fuera una referencia a dos etapas de la vida institucional del amparo: en primer lugar, su recepción legislativa (a través de la Ley Nacional núm. 16.986 de 1966, que prescribió el amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas) y, en segundo término, una reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —producida en 1968— que operativizó el amparo contra actos u omisiones de particulares.

³⁶ No exentos de cierta suspicacia, podríamos preguntarnos por qué razón no se incluyó al Ministerio Público en la lista de legitimados activos contenida en el artículo 43, pfo. 2o., de la Constitución nacional. Se trata de una sugestiva omisión, *vis-à-vis* la tarea que se le ha deferido en el artículo 120, *ibidem* al aludido órgano extrapoder, cual es —entre otras funciones— la de promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad.

³⁷ Por ejemplo, si en la lucha dialéctica acerca del carácter subsidiario o no subsidiario del amparo, resultase vencedora la interpretación que le acuerde carácter excepcional a aquél,

2. De la legitimación pasiva

El texto constitucional relativo al *habeas data* ha sido objeto de muchas críticas por parte de la doctrina, porque según algunos es un texto incompleto; otros afirman que se ha avanzado más de lo que se debió avanzar; hay quienes sostienen que de la disposición constitucional surgirían más interrogantes que certezas y, por último, los hay que no terminan de comprender cuáles serían el fundamento y el alcance de la excepción prevista al progreso de la acción, cuando establece que "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". Sin perjuicio de tales críticas, sobre las que volveremos más adelante, no compartimos la solución constitucional cuando deja fuera del radio de acción del *habeas data* a los archivos o bancos de datos privados no destinados a proveer informes. De cualquier modo, confiamos en que la *praxis* jurisprudencial abrirá la posibilidad de articular la acción cuando un archivo o banco de datos de tal naturaleza ocasione (por acción u omisión) algún tipo de perjuicio al afectado.

En principio, en la Comisión de Nuevos Derechos de la Convención Constituyente de 1994 no se hacía alusión a que quedarían incluidos sólo los archivos o bancos de datos privados destinados a proveer informes. Tal agregado se debió a una propuesta de la convencional Adelina Dalesio de Viola (obviamente, aceptada), quien sustentaba su posición en la necesidad de conferir cobertura protectora a los archivos científicos, periodísticos o de investigación, es decir, aquellos que no fueran empleados para prestar servicios sino como recopilación de documentos.³⁸

No obstante tal limitación, coincidimos con Sagüés³⁹ cuando afirma que el *habeas data* es procedente contra un archivo o banco de

nos expedimos por no trasladar tal pretendida calidad al *habeas data*, pues entendemos que el derecho de acceso a los registros, ficheros y/o bancos de datos que contengan información personal del afectado, no debiera ser blanco de tales cortapisas.

³⁸ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, "El amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus* en la reforma de la Constitución Nacional", *La reforma de la Constitución (explicada por miembros de la Comisión de Redacción)*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 159.

³⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 4a. ed. ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 680.

datos privados que, aun cuando de hecho no provea informes, esté destinado a producirlos.

3. *Acerca de la legitimación activa*

Precedentemente, al abordar el tema de los archivos o bancos de datos contra los que potencialmente podría articularse un *habeas data*, nos introdujimos en un problema complicado, que es el de la legitimación procesal. En tal caso, nos referíamos a la legitimación pasiva. Corresponde analizar ahora —rápidamente— la cuestión de la legitimación activa, es decir responder al interrogante que plantea el *quién* puede articular la acción. ¿Sólo las personas físicas o también las jurídicas? Y, en caso de conceder habilitación no sólo a las personas de existencia visible, aquélla ¿será acordada sólo a las personas jurídicas legalmente constituidas o, también, a las sociedades de hecho? ¿Habrá querido el Constituyente crear una suerte de "*habeas data* colectivo"? ¿Estará habilitado el defensor del pueblo para articularlo por un determinado afectado (haciendo extensiva la previsión del artículo 43, párrafo 2o. de la Constitución)? Y así podríamos continuar elucubrando sobre innumerables hipótesis, pero para dar homogeneidad a este apartado, nos limitaremos a brindar nuestra opinión acerca de los interrogantes esbozados.

Como principio general, nos parece que el propio texto constitucional despeja toda duda, pues al decir "toda persona" pareciera que la norma quiere abrir el abanico de posibilidades a las personas físicas y a las jurídicas (*cfr.* artículos 30, 31, 32, 33 y del Código Civil), sin establecer distinciones limitativas al respecto. Respecto a los entes de hecho, creemos que también estarían legitimados, pues no nos parece justo que se "legitime" una utilización discriminatoria o abusiva de información en detrimento de aquéllos, por la sola razón de que no se encuentren constituidos legalmente; conforme con nuestro criterio, una interpretación contraria al derecho de tales entes sería privilegiar ápices formales sobre derechos sustanciales que exigen resguardo jurídico.

Por otra parte, nos parece que la acción sólo podría ser articulable por el *afectado* (titular de los datos personales o, para el caso de que se tratare de un incapaz, la legitimación se desplazaría hacia su representante legal),⁴⁰ por lo que contestamos negativamente al inte-

40 O, quizás, como veremos *infra*, a los herederos del causante.

rrogante que plantea Pucinelli⁴¹ en el sentido de facultar, además del afectado, al defensor del pueblo y a otras asociaciones (utilizando como soporte la previsión del artículo 43, párrafo 2o. de la ley fundamental) en los casos de discriminación y en lo atinente a derechos de incidencia colectiva. Es que el párrafo 3o. (*ibidem*) marca con claridad que el *habeas data* es articulable por "toda persona con el objeto de tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad", lo que obturaría la hipótesis planteada por aquel autor.

Con el solo efecto ilustrativo mencionamos que algunos autores⁴² han llegado inclusive a plantear la posibilidad de existencia de una especie de "*habeas data* colectivo" (enlazando los párrafos 3o. y 2o. del artículo 43), en los supuestos de discriminación; hipótesis que, conforme con nuestro criterio, exigirá un análisis profundo respecto de su viabilidad pues —como señalábamos— la propia norma específica regulatoria del *habeas data* pareciera concederlo exclusivamente al afectado y para resguardar sus propios intereses e informaciones personales (salvo el preanunciado supuesto de actuación del representante legal de un incapaz y el que inmediatamente esbozaremos); además, y hablando de discriminación, no nos persuade la idea de transfundir indiscriminadamente al *habeas data* todas las características morfológicas y normativas del amparo, pues reivindicamos la exigencia del respeto por las peculiaridades y especificidades de aquél. Es que, sin desdeñar genealogías, consideramos que un trasvase total del amparo al molde del *habeas data* nos conduciría a predicar la esterilidad teológica y funcional del tercer párrafo del artículo 43 constitucional.

Una interesante arista del problema —que sólo deseábamos anunciar aquí— es la de si la acción podría ser articulada por los causahabientes de la persona a quien corresponde la información. Sin pretender agotar el tratamiento de la cuestión, pensando en voz alta (y escribiendo en voz baja), nos parece que sí estarían legitimados para acceder a los datos y, posteriormente, intentar rectificarlos o suprimirlos si fuesen erróneos, o someterlos a un halo de confidencialidad; ello, como modo de operativizar el derecho a defender la dignidad, el honor y la memoria del causante (habilitando, ¿por qué no? la preservación de una suerte de intimidad *post mortem*). *Mutatis*

41 Pucinelli, Oscar, "Reflexiones ante la inminente reglamentación del *habeas data*", *Boletín Informativo*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XIII, núm. 134, junio de 1997, p. 9.

42 *Ibidem*; Palazzi, Pablo A., "El *habeas data* en la Constitución nacional (La protección de la privacidad en la 'era de la información')", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 5.964, 20 de diciembre de 1995, p. 13.

mutandi y respecto de la LORTAD, Orozco Pardo⁴³ se expide por la procedencia de una hipótesis de tal tenor, sosteniendo que la sucesión opera básicamente en el campo patrimonial pero también en todas aquellas acciones y derechos encaminados a la protección de valores o bienes esenciales del *de cuius*; cita el ejemplo de la facultad que asiste a los sucesores a defender los derechos en el ámbito moral (al modo como lo hace la Ley de Propiedad Intelectual) como el respeto a la autoría o integridad de la obra intelectual. Concluye afirmando que, si eso es así con respecto a un bien personal (aunque no constituya el núcleo de un derecho fundamental), cuánto más lógico sería postular que los sucesores del difunto quedan legitimados para ejercitar los derechos contemplados en la LORTAD en defensa de la dignidad, el honor y la privacidad de aquél.

4. De la carga de la prueba y de los extremos a acreditar

Otra de las aristas problemáticas del tema estriba en si media o no obligación del interesado de acreditar que la información es discriminatoria o falsa. Además, ¿deberá probar la existencia de un perjuicio como condición *sine qua non* para la procedencia de la acción? Haciendo aplicación literal del género del que se desprende el *habeas data* (nos referimos al amparo) la respuesta debería ser afirmativa, pues el párrafo 1o. del artículo 43 (al diagramar el amparo genérico) alude a que la interposición de la acción quedaría habilitada frente a cualquier "acto u omisión de autoridades públicas o privadas que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, *con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*". Una aplicación irrestricta de exigencias del amparo al *habeas data* importaría, entonces, la demostración de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Sagüés⁴⁴ pareciera optar por tal interpretación, al sostener que "el promotor del *habeas data* deberá alegar, para tener buen suceso, que los registros del caso incluyen información que es inexacta, o que puede provocarle discriminación". Disentimos con el profesor rosarino, pues nos parece que para poder alegar que el archivo o banco de datos contiene información discriminatoria o inexacta, es menester —previamente— conocer qué datos personales del afectado posee el mismo. ¿Cómo puede saber el interesado si hay inexactitud de una información

⁴³ Orozco Pardo, Guillermo, "Los derechos de las personas en la LORTAD", *Informática y Derecho*, núms. 6 y 7, p. 196.

⁴⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 3.

que no conoce? Para aclarar la cuestión nos parece conveniente recordar que, a nuestro juicio, el artículo 43, párrafo 3o. establece dos "momentos" en el ejercicio del *habeas data*: en primer lugar, fija el derecho de "acceso" a la información ("para tomar conocimiento de los datos y de su finalidad"), donde lo único que deberá acreditar el interesado es, precisamente, ser el titular de la información; y, en segundo orden, una vez conocida la información personal almacenada, se abre la válvula para la segunda posibilidad del interesado, que consiste en el derecho de "intervención" sobre la información ("exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización"). En esta hipótesis (interventiva) quizás sí sea menester que el afectado alegue y acredite la falsedad o el uso discriminatorio de la información (o la arbitrariedad o la ilegalidad como pautas de habilitación del amparo genérico), pero nunca antes de tener acceso a los datos, ya que mal puede acreditar algo que no le consta.

Ya en relación con la acreditación del "perjuicio", coincidimos con Sagüés⁴⁵ en cuanto a que en los casos de discriminación, el perjuicio es anejo a las hipótesis de tal naturaleza (o, al menos, está en estado de latencia), por lo que si las invoca, el afectado deberá probar el perjuicio; mas en lo atinente a la falsedad, no hará falta que el interesado compruebe que de la misma se desprende algún tipo de agravio en su contra.

Por otra parte, la obligación del interesado de acreditar la falsedad de la información sería procedente para viabilizar los casos de rectificación o actualización, pero no en el de confidencialidad, pues en este supuesto la voluntad del afectado se trasuntaría en un intento por mantener en reserva un determinado dato personal que no es falso, sino verdadero, pero cuya divulgación podría aparejarle un detrimento patrimonial o extrapatrimonial. Algo similar podría ocurrir con un caso de supresión de un dato personal, que no resulte falso pero sí inconveniente o de utilización potencialmente peligrosa en demérito de su titular.

Además, y como modo de lograr un equilibrio de los valores en juego (de "registrantes" y "registrados", ya que aquellos titularizan un legítimo derecho de almacenamiento de información), debería pausarse que el derecho de acceso a los archivos, registros o bancos de datos (y potencial intervención sobre estos últimos), fuera ejercido por el interesado dentro de determinados intervalos razonables;⁴⁶ es

45 *Ibidem*.

46 Por ejemplo, la LORTAD ha establecido que el derecho de acceso para conocer

decir, que se erija una limitación temporal para evitar el uso abusivo de la figura y su segura desnaturalización.

Otro punto que nos parece criticable de la redacción constitucional es haber incluido como potenciales hipótesis distintas de intervención sobre la información, a la rectificación y a la actualización. Nos parece una redundancia, pues hubiese bastado con establecer el caso de rectificación, ya que éste subsumiría al restante. Es que si una información no está *aggiornada* (es decir, no está actualizada), es una información incorrecta y susceptible de rectificación (en este caso, por vía de su actualización).

5. Sobre el bien jurídico protegido

Uno de los pliegues de este tema que ha provocado alguna polémica doctrinaria, es el del bien jurídico protegido por el *habeas data*. Algunos dicen que es la intimidad; otros, la privacidad; hay quienes sostienen que es el derecho a la imagen; los hay quienes piensan que es el derecho a la identidad. Afrontamos una discusión respecto de la que tampoco arroja luz el debate en el seno de la Convención Constituyente de 1994 ni la propia letra del artículo 43, párrafo 3o. de la Constitución nacional, pues de un análisis literal de esta última pareciera que los bienes jurídicos a tutelar serían, además del derecho a la información,⁴⁷ y luego de haber accedido a ella, el derecho a la verdad y a la igualdad,⁴⁸ en tanto dice la norma que, en caso de falsedad o discriminación se podrá exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos.

Nos parece que estaríamos brindando una respuesta parcial si pensáramos que el *habeas data* protege solamente la intimidad o la privacidad con el alcance, digamos, "clásico" de tales conceptos, concebido intelectualmente en el vientre del opúsculo de Warren y Brandeis⁴⁹

los datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados, sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce (12) meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo, en cuyo caso el ejercicio de tal derecho podrá concretarse con una asiduidad que perfore dicho parámetro temporal (artículo 14.3).

47 Pues la primera parte de dicho párrafo del artículo 43 constitucional refiere que toda persona podrá interponer esta acción "*para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad*" (las cursivas son nuestras).

48 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, *supra* nota 39, p. 681.

49 Warren, Samuel y Louis Brandeis, "The right to privacy", *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890. Para su versión en castellano véase Pendás, Benigno y Pilar Baselga, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1995.

—publicado en 1890—, cuando tales autores definieron la *privacy* (intimidad) como “el derecho a ser dejado solo (o a solas)” (*the right to be let alone*). Creemos que hay que dar paso a un nuevo derecho, a un nuevo perfil de cobertura más amplia, que es el derecho a la autodeterminación informativa.

Conforme con nuestro criterio, el *habeas data* brinda cauce de tutela a la “libertad informática”, que da pie a la existencia de un derecho autodeterminativo que va ganando adeptos en la doctrina y jurisprudencia europeas, a partir de una señera sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán⁵⁰ seguida luego por varias de las distintas leyes que se han dictado en materia de protección de datos. Para entender cómo funciona, ilustrativamente utilizamos una suerte de *test* para responder a un triple interrogante: el qué, el quién y el cómo:

- El qué: qué tipo de información pretendemos que de nosotros se conozca.
- El quién: a quién deseamos proporcionar esa información, nuestra información; porque no debemos olvidar que estamos hablando de datos personales, no de una información genérica o neutra.
- El cómo: en qué hipótesis o circunstancias brindar aquella información personal.

50 Si bien existe consenso generalizado en resaltar la importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe (dictada el 15 de diciembre de 1983 y que trataremos *infra*), en la delineación fisonómica del derecho a la autodeterminación informativa, Denninger formula algunas reservas, sosteniendo (según palabras de Pérez Luño) que: “ni el objeto, ni la denominación del derecho a la autodeterminación informativa pueden considerarse como un invento del Tribunal Constitucional Federal alemán. En lo que atañe al objeto, porque se trata del resultado de una larga evolución jurisprudencial dirigida al reconocimiento y elaboración del derecho general a la personalidad; y en lo tocante a la terminología porque esta expresión había sido utilizada por la doctrina jurídica alemana a partir de 1971. Sin embargo, Denninger reconoce que la sentencia ha supuesto una contribución muy valiosa para la garantía jurisdiccional de la protección de los datos personales, así como para la concreción del derecho a la autodeterminación informativa, entendido como el presupuesto para el funcionamiento de los sistemas informatizados de tratamiento de datos en un Estado de derecho, inspirado en los principios de la libertad y la democracia”. Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “La defensa del ciudadano y la protección de datos”, *Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública*, Oñati, Herri-Andurialar, Zaren Euskal Erakundea, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Administración y Autonomía, 1986, p. 61. El autor y el trabajo citados por Pérez Luño se ajustan al siguiente detalle: Denninger, Erhard, “Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und inhere Sicherheit”, *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat. Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte im Computerzeitalter*, Actas del Symposium celebrado en Wiesbaden del 3 al 5 de septiembre de 1984, Wiesbaden, RFA, Hessendienst der Staatskanzlei, 1984, pp. 291 y ss.

En el caso comentado, el Tribunal Constitucional alemán (en sentencia de 15 de diciembre de 1983) declaró parcialmente inconstitucional (es decir, violatoria de la *Grundgesetz*) a la Ley del Censo de Población de 1982. Tal como lo expresa Pérez Luño, el mérito de dicho fallo reside en haber entendido al derecho a la intimidad como expresión del derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*); es decir, como una facultad de la persona de "decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida". Por tal razón, concluye el Tribunal germano que contrariaría a dicho derecho de autodeterminación informativa

un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él [...] Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos.⁵¹

Acertadamente, el autor citado expone que el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que el derecho a la autodeterminación informativa no es ilimitado, pues el ciudadano (a quien preferiríamos denominar, genéricamente, habitante) en un Estado social de derecho no posee una soberanía absoluta e irrestricta sobre "sus" datos, sino que habita en una comunidad en la que la comunicación y la información son imprescindibles, razón por la cual deberá aprender a convivir con ciertas limitaciones a su derecho a la autodeterminación informativa en aras de un preponderante interés colectivo.⁵² Resulta inocultable en tal constatación la vigencia de un insoslayable principio constitucional receptado en nuestra propia Constitución nacional (artículos 14, 28, etcétera).

Creemos que en el concepto de autodeterminación informativa quedaría englobada una serie de cuestiones y aquélla sería el verdadero bien jurídico a tutelar por el *habeas data*. En nuestro planteamiento, es la idea que deseamos someter a consideración del lector, pues entendemos que ha quedado superada la clásica formulación de la intimidad; porque si, como algunos sostienen, lo que se pretende proteger es la intimidad, quedarían fuera los derechos patrimoniales.

51 Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, *supra* nota 50, pp. 58 y 59.

52 *Ibidem*.

El bien jurídico sería exclusivamente extrapatrimonial, lo que no siempre es así. Habría que buscar alguna fórmula más genérica en la que quedaran subsumidas todas las hipótesis que pudieran presentarse y que podría ser (¿por qué no?) la facultad de autodeterminación informativa.

Asumimos que existen variados fundamentos para no adherir a la posición que sustentamos en el sentido de entronizar al derecho a la autodeterminación informativa como bien jurídico a proteger por el carril del *habeas data*. Sin perjuicio de ello nos parece que el derecho de intimidad —al menos como libertad negativa o de exigencia de no interferencia hacia una zona teóricamente inmune— resulta impotente para cubrir, por ejemplo, el derecho de una sociedad comercial (que, como vimos, tiene legitimación activa) para amparar la información que le atañe. Es que nos cuesta aceptar la existencia de un derecho a la intimidad en las personas colectivas, pues nuestra percepción (seguramente errada) nos lleva a vincular la intimidad con un valor extrapatrimonial e individualista que anida en la dignidad humana;⁵³ extrapatrimonialidad cuya presencia se dificulta en el accionar de una sociedad comercial que persigue fines de lucro.

Luego, se impone la pregunta: ¿Es que por razón de la mentada búsqueda de ganancia patrimonial se le negará la posibilidad de recabar protección (*habeas data* mediante) para sus lícitos derechos? Obturar su acceso a la justicia sería inicuo. Entonces, y para sortear un camino sin salida, ofrecemos como solución mudar la óptica respecto del bien jurídico tutelado mediante la garantía que concita nuestra atención. Nos desplazamos hacia una consideración del de-

53. Fernández Segado expone: "Estamos ante derechos con un inequívoco significado personalista, estrictamente vinculados a la propia personalidad y derivados sin duda de la dignidad de la persona. La vida privada íntima —afirma Sánchez Agesta— es como la atmósfera misma de la personalidad. Todos los derechos que la protegen tienen un carácter individualista, porque lo que en ella se respeta es precisamente la autonomía privada de la vida individual. Son, por eso mismo, los más clásicos y antiguos derechos de la libertad personal. [...] La titularidad de estos derechos [en referencia a los establecidos en el 18.1 de la Constitución española: al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen] es exclusivamente personal, esto es, sólo las personas físicas, españoles o extranjeros, parecen ser titulares de aquéllos. En esta misma dirección se ha reconocido, en relación con el derecho a la intimidad (Auto del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1985, en el que se asienta una doctrina que se acoge poco después en la STC 137/1985, de 17 de octubre), que, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo". Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 218 y 219.

recho a la autodeterminación informativa, cuyo ejercicio no sería descabellado atribuírselo inclusive a las personas jurídicas que, en el particular, estarían facultadas para decidir *per se* qué tipo de información interna darán a conocer, quedando habilitadas también para corregir, suprimir, actualizar, etcétera, la que consideren falsa, discriminatoria, vetusta, etcétera.

Para Ekmejdjian el problema es más lineal, evitando entrar en disquisiciones quizás crípticas como las que nosotros (seguramente por ineptitud) ensayamos; el citado autor asegura que las personas jurídicas tienen derecho a la intimidad, “aunque en menor grado —por supuesto— que las personas físicas. Así, por ejemplo, no tiene los denominados ‘datos sensibles’ ”.⁵⁴ Rivera, por su parte, añade que en el caso de las personas colectivas, el *habeas data* protege un derecho a la verdad sobre los datos sociales que se posean en un determinado registro y que hagan a la reputación, fama y buen nombre del afectado.⁵⁵ Estadella Yuste ha sostenido que la necesidad de dar protección a determinados secretos empresariales o a la confidencialidad de la información comercial no significa que pueda atribuirse a las personas jurídicas un derecho individual a la intimidad.⁵⁶

Con finalidad ilustrativa mencionamos que la jurisprudencia española,⁵⁷ al menos en una etapa reciente (a partir de la STC 107 de 8 de junio de 1988), va enderezándose a concebir el “derecho al honor” sólo en las personas individualmente consideradas.⁵⁸ Al respecto, la mentada sentencia sostuvo: “es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas”.⁵⁹

54 Ekmejdjian, Miguel Ángel, “El *habeas data* en la reforma constitucional”, *La Ley*, Buenos Aires, 1995-E, p. 949.

55 Cfr. la opinión vertida por Rivera, Julio César, en la Mesa Redonda: “Impacto de la reforma constitucional en la actividad empresaria”, Buenos Aires, Universidad Argentina de la Empresa, 25 de octubre de 1994; aludido por Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, p. 13.

56 Estadella Yuste, Olga, *op. cit.*, p. 37.

57 Cuyo ordenamiento constitucional carece de una norma como la que posee la Ley Fundamental de Bonn (artículo 19.3) conforme con el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas nacionales. Cfr. STC 137/1985 de 17 de octubre, *BOE*, núm. 268, de 6 de noviembre.

58 Cfr. Feliu Rey, Manuel Ignacio, “¿Tienen honor las personas jurídicas?”, *Colección Jurisprudencia Práctica*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 23.

59 *Idem*, p. 49.

Ya para finalizar y siguiendo con España, el Tribunal Supremo (Sala 1a.), en sentencia de 9 de febrero de 1989, ha dicho respecto de la intimidad:⁶⁰

Viene siendo doctrina pacífica la que entiende que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 18.1 de la Constitución tienen un significado eminentemente personalista, en el sentido de estar referidos a la persona individual. Tal interpretación está avalada por la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que desarrolla el precepto constitucional indicado y regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y así se deduce del empleo de la palabra 'persona' en el artículo 2o.; vida íntima de las personas en el artículo 7o., 1 y 2; vida privada de una 'persona' o familia, datos privados de las mismas o imagen de una persona, números 3, 4 y 5 del mismo precepto.

En cuanto al derecho al honor, en un aparte coincide con el criterio de la STC de 8 de junio de 1988. Idéntica ponderación han moldeado, *verbi gratia*, la sentencia de 23 de febrero de 1989 y de 12 de mayo de 1989 (ambas de la Sala 1a. del Tribunal Supremo).⁶¹

6. La excepción prevista

La parte que cierra el párrafo 3o. del artículo 43 de la ley fundamental argentina dice claramente que no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.⁶² Al respecto, y como sostuviéramos en otros trabajos⁶³ la excepción prevista nos parece formalmente criticable. En efecto, si lo que se pretendía tutelar con esta limitación era el secreto de la fuente, debió extenderse la inmunidad hacia otros sectores alcanzados por el secreto profesional: médicos, abogados, etcétera; contexto en el que nos parece acertada la observación de Quiroga Lavié,⁶⁴ cuando afirma que no sólo las fuentes de información periodística son merecedoras de tal protección constitucional, sino que la misma

⁶⁰ *Idem*, p. 32.

⁶¹ *Idem*, pp. 33, 35 y 36, respectivamente.

⁶² Agregado cuya autoría correspondió al convencional radical Antonio María Hernández [h.].

⁶³ "El *habeas data* después de la reforma constitucional", *El Derecho (temas procesales)*, Buenos Aires, 31 de agosto de 1995, pp. 54-58, especialmente pp. 55 y 56; y "El derecho y la protección de los datos personales ante el avance de la informática", *Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo*, San Juan, Argentina, año XX, núm. 26, 1996, pp. 105-131, en esp. pp. 124 y 125.

⁶⁴ Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, *supra* nota 38, pp. 161 y 162.

debió haberse hecho extensiva a todas las actividades en las que el secreto profesional estuviese involucrado: médicos, sacerdotes, abogados y demás actividades que por su naturaleza obligan a recibir informes reservados o secretos.

Por su parte, y ya entendiendo que la protección está dirigida a la libertad de expresión (para superar la tensión que sobre el particular podría plantearse entre ella y los bienes jurídicos protegidos por el *habeas data*), aparentemente la previsión se habría quedado a mitad de camino, al dejar fuera de la proscripción a los datos contenidos en los registros periodísticos, tal como lo anuncia Sagüés,⁶⁵ para quien la parte final del párrafo “no refiere, explícitamente, a la posibilidad de acceder, corregir o excluir los datos que obren en los registros periodísticos. Esto importa un grave error”.

Por lo expuesto, y conforme la redacción literal de la norma, ¿podría incoarse la acción de *habeas data* respecto de información obrante en archivos de medios periodísticos? A primera vista, y quizás *volens volens*, pareciera que sí, pero tal respuesta ¿no contrariaría el espíritu de la norma aparentemente protector de la libertad de expresión?

Y ya que hablamos de excepciones al *habeas data*, además de la explícitamente prevista, ¿habrá alguna otra? Por ejemplo, si un archivo o banco de datos público podría aducir razones de seguridad estatal para negarse a dar a conocer la información requerida por el interesado. Si se diera tal hipótesis, Sagüés sostiene que el juez que entiende en la causa deberá meritar la dosis de razonabilidad o irrazonabilidad de la medida tomada por el banco de datos o archivo público, para decidir en consecuencia, pues el acto (en este caso omisión) lesivo debe reunir las características de manifiestamente arbitrario o ilegal para operativizar la acción, pues se hacen extensivas a este caso las exigencias establecidas genéricamente para el amparo. De cualquier modo, nosotros añadimos que ante un supuesto de tal naturaleza, las razones de Estado deberán tener una duración limitada y razonable y deberán, como toda excepción a un principio general, ser interpretadas restrictivamente, pues —además de lo que va dicho— la única excepción expresamente establecida en el texto de la norma es la no afectación del secreto de las fuentes de información periodística.

Y nos despedimos con otro interrogante: ¿Podrá incoarse la acción de *habeas data* durante el estado de sitio? Hay argumentos para dar

65 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 3.

una respuesta afirmativa y otra negativa a tal cuestión. Para responder afirmativamente nos sustentamos en que tal supuesto no configura una excepción explícitamente contenida en el precepto constitucional. Sin embargo, y para contestar negativamente (o al menos, en forma dubitativa) podríamos sostener que cuando la Constitución ha querido consagrar una solución determinada de articulación de una garantía aun durante el estado de sitio, lo ha dicho expresamente. Nos referimos al caso del artículo 43, párrafo 4o. *in fine* al tratar el *habeas corpus*; con lo que de ello se inferiría la voluntad negativa del constituyente en este punto. En síntesis mucho queda por hacer, descubrir, moldear y desentrañar tanto a la doctrina cuanto a la legislación y a la *praxis* jurisprudencial que se irá prefigurando en torno de esta figura. Desde aquí hacemos votos por que la hipótesis planteada sea sólo de gabinete y que los argentinos no debamos nunca más atravesar el duro trance institucional del estado de sitio.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA PROVINCIA
DE SAN JUAN (REPÚBLICA ARGENTINA): LA CONSTITUCIÓN DE 1986
Y LA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE *HABEAS DATA*

1. *De la normativa constitucional*

Como expusiéramos, hubo que esperar hasta 1994 para que se corporizara la aparición expresa del *habeas data* en la escena constitucional argentina. Por supuesto, nos referimos al orden federal, pues respecto del *habeas data* —como en tantos otros aspectos— el derecho público provincial comparado ha actuado con grandes reflejos anticipatorios y dado muestras de la incorporación de la figura en varias de las constituciones provinciales reformadas en el marco del ciclo comenzado en 1985. Así, tal instituto obra en las leyes fundamentales de las provincias de Córdoba (artículo 50), Jujuy (artículo 23, inciso 8o.), La Rioja (artículo 30), Río Negro (artículo 20), San Juan (artículos 26 y 27), San Luis (artículo 21) y, más recientemente, en Tierra del Fuego (artículo 45), Chaco (artículo 19), Chubut (artículo 56), Buenos Aires (artículo 20, inciso 3), etcétera; sin olvidar, claro está, la novísima Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires que ha previsto expresamente el *habeas data* que podría llamarse *individual* en su artículo 16 y, además, una suerte de *habeas data* público,⁶⁶ en

66 Cfr. Quiroga Lavié, Humberto, "La Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires", *La Ley*, Buenos Aires, 1997-A, p. 924. Para una visión completa de la Cons-

el artículo 105, inciso 1, al establecer la obligación del jefe de gobierno de "arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de gobierno de la ciudad".

En el caso de la Provincia de San Juan, la pionera Constitución de 1986 ha previsto en su artículo 26:

Registro de personas e informática. Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de lo que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para fines estadísticos no identificables.

Conectada con la norma precedentemente transliterada aparece, a nuestro juicio, el artículo 27 *ibidem*, que en su parte pertinente reza:

Derecho a la información. Todos los habitantes tienen derecho a que se les informe veraz y auténticamente sin distorsiones de ningún tipo, teniendo también el derecho de libre acceso a las fuentes de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. El tiempo de la reserva se fijará por ley.

Los registros de antecedentes personales harán figurar en las certificaciones que emitan solamente las causas con condenas no cumplidas contra el interesado, salvo solicitud de autoridad judicial o del mismo interesado.⁶⁷

A continuación, formularemos un breve señalamiento de los contornos salientes de la cuestión que analizamos y que ofrece la normativa constitucional provincial; ello, con la prevención de que un abordaje exhaustivo y profundo excedería el marco del presente trabajo:

- a) La legitimación activa se acuerda a todo ciudadano, es decir que, aparentemente, la acción sólo podría ser propiciada por

titución de la ciudad de Buenos Aires, véase Gil Domínguez, Andrés, *Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.

67 Juzgamos importante rememorar, además de las dos normas transcritas que el artículo 22 de la Constitución provincial establece: "Defensa de los derechos: Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a defender su vida, libertad, reputación, seguridad, propiedad, intimidad, culto, como así a enseñar y aprender, a una información veraz y a los demás consagrados en esta Constitución".

la persona que titulariza derechos políticos, excluyendo a los extranjeros.

Una aplicación de la norma, conducida exclusivamente por su hermenéutica literal, merecería conforme con nuestro criterio, varios reparos.

En primer lugar, dispensar la acción sólo a los ciudadanos colisionaría con la norma constitucional nacional (artículo 43, párrafo 3o.) que depara la garantía a toda persona, sin distinción de naturaleza alguna (previsión en la que hasta quedarían habilitadas las personas jurídicas —*vid. supra*—). Cabría preguntarse qué valor tendría la norma provincial *vis-à-vis* el precepto nacional. A tal respecto, y por imperio de la subordinación del ordenamiento jurídico provincial al nacional en nuestro esquema estadual federal, la norma nacional adquiere, en el caso, aplicación preferente. Por último, y si alguna duda subsistiera deberá aplicarse prioritariamente la fuente que exhale una mayor dosis tuitiva del ser humano, inclusive cuando la nacional avance sobre el umbral construido por la provincial.⁶⁸

En segundo término, una interpretación de tal tenor colisionaría con la propia norma constitucional provincial, concretamente (y entre otros) con el artículo 24 que establece la igualdad de los habitantes de la provincia ante la ley (sin olvidar la discrepancia que también se produciría con el artículo 22 *ibidem*). Importaría, asimismo, una impresentable discriminación violatoria de disposiciones de orden federal (*verbi gratia* la Ley Nacional número 23.592) y los propios tratados internacionales sobre derechos humanos a los que la reforma de 1994 les ha adjudicado jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22).⁶⁹

No queda duda de que un extranjero radicado en nuestra provincia tendría (de acuerdo con nuestro criterio) legitimación activa para articular el *habeas data*. La cuestión quizás se complica un poco cuando se trata de un extranjero que no vive ni reside en San Juan; tal persona, ¿estaría legitimada? Creemos que sí, y en esto no podemos más que coincidir con Bidart

68 Para la hipótesis inversa (caso de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires que ha avanzado sobre el umbral protectivo de la propia Constitución nacional), véase nuestro artículo: "La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ¿estatuto de avanzada o catálogo de desechos?", *Entre abogados*, San Juan, Argentina, 1996, pp. 37-43, en esp. p. 38.

69 Enumeración normativa en la que debe incluirse a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, a la que recientemente se le ha atribuido jerarquía constitucional (BO, 29 de mayo de 1997).

Campos⁷⁰ cuando sostiene: "si un extranjero que no es residente, ni vive, ni está en tránsito, tiene una propiedad en territorio argentino (léase, en nuestro caso, territorio sanjuanino) tiene por eso mismo un punto de conexión suficiente con la jurisdicción argentina [provincial] para que se le depare la tutela que a ese derecho le concede la Constitución (nacional)".

- b) Al interesado se le acuerda el derecho de acceso a la información y el derecho de intervención sobre la misma. En efecto, está habilitado para tomar conocimiento de lo que de él conste en forma de registro (derecho de acceso), pudiendo exigir la rectificación y la actualización de datos (derecho de intervención). En este punto recreamos la crítica que formuláramos al tratar la norma nacional, en relación con la redundancia en que incurre el precepto provincial al establecer como dos formas diversas a la rectificación y a la actualización; reiteramos que, conforme con nuestro criterio, actualizar un dato desfasado o anacrónico, lleva ínsita su rectificación. Hubiese bastado con mencionar sólo a la rectificación de datos como fórmula genérica que englobe en su seno a las diversas especies rectificatorias que pudieren presentarse.
- c) Una importante y adecuada previsión que contiene el texto provincial está dada por la provisión de una capa tuitiva más densa a la información considerada sensible.⁷¹ Nos referimos a la proscripción de utilizar la informática para el tratamiento de datos atinentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada; excepción hecha de su destino a fines estadísticos no identificables. Creemos que en esta última parte se ha incurrido en un equívoco terminológico⁷² en tanto el carácter de no identificable no debe predicarse o atribuirse a los fines estadísticos, pues —precisamente— está identificado el fin del acopio de la información: cumplimiento de un objetivo estadístico. Nos parece que la norma pretende hacer referencia a que los datos recolectados o tratados (para fines estadísticos) no permitan la

70 Bidart Campos, Germán, "Régimen del recurso de amparo", comunicación a la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de 27 de noviembre de 1996, Buenos Aires, p. 13. Las aclaraciones entre corchetes nos corresponden, y fueron formuladas para adecuar las palabras del maestro Bidart Campos a la hipótesis provincial analizada.

71 Una referencia al tema puede verse en nuestro artículo: "El *habeas data* después de la reforma constitucional", *Boletín Informativo*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XI, núm. 112, agosto de 1995, pp. 6 y 9.

72 Quizás, al influjo de una inadecuada traducción de la norma que le sirve de fuente; nos referimos al artículo 35, inciso 3o., de la Constitución portuguesa de 1976.

identificación de la persona a quien pertenecen; calidad que es la que torna a una determinada información en nominativa, dado que dato personal puede ser entendido como todo aquel consistente en información referente a una persona que sea identificable, directa o indirectamente, a través de dicha información.

¿Podría acordarse resguardo a otras informaciones que no sean las expresamente establecidas en el 2o. párrafo del artículo 26? La respuesta afirmativa se impone, en la medida que se trate de información sensible. Es que junto a dos previsiones específicas (convicciones políticas y fe religiosa) la norma abre la válvula a la procedencia de otras hipótesis que podrían quedar subsumidas en la fórmula genérica de vida privada, pues ésta sería idónea para cobijar diversos supuestos, *verbi gratia*: filiación ideológica, preferencias sexuales, condiciones de salud, origen racial, etcétera.

Aplaudimos la voluntad del constituyente sanjuanino al diseñar una protección especial para los datos sensibles. No debemos olvidar que la información atinente a los mismos, almacenada en archivos o bancos de datos, puede ser utilizada en forma discriminatoria para el sujeto a quien corresponda, o puede emplearse para dificultar su acceso a determinadas situaciones en condiciones de igualdad con otros postulantes. Así, los datos relativos a la salud de una persona son crematísticamente relevantes para las compañías de seguros o empresas de colocación de servicios; la actuación política o gremial o la orientación ideológica de una persona pueden constituir una rémora para la obtención de algún puesto de trabajo; etcétera.

d) También nos parece acertada la previsión constitucional provincial al establecer genéricamente que el *habeas data* es articulable ante cualquier registro, sin distinguir entre públicos o privados, con lo que la acción podría ser dirigida contra todo tipo de registros, archivos o bancos de datos.

El argumento que dejamos expuesto se refuerza a poco de leer las actas de las sesiones de la Convención Constituyente de 1986,⁷³ dado que la propuesta del convencional Pósleman⁷⁴ de circunscribir la accesibilidad a los registros estatales u oficiales, no fue aceptada. Cabe recordar que la posición restrictiva de

⁷³ *Diario de Sesiones*, 4a. Sesión, Reunión núm. 8, 21 de marzo de 1986, pp. 319 y 320.

⁷⁴ *Ibidem*.

tal convencional fue rebatida por una postura amplia compartida por sus pares Russo y Rivera.⁷⁵

Sin perjuicio de lo expuesto, advertimos que la duda se cerniría sobre si quedan legitimados pasivamente los archivos, ficheros o bancos de datos privados que no estén destinados a proveer informes (situación de excepción al principio general que anticipaba el convencional Rizo,⁷⁶ fundándola en el artículo 19 de la Constitución nacional); ello a partir de la determinación de la carta magna federal (artículo 43, párrafo 3o.). Reenviamos, en el particular, a cuanto dijéramos al tratar el inciso A) de este subapartado, cuando hicimos referencia al destino de un precepto constitucional provincial que colisione con uno del máximo ordenamiento federal. Sin embargo, reiteramos que caerían en la órbita operativa del *habeas data* aquellos archivos o registros privados no destinados a evacuar informes pero que potencialmente pudieran hacerlo, inclusive aquéllos que siendo destinados a proveer informes, de hecho no los proporcionen en la actualidad.

- e) Por su vinculación con el tema que abordamos, ofrecemos algunas consideraciones acerca del párrafo 1o. del artículo 27 de la ley fundamental provincial. Es relevante resaltar el principio general que se entroniza en el sentido del derecho de todos los habitantes⁷⁷ a una información veraz, auténtica y sin distorsiones; y de tal principio, se desgrana el derecho al libre acceso a las fuentes de información, estableciendo como única excepción a dicha facultad de acceso, a los asuntos vitales para la seguridad del Estado.

La previsión comentada nos impulsa a ensayar un par de reflexiones a su respecto:

- 1) En primer lugar, esta norma pareciera colisionar con la frase que clausura el artículo 43, párrafo 3o. de la Constitución nacional, al determinar la impotencia del *habeas data* para afectar el secreto de las fuentes de información periodísticas; a

⁷⁵ *Idem*, p. 320.

⁷⁶ Sostenía Rizo que los archivos privados debían quedar fuera de la previsión constitucional, pues conjeturaba: "Puede darse la situación de personas que en su domicilio tengan registraciones en las cuales se pueda estar aludiendo a terceras personas, pero que no salen del ámbito de reserva que tiene ese individuo en su domicilio y en su equipo de informática" (*ibidem*).

⁷⁷ Nótese la diferencia semántica entre los artículos 27 y 26. En aquél, el derecho a la información viene dispensado a todos los habitantes; por su parte, en el artículo 26, el derecho de acceso a los registros se ciñe a todo ciudadano.

todo evento y si así fuere, para el caso de una confrontación de normas en un caso concreto, la federal estaría ungida de aplicación preferente (*cfr. —inter alios—* artículo 31 de la carta magna nacional).

Por razones de espacio no podemos tratar aquí el problema de si el resguardo al secreto periodístico ofrece excepciones y, en tal caso, cuáles. Sólo mencionaremos, ejemplificativamente, que la Cámara Federal de San Martín⁷⁸ (Buenos Aires) ha sostenido sobre el punto —en términos un tanto vagos—, que

el secreto profesional periodístico [debe ceder] cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho a autoincriminarse ni afecte los límites previstos en el artículo 28 de la Constitución nacional [...] Otorgarle un alcance absoluto terminaría afectando intereses del propio Estado de derecho que motivaran el reconocimiento y necesidad de una prensa libre, pudiendo atentar en determinadas situaciones contra el derecho a la igualdad y creando una suerte de privilegio de unos respecto de otros.⁷⁹ La vaguedad a la que aludíamos se conecta con la expresión que dispara para habilitar la excepción al principio de invulnerabilidad del secreto: razones de orden público de relevante jerarquía. Al respecto, ha sostenido Ekmekdjian⁸⁰ que se trata de una frase ambigua, para pasar dicho autor a proponer lo que considera la llave para abrir la puerta a alguna excepción al principio, diciendo que éste sólo debiera ceder ante un derecho de jerarquía superior.⁸¹

- 2) En segundo término, se nos ocurre peligrosa la laxitud con que se encara la redacción de la excepción al principio genérico del artículo 27: asuntos vitales para la seguridad del Estado.

Es que una interpretación amplia de tal excepción podría implicar que cualquier circunstancia se torne en vital para motorizar la excepción.

78 *In re*: "Corriarán Merlo, Enrique H.", *La Ley*, Buenos Aires, 1996-C, pp. 638-641. El fallo fue emitido por la Sala 'I' de dicha Cámara, el 2 de mayo de 1996.

79 *Loc. cit.* nota anterior, p. 641.

80 Ekmekdjian, Miguel Ángel, "El derecho al secreto de las fuentes de información", *La Ley*, Buenos Aires, 20 de junio de 1997, p. 18.

81 Mantenemos algunas reservas respecto de la posibilidad dogmática de establecer *a priori* e *in abstracto*, categorías prelativas de derechos. Será el juez, de cara al caso concreto, quien deberá determinar a qué derecho le otorga preeminencia en el particular supuesto llevado a su conocimiento, a la vista de las circunstancias fáctico-axiológicas del mismo.

Hacemos votos por que la restricción sea considerada con prudencia para evitar desnaturalizar el principio que con esmero (al menos teórico) se pretendió diseñar. De cualquier modo, confluyen dos aristas saludables que oxigenan al artículo y permitirán poner coto a toda tendencia que busque hipertrofiar el alcance de la excepción: por una parte, que el tiempo de reserva será determinado por ley, lo que implica deslizar el tema hacia un ámbito democrático de discusión y, en teoría, asegura un debate razonable acerca del parámetro temporal de la reserva. Allora la duda acerca de si sólo el límite de tiempo será fijado por el cuerpo legislativo; es decir, nos preguntamos si la causa de la reserva también podrá debatirse en el mismo (solución que nos parece adecuada). Tanto la norma cuanto los convencionales han omitido tal consideración por lo que una interpretación literal de la misma conduciría a pensar que su determinación sería una facultad extraña a los legisladores (¿será pautada por el juez frente a cada caso concreto? o ¿la diagramará el Ejecutivo?). Otro de los perfiles positivos se desprende de la propia letra de la excepción, al determinar que el tiempo de la reserva se fijará por ley. En efecto, ello implícitamente garantiza que dicha reserva será sólo temporal; una solución contraria conduciría a invertir los valores, desarraigar el principio general y emplazar a la excepción en un lugar que no le corresponde (convertida en regla).

- f) También el párrafo 2o. del citado artículo 27 será objeto de una brevísima alusión dada su atinencia con el tema que abordamos. Tal tramo de la norma establece que "los registros de antecedentes personales harán figurar en las certificaciones que emitan solamente las causas con condenas no cumplidas contra el interesado, salvo solicitud de autoridad judicial o del mismo interesado".

El principio que rige es el de la limitación a los registros de antecedentes personales, los que sólo deberán incluir en las constancias que extiendan, las causas con condenas no cumplidas por el interesado. Tal principio ofrece dos excepciones: solicitud de autoridad judicial o del propio interesado. Cabe recordar que el proyecto de la mayoría sólo establecía la primera de las excepciones y que el agregado relativo a la solicitud del interesado fue fruto de la propuesta del convencional Acosta, quien la fundaba en la importancia "de brindarle la posibilidad

al interesado, [dado que] él puede tener interés en que se le otorgue un certificado de la autoridad respectiva a los efectos de acreditar una circunstancia determinada".⁸²

Por fin, mencionamos que el tema que aborda el precepto se conecta con el Código Penal de la nación. Aludimos al artículo 51 y a su reenvío al artículo 157. En puridad, dicho artículo 51 ha establecido una nueva figura penal (aun cuando heterodoxamente ubicada en la primera parte de tal Código). Versa sobre la violación de secretos de registros penales (subsumible en el tipo de "violación de secretos" del artículo 157, *ibidem*), es decir, establece la punibilidad de la conducta violatoria de la prohibición de informar.⁸³

2. De la jurisprudencia

Bien sabido es que no existe una ley reglamentaria del *habeas data* como consecuencia de lo cual afloran algunos interrogantes: ¿Cuál es el trámite procesal a utilizar? ¿Se deberá emplear el procedimiento puro del amparo? En el orden federal, ¿regirá la Ley núm. 16.986 y el Código Procesal Civil y Comercial de la nación? Y, ya en el ámbito provincial, ¿en forma directa y simple se actuará conforme con las prescripciones que al amparo dedica el Código de Procedimientos en lo Civil, Comercial y Minería (artículos 582 y ss.)?

Esta no es una discusión meramente de gabinete, se está planteando de modo concreto en la justicia provincial. Como aclaración liminar cabe recordar que en la jurisprudencia de San Juan existen muy pocos precedentes para analizar, uno de ellos tramitado ante el Quinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería que ya tiene sentencia;⁸⁴ además, se ventila otra causa ante el Noveno Juzgado de idéntica nominación.⁸⁵

⁸² Véase *Diario de Sesiones*, 4a. sesión, Reunión núm. 8, 21 de marzo de 1986, p. 322.

⁸³ Al respecto, véase la referencia que hiciéramos en un trabajo anterior de nuestra autoría: "*Habeas data*: un muro contra el abuso informático", *El Nuevo Diario*, San Juan, Argentina, 13 de febrero de 1997, p. 30. Para ampliar sobre el tema, conviene consultar Breglia Arias, Omar y Omar Gauna, *Código Penal - leyes complementarias - comentario, anotado y concordado*, 3a. ed., Buenos Aires, 1994, pp. 179 y ss.

⁸⁴ Autos núms. 31.281, "Miranda, Rubén Aníbal y Audonio Luciano Molina Peña c/Gualcamayo Coop. de Vivienda, Consumo y Crédito Ltda., y otra-acción de *habeas data*". La sentencia de primera instancia fue dictada el 30 de junio de 1997.

⁸⁵ Autos núms. 31.282: "Lozada, Ricardo Walter c/ Consejo de Administración de Gualcamayo Cooperativa de Vivienda, Consumo y Crédito-acción de *habeas data*".

En el caso discurrido ante el Quinto Juzgado Civil (que finalizó su tránsito por la 1a. Instancia con el rechazo de la demanda) se ha seguido el criterio del procesalista Falcón.⁸⁶ Para dicho autor, este tema se descompondría en dos pretensiones sucesivas, una subsidia-ria de la otra: la primera de información (voluntaria) y la segunda de conocimiento y ejecución (que puede tener carácter contencioso). Según el procesalista citado, la doble característica del proceso —en cuyo contexto la solicitud de informe funciona como una medida preliminar exhibitoria, debiendo luego seguirse un proceso de conocimiento— determinaría que en la primera etapa se apliquen los plazos y el procedimiento establecidos por la Ley Nacional núms. 16.986 y, en la segunda, los del proceso sumarísimo fijado por el Código Procesal Civil y Comercial de la nación. El juez se autojustifica diciendo que “se podrá estar o no de acuerdo con el procedimiento impreso a la presente causa” (*sic.*, fs. 44 de autos), pero que al no existir un procedimiento escrito y reglado y, ante el vacío legislativo, se vio obligado a aplicar el criterio doctrinario mencionado, tramitando su primera fase de acuerdo con las normas de los artículos 582 a 588 del CPC provincial (amparo e informe circunstanciado) y, para la segunda etapa, las previsiones del artículo 481 *ibidem* (proceso sumarísimo).

Al menos en teoría habría acertado el juez actuante al dar intervención al Defensor del Pueblo; es que si el magistrado que entiende en una causa de *habeas data* decide hacer aplicación irrestricta de las normas sobre amparo, corresponde ineludiblemente excitar la participación de aquel funcionario para dar cumplimiento efectivo a lo establecido por el artículo 1o. de la ley provincial número 5.765 y, fundamentalmente, por el artículo 150, inciso 21, *in fine*, de la Constitución provincial.

La incertidumbre acerca de las disposiciones procedimentales por aplicar (que puede tornar procesalmente fluctuante al *habeas data*, de acuerdo con la posición subjetiva del juez y su manejo aplicativo del principio *iura novit curia*) no constituye una circunstancia imputable a quienes ejercen la judicatura. Es que al carecerse de una ley reglamentaria del *habeas data*, la selección y posterior aplicación de las reglas procesales es tarea a cargo del juez. Lo importante, con-

Es importante recordar que primigeniamente la acción fue planteada ante el Tercer Juzgado Correccional, cuyo titular se declaró incompetente manifestando que debía ocurrirse al fuero civil.

⁸⁶ Falcón, Enrique M., *Habeas data*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

forme con nuestro criterio, es que cualesquiera fuese el procedimiento que el magistrado determinase aplicar (pues no puede escapar con un lacónico *non liquet*), la regla de oro consiste en respetar en plenitud el derecho de defensa en juicio de las partes, lo que en el caso analizado se habría logrado. Es que el aludido derecho de defensa (*cfr.* artículos 18 de la Constitución nacional y 33 de la Constitución de San Juan) comprende, tal como lo enseña Bidart Campos:⁸⁷

- Que nadie puede ser privado de un derecho sin un procedimiento regular fijado legalmente.
- De no existir ley razonable que fije tal procedimiento, éste debe ser arbitrado por el juez.
- Para que se configure el debido proceso, debe conferirse la oportunidad al justiciable de participar en forma útil en el juicio, lo que implica tener conocimiento fehaciente de sus etapas y poder tomar activa intervención en su desarrollo.

De cualquier modo, y para la etapa de transición hasta la definitiva reglamentación del instituto, entendemos conveniente que los jueces que entiendan en este tipo de procesos no pierdan de vista que deberán evitar la ordinarización de los mismos, pues precisamente lo que la norma constitucional intenta es asegurar a la persona la disponibilidad de una acción expedita y rápida (véase el párrafo que abre el artículo 43), sin trabas superfluas ni pliegues alambicados.⁸⁸ Es que para la procedencia del amparo (y, consecuentemente, del *habeas data*) no debe existir un remedio judicial más idóneo, por lo que carecería de sentido someter aquellas pretensiones a procesos complejos, pues lo que se buscó al instrumentarlo constitucionalmente fue erigir una vía expeditiva que brindara adecuado resguardo a los elevados bienes jurídicos en juego y que, paralelamente, hiciera cesar la violación (por acción u omisión) actual o inminente de los preceptos constitucionales. El argumento de la celeridad y simpleza en materia específica de *habeas data* se refuerza a poco de recordar lo que manifestábamos *supra*, en cuanto a que el derecho de acceso a la información personal debe acordarse sin cortapisas al interesado.

⁸⁷ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. II, p. 327.

⁸⁸ Lo que guarda íntima conexión con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), recipiendaria de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional.

Conectado con el punto precedentemente abordado y en relación con el amparo, entendemos que los jueces deberán despojarse de todo preconceito teórico o en abstracto y meritar en cada caso concreto la existencia o inexistencia de otra vía procesal más idónea, para expedirse respectivamente por la inadmisibilidad o admisibilidad de la acción de amparo, pues tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re*: "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía", fallo del 6 de junio de 1995), "la mencionada existencia (de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo) no es postulable en abstracto sino que depende —en cada caso— de la situación concreta de cada demandante, cuya evaluación, como es obvio, es propia del tribunal de grado".⁸⁹

Nos despedimos recordando que seguramente los jueces cumplirán un papel fundamental en la aplicación del *habeas data* y en el diseño de su silueta definitiva. Serán sus artífices, como lo fueron del amparo y del *habeas corpus*.⁹⁰

VII. COLOQUIO

A continuación citamos algunas de las preguntas formuladas por los asistentes y las respuestas que ofrecemos.⁹¹ Pedimos disculpas al lector en el supuesto de que éste entienda que hemos quebrado la ilación escrita del presente trabajo; no obstante asumir tal soslayo de la pulcritud metodológica (que no es el único que irrumpe en esta nota), nos pareció importante rememorar determinadas aristas del debate, pues de él afloraron ciertas cuestiones dignas de mención.

Pregunta número 1: ¿En Europa se denomina también habeas data?
 Respuesta: No, en general las normativas legales no lo conciben con tal denominación. Sin embargo, en algunos aportes doctrinarios hace tiempo que se habla de *habeas data*,⁹² *habeas scriptum*,⁹³ etcétera.

⁸⁹ La transcripción íntegra de tal fallo puede encontrarse en *La Ley*, Buenos Aires, 1995-D, pp. 247-271. La porción transliterada fue tomada de la p. 251.

⁹⁰ Cfr. Vanossi, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 3.

⁹¹ Recordamos que, al comenzar el presente artículo, advertíamos que el mismo se construyó sobre la base de una disertación que brindáramos.

⁹² Véase, por ejemplo, el trabajo de Pérez Luño, Antonio Enrique, "Del *habeas corpus* al *habeas data*", *Informática y Derecho*, Mérida, España, UNED-Centro Regional Extremadura, núm. 1, 1992, pp. 153-161 *passim* (publicación de una conferencia que el autor sustentara el 11 de mayo de 1990 durante el XIV Curso de Informática y Derecho, celebrado en el Centro Regional de la UNED).

⁹³ Cfr. Carrascosa López, Valentín, "Derecho a la intimidad e informática", *Informática y Derecho*, núm. 1, pp. 7-25 (en esp. p. 25). Ilustrativamente, reseñamos que en

Pregunta número 2: La pregunta apuntaba a que si el *habeas data* es un instituto reconocido internacionalmente como independiente o si se absorbe en el amparo.

Respuesta: La problemática general que intenta cubrir tuitivamente el *habeas data* está internacionalmente extendida (nos referimos a la protección de la información personal por los potenciales abusos en la recolección, el tratamiento, etcétera de la misma por medios informatizados o ficheros manuales, etcétera); para entender tal afirmación basta computar el dato que proporcionábamos precedentemente en el sentido de que ya en 1970 aparece la primera ley sobre el punto (en el *Land* de Hesse, República Federal Alemana), lo que indica a las claras que la preocupación por el problema comienza en Europa mucho antes que en nuestros países latinoamericanos (por supuesto, dejamos fuera de la tardía reacción aludida, a Estados Unidos cuya atención por el tema, aun cuando sectorial —*sector by sector*— comenzó a despuntar hace ya bastante tiempo).

Por su parte, en la década de los años 80 pasa a Iberoamérica siendo captado por primera vez como *habeas data* en la Constitución brasileña de 1988 (donde es bautizado con esa denominación), siguiendo los efluvios anticipatorios marcados por la Ley número 824 (28 de diciembre de 1884) del Estado de Río de Janeiro.⁹⁴

Es decir, que en líneas generales (tanto en Europa como en América) la protección del derecho sustancial existe. Ya en cuanto a la denominación de la acción, dependerá de cada país; por ejemplo, y tal como lo afirmábamos, se denomina *habeas data* en Brasil, Perú y Paraguay. En otras normativas se ha puesto énfasis en el derecho del interesado a conocer los datos que acerca de su persona se encuentran contenidos en archivos o bancos de datos, factibilizando la posibilidad de acudir a la justicia para motorizar aquel derecho (ejecutando la protección de su intimidad familiar y personal, etcétera.)

Un caso *sui generis* en nuestro derecho iberoamericano comparado es el de México, en virtud del modo como se ha diagramado el

Gran Bretaña ya antes de 1970 se hablaba de *habeas scriptus*. Véase al respecto: *Workshop on the Data Bank Society*, Londres, Working Papers, Bloomsbury Centre Hotel, 18 y 19 de noviembre de 1970, p. 1. ¿Por qué decimos antes de 1970, si el documento premencionado es de 1970? Porque precisamente reenvía a Niblett, quien en 1968 había introducido aquella expresión. Véase Niblett, C. F. B., *The Times*, 6 de agosto de 1968, p. 1 —informe de Pearce Wright—.

⁹⁴ El dato del antecedente legislativo de la Constitución brasileña lo tomamos de Bianchi, Alberto B., "Habeas data y derecho a la privacidad", *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXIII, núm. 8.690, 16 de febrero de 1995, p. 1.

amparo en tal país. Recordamos que allí el amparo funciona como garantía genérica que subsume todas las hipótesis potencialmente cubribles (inclusive la libertad física, pues para protegerla también deberá incoarse un amparo). Al respecto, se ha enseñado que el amparo puede discurrir en cinco procesos⁹⁵ de acuerdo con el propósito que persiga:

- El amparo-*habeas corpus*
- El amparo contra leyes
- El amparo-casación
- El amparo contencioso-administrativo, y
- El amparo social agrario

Pregunta número 3: ¿Ante quién se plantea el habeas data?

Respuesta: Es una buena pregunta pues otro problema concreto es el tema de la competencia. ¿Ante quién articulamos la acción de *habeas data*? En nuestra provincia se ha presentado ante la mesa de entradas única, efectuándose el sorteo correspondiente y adjudicándola al juez civil pertinente. Así se hizo en Autos núm. 31.281, “Miranda, Rubén Aníbal y Molina Peña, Audonio Luciano c/ Gualcamayo Coop. de Vivienda, Consumo y Crédito Ltda. y otra Acción de *Habeas Data*”, del Quinto Juzgado —precedentemente comentado—.

Por su parte, y como dijéramos, la acción de *habeas data* que luego se radicara por ante el Noveno Juzgado Civil (*in re*: “Lozada, Ricardo Walter c/ Consejo de Administración de Gualcamayo Cooperativa de Vivienda, Consumo y Crédito-Acción de *Habeas Data*”), fue originalmente iniciada ante el Tercer Juzgado Correccional, cuyo titular se declaró incompetente manifestando que debía ocurrirse por ante el fuero civil.

Sin embargo, existe un importante antecedente jurisprudencial en Mar del Plata (Buenos Aires) proveniente de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional —Sala Segunda—, que sostiene que el *habeas data* como las restantes garantías emergentes de derechos reconocidos en la Constitución, puede ser incoado ante cualquier juez;

⁹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, p. 263; citado por García Morelos, Cumersindo, “El amparo-*habeas corpus* (Una aproximación México-Argentina)”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 6.041, 11 de junio de 1997, pp. 45 y 46. García Morelos agrega una sexta clase de proceso: el amparo por omisión (contra la impunidad).

es decir, se ha consagrado una importante laxitud en materia competencial cuando de juzgar una petición garantística que brota de un derecho enraizado (implícita o explícitamente) en la Constitución, se trata. Al respecto, la sentencia de primera instancia (dictada por el doctor Ricardo S. Favarotto, titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional núm. 4 de Mar del Plata) sostuvo que:⁹⁶

Las garantías emergentes de los derechos reconocidos en los textos constitucionales, pueden ser promovidas ante cualquier juez. [...] En consecuencia, por voluntad del reformador constituyente de 1994, en el asunto de autos —igual que en la acción genérica a la que pertenece el *habeas data*, o sea, en la de amparo—, no rige limitación alguna en lo relativo a las reglas de competencia del órgano jurisdiccional encargado de dirimirlo, habiéndose adoptado el criterio extendido que receptara la CSJN, en el caso *Sindicato Obrero del Vestido* (Fallos: 245-43).

Continuando con el orden nacional, hay acciones de *habeas data* que han sido receptadas en la Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal⁹⁷ y en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁹⁸ (obviamente, ambas referencias corresponden a segunda instancia); lo que demuestra la falta de certeza al carecerse de una ley reglamentaria que fije claramente las pautas que gobernarán el proceso en el que discurren los *habeas data* intentados.

Retomando el caso de nuestra provincia, y para el supuesto de que el demandado fuera vecino de extraña jurisdicción, obviamente debería acudir a la justicia federal (por ejemplo, en el caso de acciones instauradas en contra de la "Organización Veraz").

De cualquier modo, este problema de la competencia, como cualquier otro, podría quedar zanjado con la respectiva ley reglamentaria del *habeas data*.

⁹⁶ La postura de dicho juez fue confirmada por la Alzada, en causa número 39.421: "Gallo, Aníbal E. c/ Acción de *habeas data*" (fallo emitido el 24 de agosto de 1995 por la aludida Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala Segunda). El sumario de tal sentencia y una breve nota pueden ser consultados en *Entre Abogados*, San Juan, Argentina, año IV, núm. 8, 1996, pp. 46 y 47.

⁹⁷ V. gr. en las causas: "Basualdo, Pedro A." (Sala 3a., fallo del 15/12/94); "Farrel, Desmond A. c/ Banco Central de la República Argentina y otros" (Sala 4a., sentencia del 05/09/95). Ambos fallos fueron publicados en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 5.964, 20 de diciembre de 1995, pp. 34, 35 y 29-31, respectivamente.

⁹⁸ Por ejemplo, in re: "B. de S., D. A. c/ Sanatorio Greyton, S. A.", Sala 'F', del 6 de junio de 1995; sentencia publicada en *La Ley*, Buenos Aires, 1996-C, pp. 473-479; "Rosetti Serra, Salvador c/ Dun & Brandstreet, S. R. L.", Sala 'H', del 25 de septiembre de 1995; resolución publicada en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, núm. 5.964, 20 de diciembre de 1995, pp. 35 y 36.

Pregunta número 4: ¿Verdaderamente hace falta una ley reglamentaria, cuando se ha sostenido que el *habeas data* es una especie del género amparo? ¿No podrían aplicársele las reglas procesales de aquél y prescindir de tal normativa reglamentaria?

Respuesta: Es una buena pregunta. Como aclaración liminar debemos recordar que, conforme con nuestro criterio, la inexistencia de ley reglamentaria no constituye óbice para el planteamiento del *habeas data*, en tanto estamos persuadidos de la naturaleza operativa de las garantías contenidas en el texto constitucional aun sin la respectiva ley. Extraemos tal conclusión de uno de los caracteres fundamentales de la Constitución: su normatividad. La Constitución es norma jurídica y todos sus preceptos vinculan.

Ya penetrando en el fondo de la pregunta, pensamos que sí es necesario el dictado de una norma reglamentaria. Naturalmente que dicha normativa no podrá cubrir todos los casos e ingresar *a priori* en la pormenorización de las diversas cuestiones que pudieren presentarse, pero juzgamos conveniente tener cierto margen de predictibilidad al que atenernos y, sobre todo, disponer de reglas claras a los fines de la vigencia de la seguridad jurídica, para saber que todos los casos van a ir a determinada competencia y conocer anticipadamente que la totalidad de dichos procesos va a ser sometida a ciertas reglas procesales predeterminadas. A partir de los lineamientos genéricos que brinde el dispositivo legal, será el momento propicio para que la jurisprudencia vaya elaborando, a través de su *praxis* cotidiana, los perfiles definitivos de la figura. De hecho, y como dato conexo, cabe recordar que después de muchos intentos, se sancionó una ley reglamentaria del *habeas data*, que fue íntegramente observada (eufemismo por vetada) por el presidente de la nación.

De cualquier modo, y continuando con nuestra argumentación, nos parece que la legislación a dictar no debiera limitar su contenido a la prefiguración de reglas de corte adjetivo,⁹⁹ sino que igualmente sería conveniente que aportara previsiones en materia sustantiva; fun-

⁹⁹ Para conocer de antemano, ejemplificativamente: si puede existir litisconsorcio en el procedimiento; si la jurisdicción en la que discurriría el *habeas data* sería contenciosa o voluntaria; determinar qué carácter y efectos tendrá la sentencia que recaiga en aquél (declarativa o constitutiva); si tal resolución será recurrible y, para el caso de ser atacable por vía del recurso de apelación, con qué efectos se concederá dicho remedio procesal; a quién incumbirá la carga probatoria; cuáles serán las reglas sobre costas; conocer si es imprescindible el agotamiento de la instancia administrativa previa para la articulación de un *habeas data* contra un archivo o banco de datos público; determinar si sería procedente una acción de esta naturaleza contra el Poder Judicial (por ejemplo,

damentalmente en relación con los archivos o bancos de datos (¿para qué se abren?); programar un control de su funcionamiento; establecer los parámetros ético-jurídicos de la recolección de datos; fijar en forma nítida las excepciones a la procedencia del *habeas data* (procurando, *v. gr.*, aclarar el alcance de la excepción prevista en el artículo 43, párrafo 3o., en cuanto a la imposibilidad de afectación del secreto de las fuentes de información periodística); exigir el consentimiento (¿por escrito?) del interesado para el tratamiento de los datos personales de carácter sensible; compatibilizar el funcionamiento de la nueva garantía con otros dispositivos coetáneos que disciplinan la confidencialidad de la información (por ejemplo: las leyes nacionales núm. 23.511, sobre la creación del 'Banco Nacional de Datos Genéticos', y núm. 23.798 de 'Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida');¹⁰⁰ predeterminar la vigencia ineludible del secreto profesional (delineando las consecuencias del incumplimiento) a todo el personal que se desempeñe en tareas de tratamiento de información personal en registros, archivos o bancos de datos; establecer los plazos en que la información recolectada por medios y para fines lícitos deba permanecer en los bancos o archivos, para poder ordenarse su destrucción cuando se la considere caduca; disponer la existencia de la autoridad de aplicación que ejercerá el control del despliegue vivencial de la normativa reglamentaria; etcétera.

Y, por último, si subsistiesen dudas acerca de la necesidad de dictar una ley reglamentaria en materia de *habeas data*, confluye un argumento lógico de no menor centralidad que los expuestos: es que si todo fuese tan claro en cuanto a la aplicación irrestricta de las normas del amparo a los procesos de *habeas data*, no se alcanzaría a comprender cuál fue el sentido de haber incluido el 3er. párrafo del artículo 43, ya que el *habeas data* podría haber quedado perfectamente encuadrado en la genérica previsión del 1er. párrafo de dicha norma, y continuaríamos con la bipolaridad de garantías: li-

para el caso de pretender rectificar ciertos datos contenidos en un Juzgado de Concursos y Quiebras donde una persona aún figure como fallida a pesar de haber sido rehabilitada); definir si puede el juez que entiende en el *habeas data* declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos que habilitaron la incoación de aquella acción; etcétera.

100 La Ley Nacional núm. 23.798 fue reglamentada por el Decreto Nacional núm. 1.244/91, el que —entre otros preceptos— ha dispuesto que las personas enfermas de sida sólo podrán quedar registradas a través de un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento; estableciéndose, asimismo, que los días y meses de un solo dígito serán antepuestos del número cero.

bertad física protegible mediante el *habeas corpus*; el resto de los derechos que no correspondan a la libertad física o locomotiva, con cauce de protección en el amparo. Además, y si bien concedemos que el *habeas data* es una especie del género amparo, tiene sus particularidades propias que hacen que las normas del amparo no sean indiscriminadamente trasladables a su peculiar fisonomía. Todas las normas de la Constitución tienen un sentido y un porqué; no nos parece razonable diagnosticar *a priori* una inocuidad congénita al párrafo 3o. del artículo 43 de la ley fundamental.

De cualquier modo, y en el interregno hasta el dictado de tal norma reglamentaria, podrían ser aplicadas —supletoriamente— al *habeas data* las disposiciones establecidas en materia de amparo. Igualmente, justo es recordar que esta última garantía tampoco está gozando de una existencia totalmente “pacífica”. Basta citar que se continúa discutiendo doctrinariamente acerca de la suerte que correrá la Ley nacional núms. 16.986 *vis-à-vis* el nuevo precepto constitucional (artículo 43), sin olvidar la reedición de la sempiterna discusión acerca del carácter subsidiario o alternativo del amparo, reencarnada dialécticamente en una contienda que tiene como conspicuos representantes de una y otra posición, respectivamente, a Sagüés y Morello —entre otros destacados profesores—.

Pregunta número 5: ¿Por qué razón fue vetada la ley reglamentaria del *habeas data*?

Respuesta: Debemos recordar que el Congreso de la nación sancionó (el 27 de noviembre de 1996) el proyecto de ley número 24.745. Tal dispositivo legal fue “observado totalmente” (*sic.*) por el Poder Ejecutivo a través del Decreto Nacional núm. 1.616/96 (*BO* de 30 de diciembre de 1996), sustentándose —sintéticamente— en los siguientes extremos:

- Que al no delimitarse ni especificarse las facultades que tendría la Comisión Bicameral de Seguimiento de Protección Legislativa de Datos (que la norma creaba en su artículo 5), aquéllas asumen una amplitud tal que “vulneran la distribución constitucional de incumbencias estatales, dado que en nuestro sistema legal el único poder con atribuciones para resolver sobre la protección de los derechos de los individuos es el Poder Judicial de la Nación” [el remarcado corresponde al texto original].
- Que la prohibición de ceder o transmitir internacionalmente datos de carácter personal entre la República Argentina y otros Estados u organismos internacionales o supranacionales que no

aseguren una protección equivalente de dicha clase datos (proscripción establecida en el artículo 16 de la frustrada ley), no prevé excepciones que permitan al Estado argentino cumplir con sus compromisos internacionales (*verbi gratia* la cooperación internacional).

- Que por el artículo 35 de la ley se otorgan atribuciones desmesuradas al defensor del pueblo,¹⁰¹ siendo que éste no es un órgano superior del Estado ni está facultado para el ejercicio de funciones jurisdiccionales (violándose de este modo, el artículo 86 de la Constitución nacional); además, por el artículo 38 de la ley se confiere al *ombudsman* facultades jurisdiccionales punitivas¹⁰² que repugnan al mencionado artículo constitucional 86.
- Que el mecanismo previsto en el artículo 36 de la ley resulta insuficiente para brindar adecuada tutela al justiciable,¹⁰³ "sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo no es de aplicación contra actos de entes públicos".

Para finalizar este breve señalamiento, indicamos que el veto se fundamentaba, también, en el hecho de que la normativa sancionada generaba un importante vacío legal, al no precisar cuál sería la justicia competente para entender en razón de: la calidad de sujeto demandado, la afectación del tráfico interjurisdiccional o internacional y del territorio.

Pregunta número 6: La creación del *habeas data*, ¿se hizo pensando en los familiares de los desaparecidos de la última dictadura militar?

Respuesta: No, no creo que sea ese el caso. Si bien planeaba en la voluntad de los constituyentes dar cobertura a esta hipótesis, nos parece que la norma específica la proporciona el propio artículo 43 pero en su último párrafo (el 4o.), al habilitar como uno de los

101 Por el aludido artículo se disponía que los responsables de los registros o bancos de datos de titularidad privada podrían formular códigos tipo para establecer su organización, funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad, programas o equipos —entre otras cuestiones—, con recurso ante el *ombudsman* (pues éste era la autoridad de aplicación que la normativa vetada había ungido).

102 La ley le atribuía competencia para imponer sanciones consistentes en apercibimiento, suspensión, multa fluctuante entre \$ 1,000 (un mil) y \$ 100,000 (cien mil), eliminación o clausura de los registros o bancos de datos. Las multas impuestas por el defensor del pueblo se destinarían a la tecnificación de tal órgano.

103 El precepto marcaba que la acción de amparo prescrita por el artículo 43, párrafo 3o., de la Constitución nacional, debía tramitarse por proceso sumarisimo y según el procedimiento establecido por el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación (norma que, con variantes importantes, corresponde al artículo 481 del CPC provincial —de San Juan—).

supuestos para la articulación del *habeas corpus*, a la desaparición forzada de personas.

El flagelo de la desaparición forzada de personas¹⁰⁴ ha motivado un importante movimiento legislativo y constitucional en nuestro país (no sabemos si voluntario o inducido), a partir del cosquilleo producido por la radicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la demanda contra el Estado argentino, con motivo de la tristemente célebre causa "Garrido-Baigorria" (acción que fuera presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).¹⁰⁵

En efecto, se dictaron las leyes nacionales números 24.321 y 24.411. La primera de ellas fue sancionada el 11 de mayo de 1994, promulgada el 8 de junio de 1994 y publicada en el *Boletín Oficial* de 10 de junio de 1994; tal norma estableció —entre otras disposiciones— la posibilidad de declarar la ausencia por desaparición forzada de toda persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se conozca su paradero (*cf.* artículo 1o.); asimismo, fijó el alcance del concepto de desaparición forzada de personas, configurándose tal hipótesis "cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción" (*cf.* artículo 2o.). Por su parte, la Ley número 24.411 fue sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 28 de diciembre de 1994 y publicada el 3 de enero de 1995; dicha preceptiva reconoció a las personas que al momento de su promulgación se encontraren en situación de desaparición forzada, el derecho a percibir (por medio de sus causahabientes) un "beneficio extraordinario" (*sic.*, artículo 1o.); asimismo, la normativa reitera la definición de desaparición forzada de personas que marcara la Ley nacional núm. 24.321 (*idem*) y ex-

104 Problemática que, con buen tino, ya fuera prevista en el artículo 18 de la Constitución de San Juan de 1986, que expresa: "Toda acción u omisión conducente a la desaparición de personas y quienes resulten directa o indirectamente responsables son castigados con la máxima severidad prevista por las leyes".

105 La demanda estaba fechada el 29/05/95 y la Comisión acompañó el Informe 26-94 de 20 de septiembre de 1994. Para profundizar acerca del aludido caso, de la conducta del Estado argentino (reconociendo los hechos planteados en la demanda y su propia responsabilidad internacional) y de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Curiel, Alicia y Andrés Gil Domínguez, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: El primer fallo contra el Estado Argentino", *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 8, noviembre de 1996, pp. 36-39.

tiende el derecho a cobrar el "beneficio" establecido en el artículo 1o., a los causahabientes de cualquier persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas nacionales, de las fuerzas de seguridad o de cualquier grupo paramilitar (ello, con anterioridad al 10 de diciembre de 1983).

No se detuvo allí el "activismo" legislativo. En efecto, por Ley nacional número 24.556 fue aprobada la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (consagrada por la 24a. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil). Dicha ley fue sancionada el 13 de septiembre de 1995, promulgada de hecho el 11 de octubre de 1995 y publicada en el *Boletín Oficial*, el 18 de octubre de 1995.

No sólo que aquella Convención fue aprobada, sino que recientemente se le ha atribuido jerarquía constitucional, con lo cual queda incorporada al cúmulo de instrumentos internacionales recipiendarios de tal calidad por conducto del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional. La mencionada elevación normativa y axiológica de la Convención fue plasmada por la Ley nacional número 24.820, sancionada el 30 de abril de 1997, promulgada de hecho el 26 de mayo de 1997 y publicada en fecha 29 de mayo de 1997.

Pregunta número 7: ¿Con todas estas previsiones en materia de *habeas data* no se estaría prohibiendo la recopilación de información?

Respuesta: De ningún modo está prohibida la recopilación de datos para fines investigativos, ni el acopio de información para cumplir objetivos estadísticos; lo que en realidad se pretende prohibir es que esa información sea mal usada, que se abuse de la misma y que con ello se provoque un perjuicio a una tercera persona. Suponemos que se busca alejar los fantasmas de una nociva "*inferential relation retrieval*"¹⁰⁶ (del derecho anglosajón), que significa la posibilidad de determinar el perfil de una persona a través del entrecruzamiento de datos y, posteriormente, la utilización de tal información con fines discriminatorios a los efectos de, por ejemplo, no darle trabajo a una persona que ha tenido un pasado ideológico "pesado" o "confuso" (obviamente, bajo la sugestiva —y no menos nefasta— óptica del evaluador).¹⁰⁷

106 Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, *supra* nota 20, p. 111.

107 Como medida tuitiva de la información personal de los trabajadores, sería conveniente que quienes tengan a su cargo la evaluación de los aspirantes a obtener un empleo (agencias de colocación, etcétera), conozcan (y, consecuentemente, apliquen) el repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT (Organización Internacional del Tra-

Se trata de evitar la descontextualización de la información a través del "cruce" de datos veraces con otras referencias de signo distinto. No olvidemos, por ejemplo, la envergadura que han adquirido los *dossier* de información de la práctica norteamericana,¹⁰⁸ a partir del valor crematístico de la mencionada información. El nuevo lema pareciera ser: si el tiempo es dinero, la información también lo es.

"Actualmente la información es propiedad que se compra y se vende. Y ante los traficantes de la intimidad, el derecho protege también la vida privada" (cursivas nuestras). La afirmación en cuanto a que la información es propiedad que se compra y se vende, no es nuestra; corresponde a un voto del doctor Boggiano,¹⁰⁹ Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, emitido concretamente en la causa: "Servini de Cubría, María R.— Amparo". Se trataba de un caso en el que dicha juez (Servini de Cubría) propició una medida cautelar (invocando sus derechos a la privacidad y al honor) ante un Tribunal que acogió estimatoriamente su petición, ordenando a Canal 13 y a Mauricio Borensztein ("Tato Bores") suspender provisionalmente en el programa que iba a ser propalado, la proyección de imágenes y comentarios relativos a la actora. Llegado el caso a la Corte Suprema (por vía de las respectivas quejas de los demandados, ante la denegación de los recursos extraordinarios incoados), ésta revocó la sentencia apelada, rechazó la demanda de la doctora Servini de Cubría y sentó posición afirmando que "debe juzgarse que resulta contraria al Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13) y a la Constitución nacional (artículo 14), toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de las personas".¹¹⁰

bajo) sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, ya analizado (véase *supra*). Fundamentalmente, y respecto del tema a que se refiere la presente nota a pie de página, nos referimos al artículo 5.10, *ibidem*, que como uno de los principios generales establece: "El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación". Véase *Protección de los datos personales de los trabajadores*, Ginebra, OIT, 1997, p. 4. El repertorio entiende por "trabajador", a "todo trabajador [la tautología es del texto] o ex trabajador y a todo candidato a un empleo" (artículo 3.4). Pensamos, asimismo, que el repertorio también debería ser tomado en consideración por los representantes de los trabajadores al momento de negociar las normas de las convenciones colectivas de trabajo.

108 Al respecto, se ha sostenido que dichos *dossier* se han convertido en un rentable negocio, dando paso a la creación de grandes consorcios como los que existen en Estados Unidos, que manejan datos de más de cien millones de habitantes. Cfr. Gozáini, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 157.

109 Véase *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1992-IV, p. 51.

110 *Idem*, p. 71.

Todo lo expuesto, pero en particular la sugestiva afirmación de Boggiano, es la que nos confirma el costado comercial de la información.

VIII. EPÍLOGO

Sinceramente, y si aún hay algún lector sobreviviente, esperamos que las reflexiones precedentes inciten a la polémica y que las últimas palabras de este artículo no sean sólo eso: palabras finales, sino, por el contrario, las primeras de un nuevo debate. Escribo a continuación un breve mensaje conclusivo:¹¹¹

Primero. Sin ánimo de ser apocalípticos, sino con el doble propósito de intentar un matizador de humor que, paralelamente, condense la conflictividad del problema que abordamos, recreemos una anécdota (expuesta por Martín), que patentiza la potencialidad de la información (la que, descontextualizada o utilizada desviadamente de su trascendente esencia, puede ser destructiva). Demos paso al relato: "En Inglaterra, a principios de siglo se pusieron de moda las bromas pesadas. Un notorio bromista envió telegramas a todos los obispos y diáconos de la Iglesia de Inglaterra que decía: '¡lárgate, lo sabemos todo!'. Diez y siete de ellos tomaron el primer barco para Francia".¹¹²

Segundo. Regresando del tono irónicamente jocoso, nos parece que para una regulación integral del instituto del *habeas data*, deberán armonizarse (a través de una adecuada previsión), sus aspectos sustantivos y procesales. Fijamos posición señalando que una normativa que intente captar la integralidad de la cuestión, no debería soslayar los siguientes extremos (enunciados ilustrativamente):

- a) Que la recolección de datos personales sea efectuada por medios lícitos (licitud de la captación; consentimiento del interesado; transparencia —en cuanto a la comunicación al sujeto a

¹¹¹ Para ampliar, respecto de algunas conclusiones que la cuestión nos sugiere, pueden consultarse nuestros artículos: "*Habeas data* y autodeterminación informativa", *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, Perú, año XLVI, núm. 3, julio-septiembre de 1996, pp. 57-84; y "El *habeas data* entre el misonicismo y la desprotección de los derechos fundamentales", *Voces Jurídicas*, Mendoza, Argentina, abril de 1997, t. 2, pp. 35-60 (en esp. pp. 58-60).

¹¹² Martín, James, *La sociedad interconectada*, Madrid, 1980, p. 271. La cita corresponde textualmente a Castells, José Manuel, "Aproximación a la problemática de la informática y administración pública", en *Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública*, p. 28 (véase también la nota a pie de página núm. 2).

quien pertenece la información acerca de la finalidad de la recolección, obligatoriedad o no de proporcionar sus datos, efectos del tratamiento automatizado de la información y derechos que le asisten—; etcétera).

- b) Que la información recogida sea utilizada para el fin (lícito) con el que se recolectó (especificidad y justificación social de la recolección).
- c) Que sea conservada durante el tiempo verdaderamente necesario para el cumplimiento de la finalidad para la que fue captada.
- d) Que se dispense una capa tuitiva más densa a los datos de alta sensibilidad.
- e) Que se adopten las medidas protectivas necesarias para evitar el acceso no autorizado y la modificación o destrucción de los datos personales¹¹³ (seguridad de la información).
- f) Que se imponga la obligatoriedad del secreto (y las consecuencias sanciones por su incumplimiento) sobre las personas que intervienen en todo el arco vivencial del proceso de recolección y tratamiento de información personal.
- g) Que pueda identificarse fácilmente al titular de los archivos o bancos de datos, con el fin de poder —potencialmente— asignarle responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, por su accionar lesivo, etcétera.

Tercero. Asimismo, entendemos de importancia que se asuma la conflictividad de algunas aristas de la movilidad transnacional de datos informatizados —a través de los flujos transfronterizos—, tomándose las respectivas prevenciones, por ejemplo, a través de la suscripción de convenios internacionales o bien, que sea la propia ley interna regulatoria la que establezca la prohibición de transmitir datos personales al exterior, salvo cuando el potencial receptor de los mismos se encuentre en un país en el que la protección de la información personal sea similar a la del Estado transmitente. Paralelamente, debería analizarse en profundidad la conveniencia o inconveniencia de establecer algún organismo supranacional de control del aludido flujo de información, con el objeto de lograr una real armonización de los valores en juego.¹¹⁴

¹¹³ Cfr. Losano, Pérez Luño y Guerrero Mateus, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 67.

¹¹⁴ Esta problemática se conecta con la cuestión abordada por el artículo 16 de la frustrada ley reglamentaria del *habeas data* (núm. 24.745) y el veto que respecto de tal norma ejerció el Poder Ejecutivo; en particular, la tacha formulada en el sentido de que no se preveían excepciones a la prohibición de ceder o transmitir internacionalmente datos entre la República Argentina y otros Estados u organismos internacionales

Cuarto. El *habeas data* constituye un importante medio morigerador de la —en ocasiones— tensa frontera entre el desarrollo tecnológico-informático y los derechos fundamentales del ser humano. En tal sentido, deberá tenerse presente que la premisa es (como lo sostuvo la “Comisión de Informática y Libertades” francesa) dominar, y no paralizar la informática.

Pensamos que debe incentivarse y apoyarse el desarrollo y la innovación tecnológicos, pues los logros informáticos, telemáticos, etcétera son fantásticos y de gran valor; en el particular, el misoneísmo no ofrece una solución acertada. De lo que se trata, es de evitar que el avance se configure a cualquier costo, pues sería lamentable que la evolución (informática, en este caso) produjera una consecuen-te involución en la protección de los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen un paradigma de inevadible respeto en el marco de la sociedad democrática. Así sea, por el bien de todos.

Quinto. Juzgamos que el concepto preinformático de la intimidad deviene inoperante e inocuo frente a la actual ebullición tecnológica. De cualquier modo, la obsolescencia conceptual no puede ser pre-texto para catapultar la desprotección sustancial del derecho a que refiere el enunciado lingüístico. Por su parte, el derecho a la auto-determinación informativa ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, pues a partir de abandonar el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal, brindando protagonismo al interesado, permitiéndole ejercer —como sostiene Lucas Murillo de la Cueva—¹¹⁵ “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”.

Para evitar la parcialización del enfoque que intentamos trasuntar, dejamos expuesta la necesidad de abandonar una concepción que tienda a entronizar al derecho a la autodeterminación informativa sin imponerle valladares. Al respecto, recordamos que no existen derechos irrestrictos y, en este contexto, el de la autodisposición informativa no constituye una excepción. El límite lo marca el innegable valor que asume la información como bien colectivo en el conjunto social. Asimismo, no debería soslayarse la necesidad de imponer un

o supranacionales, circunstancia que —a juicio del autor del veto— impediría a nuestro Estado el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

115 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 32 y 33.

tratamiento democrático de la información, procurando conjuntar los esfuerzos (públicos y privados) para lograr un sano equilibrio axiológico de los bienes en interacción.

Sexto. En la dirección apuntada, y como sostiene Pérez Luño, sería una necedad olvidar que el Estado de derecho requiere para su adecuado funcionamiento de un conjunto de informaciones, pues la planificación económica, la prevención sanitaria, la política fiscal, el combate contra la drogadicción y el delito, etcétera, serían absolutamente impensables sin el soporte de un completo y eficaz aparato informático. Sin embargo, de una obcecación no menor sería soslayar la importancia del establecimiento de límites que, sin impedir el acopio de información por parte del Estado, concomitantemente garanticen los derechos fundamentales de sus habitantes (Pérez Luño ciñe tal objetivo a la protección de los "ciudadanos"), configurando un equilibrio de poderes y situaciones que se torna indispensable para una sana pervivencia de la comunidad democrática.¹¹⁶

¹¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Edición de José María Sauca, I Seminario Internacional sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales, Instituto Universitario de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas', Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 322. Justo es recalcar, sin embargo, que para nuestro país no sería totalmente trasladable el pensamiento de Pérez Luño pues limita la protección legal a los "ciudadanos"; no nos convence ese reduccionismo, por lo que nosotros hemos preferido referirnos a "habitantes". Por otra parte, nuestro argumento se refuerza a poco de releer la Constitución argentina, en la que —al menos desde la literalidad de sus normas— se dispensa en materia de derechos fundamentales idéntico resguardo a todos los habitantes (sean o no ciudadanos); véanse artículos 14, 16, 20, etcétera.