

Información privada y *habeas data*

Eduardo Oteiza*

1. LA MORAL PERSONAL Y LA PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN

La noción de privacidad pareciera abarcar dos conceptos independientes que garantizan ámbitos distintos. Por una parte, nos encontramos con las acciones privadas que no dañan a terceros y sólo afectan a la persona que las realiza. Ellas solamente entran en juego con la moral personal, al consistir en la elección de aquellos aspectos que conforman el plan de vida de cada individuo. En el plano normativo el artículo 19 de la Constitución Argentina acepta el principio liberal de autodeterminación, que deja librada a la decisión individual las acciones privadas. Sin embargo, una lectura restrictiva, fundada en ideas perfeccionistas, que consideran que el Estado puede interferir con conductas que no lesionan a terceros, bajo la pretendida defensa de sus propias convicciones y creencias sobre una proyección comunitaria, ha limitado el marco de libertad en áreas sensibles para la ética individual, apoyada en su propia apreciación de la moral pública.

La diferencia entre moral pública y ética privada ha sido explicada a partir de la noción de privacidad, que se ha utilizado, también, para identificar a aquellas circunstancias que caen bajo el dominio exclusivo de una persona, por su voluntad de no dejarlas trascender a otros. Carlos Nino, siguiendo a Parent, vinculaba el concepto de “privacidad” con la posibilidad irrestricta de realizar acciones “privadas” que no son objeto de una moral pública¹, separándolo de la idea de “intimidad”. Asociaba a esta última con el derecho a que los demás carezcan de información sobre hechos personales, cuando el sujeto al que se encuentran asociados niegue su consentimiento. Consiste, entonces, en la exclusión de información documentada accesible al público, mediante la potestad de limitar el conocimiento sobre aspectos personales, cuando el mismo no se encuentre justificado por una razón que en la tensión entre la reserva y la publicidad ceda en favor de la primera.

La distinción entre ambas nociones permite brindar mayor precisión a la tesis liberal apoyada en la autodeterminación. El derecho a la “privacidad” quedaría reservado para la discusión de los avances del perfeccionismo sobre las ideas liberales, al permitir circunscribirla al conflicto constante entre los valores predominantes, en un momento determinado, que conforman la moral pública y la esfera de reserva personal que permite tomar decisiones en materias de profunda repercusión sobre el proyecto personal que forma la ética individual, que no repercute sobre aquellos que voluntariamente no participan de él².

* Abogado, Universidad Nacional de La Plata, 1978. Doctor en Derecho, UBA, 1992.

1. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, 1992, página 327.

2. Alberto Bianchi critica la diferenciación que Nino realiza sobre “intimidad” y “privacidad” señalando que ella es más aparente que real, al entender que ni desde el punto de vista lingüístico ni del jurídico se aprecian diferencias relevantes, *Habeas data y derecho a la privacidad*, ED, 161-869, posición, que como queda expuesto en el texto, no compartimos. Carlos Colautti participa de la posición de Nino en su trabajo *Reflexiones preliminares sobre el “habeas data”*, LL, 1996-A-917.

Al mismo tiempo la identificación del derecho a ser protegido frente a una arbitraria intromisión en aquellos aspectos de la vida que se intentan mantener fuera de la escena pública o del conocimiento de otras personas, nos permite concentrarnos en los efectos de compartir información sobre aspectos personales. El tremendo poder que otorga la información, que adquiere formas cada día más sofisticadas de circulación, que supera sin esfuerzo las jurisdicciones de los Estados, dejando a la persona individual en una situación de indefensión, si no se instrumentan mecanismos de protección eficaces, marcan una preocupación que demuestra la necesidad de repensar el alcance de este derecho y las claves para su resguardo.

2. PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PRIVADA EN EL DERECHO ARGENTINO

El artículo 18 de la Constitución Argentina, de acuerdo con el texto adoptado en 1853-1860, ofrece los presupuestos para la protección contra la invasión irrestricta de dominios reservados al establecer que: “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento”³. Con similar orientación se incorporó al Código Civil el artículo 1071 bis⁴ que reconoce el derecho a ser indemnizado cuando una persona sufra una intromisión arbitraria en su intimidad, mediante la publicación de retratos, difusión de correspondencia o una mortificación en sus costumbres o sentimientos. La ley 23.798 que se ocupa de distintos aspectos vinculados con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida impone la codificación de las fichas y registros y la obligación de guardar reserva absoluta de los profesionales que intervengan en el tratamiento y la ley 11.723 requiere el consentimiento de la persona que sea fotografiada a su difusión se vincule con fines científicos, didácticos o culturales. Las citadas disposiciones reciben en forma atenuada el derecho de evitar las invasiones sobre aquellos aspectos de la vida personal que no existe mérito para revelar, o que conocidos no deben ser dominados o empleados por terceros.

La jurisprudencia fue dándole forma a esta garantía de una amplia potencialidad aún no explotada. Así, en un precedente decidido por la Corte Suprema en el año 1956⁵, se reconoció el derecho a la ciudadanía, entendiendo

3. La norma constitucional tiene como antecedentes el decreto de seguridad individual de 1811 que resguardaba los papeles privados y la vivienda (artículos 3° y 4°). Dispositivos similares fueron incorporados al Estatuto Provisional de 1815 (artículo XV), la Constitución de 1816 (artículos 172 y 166), el Reglamento Provisorio de 1817 (artículo IX) y la Constitución de 1819 (artículo CXIX).

4. Texto intercalado por ley 21.173. El proyecto de reforma al Código Civil elaborado por la comisión designada por Decreto 468/92 propuso la incorporación de los siguientes artículos: 113 “No es admitida la acumulación de información normativa en registros informatizados, salvo consentimiento expreso del interesado o autorización legal previa. 114 “La acumulación de datos normativos en registros informáticos debe hacerse respetando el derecho del sujeto a verificar la amplitud y tenor de los recogidos, el de exigir y lograr la corrección de ellos, incluyendo la cancelación de los datos caducos y su utilización conforme a la finalidad para la que fueron recogidos. Los datos nominativos no pueden ser hechos conocer a terceros sin conformidad expresa del interesado o disposición legal que los autorice”. Antecedente comentado por Lorenzetti, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal Culzoni, 1995, páginas 301/305.

5. CSJN, *Fallos*, 235:622.

que el dato referido al ejercicio de la prostitución en el pasado, que a juicio de las instancias inferiores se encontraba en coalición con la exigencia de la ley de demostrar buena conducta, no resultaba aplicable por carecer de actualidad. En el caso *Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes*⁶, la Corte declaró la invalidez de un secuestro practicado al ingresar sin orden de allanamiento a un domicilio particular. En el voto del ministro Petracchi puede apreciarse el sentido otorgado a la citada garantía: “la eminente jerarquía del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser concertada, al igual que el similar derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, con el interés social en la averiguación de delitos y el ejercicio adecuado del poder de policía. La propia Constitución lo prevé cuando autoriza en la misma cláusula de su artículo 18, referente a la inviolabilidad del domicilio, la reglamentación de tal derecho mediante ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento u ocupación. Sin embargo, la íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto de su libertad, impone a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías, pues al hallarse aquéllas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquella no sea reductible a éste”.

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Ponzetti de Balbín*⁷ al tratar el conflicto entre la libertad de prensa y los límites de la intimidad tiene particular importancia. Se trataba de un juicio de responsabilidad civil en el cual los herederos del doctor Balbín, destacado dirigente del partido radical, reclamaban por los daños ocasionados por una fotografía tomada en el interior de la sala de terapia intensiva cuando se encontraba agonizando. La decisión destaca que el derecho “a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona sin violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”⁸. El voto de los ministros Caballero y Belluscio se apoya en la protección del citado artículo 1071 bis del Código Civil y en el artículo 11 incisos 2º y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en el de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La Reforma Constitucional de 1994 incorpora el artículo 75 inciso 22 que otorga jerarquía constitucional a las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos. Expresamente amparan el derecho a la privacidad, además

6. CSJN, *Fallos*, 306:1752.

7. CSJN, *Fallos*, 306:1892.

8. En el fallo comentado se advierte, como señala Nino, *op. cit.*, que el derecho a proteger la esfera privada de intromisiones no autorizadas la Corte lo deriva de la garantía genérica del artículo 19, en lugar de utilizar el artículo 18 que resulta de mayor conexión con el derecho tutelado.

del artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica, los siguientes acuerdos internacionales: - el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias”; - los artículos V y IX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el primero de esos artículos se dispone que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”, aclarando el artículo IX que “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio”; - el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias”. Los derechos así reconocidos se relacionan con los mecanismos de protección previstos en el artículo 43 que recepta el amparo genérico, el amparo colectivo, el habeas data y el habeas corpus, con la siguiente redacción: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consiste 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, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el derecho de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en su caso el agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Adrede hemos transcripto el derecho de acceso a la protección judicial de las garantías previstas en la Constitución. Su redacción parte de la identificación del derecho de amparo como instrumento previsto para lograr una decisión que sin dilaciones restaure la garantía lesionada, para luego reconocerlo sobre los derechos de incidencia colectiva. El habeas data concebido para obtener información sobre datos personales debe ser interpretado en consonancia con el amparo y, fundamentalmente, con el área de privacidad que está destinado a proteger. De ese modo lo entendió el convencional Delich que al explicar que “Si se observa bien, hasta ahora tanto en nuestro derecho constitucional como

en nuestra práctica el derecho de ciudadanía tuvo un cariz y un contenido razonablemente pasivo: quiere decir que los derechos están garantizados pero no está garantizado ni el modo ni el orden, y tampoco están señalados los caminos activos para la defensa y la realización de esos derechos. Con el derecho de habeas data, junto con los nuevos derechos, lo que estamos haciendo es pasar de una visión pasiva a una visión activa, estamos ofreciendo a los ciudadanos un conjunto de instrumentos, de herramientas, de disponibilidades que le permitirán afirmar sus propios derechos individuales, y no necesito decir que afirmando los derechos individuales no hacemos otra cosa que afirmar la propia legitimidad del Estado”⁹. Quiroga Lavié, también convencional en 1994, coincide en que el poder constituyente ha protegido con el artículo 43 el derecho a la intimidad con el sentido tuitivo definido por la Corte Suprema en el caso *Ponzetti de Balbín* que se configura como el “derecho a decidir por sí mismo en qué medio compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”¹⁰.

La redacción de la norma constitucional fija, por una parte, el derecho a conocer y, por la otra, aquello que la persona puede exigir¹¹. En el primer nivel permite el conocimiento de los datos a ella referidos que se encuentren en registros o bancos, tanto públicos como privados. Obtenida esa información cabe exigir, en caso de falsedad o discriminación, que se la suprima, rectifique, mantenga en forma confidencialidad o actualice. El atributo de falsedad o discriminación, contenido en la norma, no siempre califica la intromisión sin derecho o la tenencia de datos que una persona legítimamente desee no dar a conocimiento público¹². Esa segunda fase de la norma debe ser interpretada en conjunto con otras garantías como el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que

9. Boletín n° 27, página 1323, de la Convención Constituyente de 1994.

10. Consultar en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de redacción*, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, página 157. En esas páginas Humberto Quiroga Lavié puntualiza que “el habeas data tiene por finalidad impedir que en bancos o registros de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que están directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso. Se trata, particularmente, de información relativa con la filiación política, las creencias religiosas, la militancia gremial, el desempeño en el ámbito laboral o académico, entre muchos otros objetivos. Las tristes experiencias de persecución ideológica vividas en el país justifican plenamente la tutela (Hitters, Juan Carlos, Boletín N° 26, página 1260). Ver el artículo de Vanossi, Jorge, *El “habeas data”: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, ED, 159-949, en donde el autor destaca que este instrumento no es una pieza aislada del sistema de garantías, dado que al referirse al derecho a la información juega un papel preponderante en cuanto a la libertad personal.

11. Ver Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, Ediar, 1995, tomo VI, página 321.

12. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (artículo 20 inciso 3°) al regular el habeas data invierte la exigencia al establecer que ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros salvo que tengan un interés legítimo. Similar orientación sigue la Constitución del Chaco (artículo 19). La Constitución de Chubut (artículo 56) permite exigir la supresión o rectificación en caso de error, omisión, falsedad o discriminación. La Constitución de Córdoba (artículo 50) permite el conocimiento y prohíbe los registros con destino discriminatorio y la divulgación de la información a terceros. En Jujuy al Constitución prohíbe el acceso de terceros (artículo 23.6). La Rioja (artículo 30), Río Negro (artículo 20), San Juan (artículo 26), San Luis (artículo 21) y Tierra del Fuego protegen el derecho a la información.

dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada. Sin dejar de ver que el habeas data ha sido regulado para obtener información, al mismo tiempo se debe considerar que resguarda contra aquella que una persona quiere preservar para sí. Agregamos que esta garantía puede encontrarse en colisión con la libertad de prensa razón por la cual el constituyente ha preservado el secreto de las fuentes de información periodística.

El primer intento de reglamentar el derecho a salvaguardar los datos personales, mediante la sanción por el Congreso de la ley 24.745, resultó abortado por la decisión del Poder Ejecutivo de vetar la norma. En líneas generales la ley vetada permitía registrar información concerniente a personas físicas o jurídicas identificadas o identificables, sobre características propias o informaciones objetivas, cuando fueran adecuados, pertinentes, y no excesivos con relación al ámbito y finalidad para el que se hubieran obtenido. Los datos de carácter personal debían ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios y requieran el consentimiento expreso por escrito del titular, salvo que una ley disponga lo contrario. Dicho principio cedía cuando los datos fueran accesibles al público, se recaben en ejercicio de funciones propias de la administración pública o se refieran a personas vinculadas por un negocio jurídico, una relación administrativa y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato. Resultaban especialmente protegidos los datos de carácter personal que revelaran ideología, raza, religión, hábitos personales y comportamientos sexuales. Tampoco podían ser objeto de tratamiento los datos que revelen estado de salud, situación patrimonial y obligaciones tributarias, salvo que mediaren razones de interés general, y así lo dispusiera una ley o exista consentimiento del interesado. En cuanto a los registros sobre solvencia económica se limitaba la incorporación de datos cuya antigüedad no exceda los cinco años, de carácter personal, obtenidos de fuentes accesibles al público, del propio interesado, o los relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, facilitados por el acreedor. En este último caso se notificará por diez días al interesado sobre el tratamiento de dichos datos. La ley creaba la Comisión Bicameral de Seguimiento y Protección de datos que tenía como misión salvaguardar los derechos tutelados, sin perjuicio de las facultades propias del Poder Judicial, al cual se podía acceder mediante la acción de amparo¹³. El Senado de la Nación, a fines de 1998, dio media sanción a un proyecto de ley de protección integral de los datos personales consignados en archivos, registros, bancos de datos, sean estos de carácter público o privado. El proyecto define el concepto de dato sensible y los derechos del titular del dato y de los usuarios, estableciéndose un deber de confidencialidad de las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos personales. Asimismo, prohíbe la transferencia de datos personales con países u organismos internacionales o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados, salvo casos expresamente enunciados en la ley. El órgano de control a crearse dentro de la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación, contará con autonomía funcional y actuará como órgano descentralizado, debiendo la designación de su Director ser propuesta por el

13. El Decreto 1616/96 que vetó la acción de amparo alude en su fundamento a las desmedidas atribuciones de la citada Comisión Bicameral.

Poder Ejecutivo y aprobada por el Senado. En cuanto a la prestación de servicios de información crediticia, los datos pueden ser archivados por cinco años.

Mientras el debate parlamentario continua abierto, en el ámbito judicial se han dictado algunos precedentes que muestran visiones restrictivas y amplias del derecho a la intimidad y de su reverso, el derecho a la información. Entre los ejemplos de una visión restringida recordamos el caso “Gamorra”¹⁴ vinculado con un la presentación de un habeas data destinado a solicitar a los organismos de seguridad antecedentes y datos sobre posibles trabajos de inteligencia y seguimiento con respecto a los abogados de Scilingo, quien ganó trascendencia pública producto de sus denuncias sobre los ilícitos cometidos durante el régimen militar por el grupo de tareas que prestaba funciones en la Escuela de Mecánica de la Armada y los relatos sobre los vuelos de la muerte. El pedido, de acuerdo con el fallo, se encontraba fundado en ciertos hechos altamente sospechosos que los abogados manifestaron haber sufrido. La Cámara no corrigió la sentencia del juez de primera instancia que rechazó la petición por encontrar que el artículo 43 requería que la información estuviera en registros públicos situación que a su entender no es asimilable al pedido de informes o antecedentes. La disquisición entre aquello contenido en un determinado archivo y las constancias de una investigación, seguramente archivadas en algún tipo de registro que pueden ser pedidas por informe, ocultan la sustancia de una discusión en donde simplemente se ha denegado el derecho a conocer la información que hubiera podido determinar si les asistía razón a los abogados que pedían la protección jurisdiccional.

En la causa *Suarez Mason*¹⁵, Carmen Aguilar de Lapaco, sosteniendo su derecho a la verdad, solicitó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires que requiriera al Ministerio de Defensa toda la información que existiera en esa fuerza y en las de seguridad e inteligencia, acerca del destino final sufrido por las personas “detenidas desaparecidas” entre los años 1976 y 1983. La decisión de la Cámara votada por cuatro de sus miembros fundó el libramiento del oficio en la obligación del Estado de proporcionar todos los mecanismos que estén a su disposición para determinar qué sucedió con las personas desaparecidas en esos años. El Secretario General del Ejército respondió que no obraban en esa fuerza los antecedentes requeridos. Ante esa respuesta la Sra. de Lapacó petitionó el libramiento de nuevos oficios, a lo cual la Cámara respondió que sus poderes jurisdiccionales habían quedado agotados con la legislación de punto final y obediencia debida y el decreto de indulto. La mayoría de la Corte Suprema, integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez, declaró la improcedencia del recurso extraordinario al argumentar que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a sus autores y, en el proceso examinado, la realización de las medidas peticionadas implicaría la reapertura del proceso y

14. Sentencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala de feria, del 1.8.97. Consultar en *LL*, 21/5/98, con nota de Gallardo y Justo López (h.), *¿Existe la acción de “habeas data” en la República Argentina?*

15. Ver el fallo de la Corte Suprema del 13/8/99 en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, del 21/9/98, con nota de Bidart Campos, Germán: *La investigación por la desaparición de personas en una causa penal por privación de libertad.*

el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente. En la disidencia de los ministros Petracchi y Bossert, que compartimos, contesta la posición de la mayoría al sostener que “el hecho de que la persecución penal se encuentre clausurada respecto de algunas personas y respecto de hechos que hayan tendido ciertas características no implica, automáticamente, el cierre de la investigación. Muy por el contrario, sólo en la medida en que ella continúe se podrá determinar si esos hechos fueron cometidos por los autores alcanzados por las exenciones de pena o si, en cambio, ellos fueron cometidos por terceras, o bien, en circunstancias o con vinculación a hechos no comprendidos en las leyes en cuestión. Las normas que eximen de pena a ciertos autores o a ciertos hechos no lo hacen en forma indiscriminada, sino que establecen la identidad de los beneficiarios, o bien, describen circunstancias en las que el hecho debió haber sido cometido. No se pretende eximir de pena a cualquiera o en cualquier situación, sino sólo cuando se da el conjunto de condiciones ante las cuales se presume la innecesidad o la inconveniencia de la aplicación de la pena. Frente al caso concreto, por lo tanto, es ineludible comprobar si efectivamente se dan los presupuestos fácticos y normativos de la eximente, que tiene carácter excepcional y que se encuentra prevista sólo para casos o autores de ciertas características, pero no para otros. Y para descartar esta última alternativa, es imprescindible que la investigación no se interrumpa en forma inmediata, sino cuando las circunstancias del hecho estén lo suficientemente esclarecidas como para que la eximición de pena alcance sólo a los hechos o a los autores a quienes la norma pretendió beneficiar...”. La visión de la disidencia explica claramente que la razón de ser del proceso penal y el debate que dentro del mismo tiene lugar no puede ser circunscripto a un marco muy reducido, en el cual la liberación de ciertos responsables lleve, sin excepción, al cierre de toda alternativa de investigación cuando, como en este caso, ciertos hechos vinculados con aquello que se debió esclarecer aún permanecen en una protegida tiniebla¹⁶.

Como lo anotó lucidamente Bidart Campos, la disidencia del ministro Boggiano abrió una perspectiva de solución del caso, apoyada sobre el *iuria novit curia* y en una interpretación amplia del habeas data, al entender que Lapacó básicamente solicitó el reconocimiento de su derecho a conocer datos almacenados en registros o bancos de datos públicos. Desde esa visión vinculó el derecho a la intimidad como el derecho a la información al señalar que “el creciente almacenamiento y recopilación de datos de carácter personal en el mundo moderno, facilitado en gran parte por el avance de la informática, torna razonable consagrar un derecho

16. Con razón señala Morello, Augusto, *Los contenidos de la pretensión procesal penal y de la garantía de “habeas data, LL, 1998-F-365*, “el meollo de la cuestión anida -y la respuesta se ceñirá específicamente a la que puede suministrar la lectura procesal del tema- en la adecuada caracterización, en el caso, del objeto y contenido de la pretensión penales que daba origen a la actividad investigativa recabada. De las puntualizaciones que subrayan los votos disidentes surge claro que lejos de haberse agotado el objeto procesal, como lo postula la mayoría, su rico y versátil contenido en las condiciones de esta causa habilitaba al órgano judicial a proseguir la instrucción y no darla por terminada”. Discrepa con esta posición Bianchi *El habeas data como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 27.11.98, en la última parte de su comentario al caso *Urtega* sosteniendo que no es posible reabrir un proceso en el cual se ha dictado un sobreseimiento definitivo.

especial que proteja a las personas humanas para controlar la información que de ellas consta en los registros, archivos o bancos de datos. En este sentido, es insuficiente concebir el derecho a la intimidad como un derecho destinado a excluir a los terceros de la zona de reserva, sin contar al propio tiempo con un derecho de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto”.

La Corte Suprema nuevamente volvió a tratar el tema del derecho a obtener información sobre el destino de personas desaparecidas durante la última dictadura militar en el caso *Urteaga*¹⁷. La demanda, en el precedente citado, fue iniciada por el hermano de una persona supuestamente abatida el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en Villa Martelli, quien presentó ante la justicia en lo Contencioso Administrativo Federal una acción que denomino acción de amparo de *habeas data*, con el objeto de obtener información sobre los hechos existente en Bancos de Datos del Estado.

La decisión del caso, no obstante las diferentes formas de exponer el derecho protegido en cada uno de los votos que la conforman, coinciden en esencia en proteger el acceso a la información y la consecuente obligación del Estado de entregar aquella que obre en su poder. Es cierto como lo afirma Bidart Campos¹⁸ clásicamente la garantía recogida en el artículo 43 inciso 3° de la Constitución Nacional tuvo en mira reconocer el derecho a la autodeterminación informativa, o a la libertad informática, o a la privacidad de los datos, situación que refiere a la esfera en la cual se puede limitar el ingreso de otras personas y ahora ese mismo derecho pareciera referirse también al acceso a la verdad de lo ocurrido, que básicamente, por las características de los sucesos tiene una clara nota de acontecimiento que trasciende de lo privado para ir a lo público. Pero como también sostiene Bidart Campos las garantías constitucionales no pueden ser cristalizadas y su riqueza está dada por el dinamismo de la interpretación que permite ver su rendimiento en situaciones concretas dignas de protección. Aquí con un pensamiento garantista la Corte no se detuvo en el nombre de la acción y considero que el derecho al dato, en general debía ser protegido. Se permitió pasar del derecho legítimo a la verdad que una persona puede interés legítimo de no querer compartir, a la verdad que es necesario conocer.

Retornando al derecho a la intimidad y su relación con la difusión pública de cierta información nos parece interesante hacer referencia al caso *Menem* en el que le tocó a la Cámara Nacional Civil pronunciarse sobre una demanda civil entablada por el Presidente de la Nación debido a tres publicaciones de la revista noticias. Las referidas publicaciones tenían sintéticamente el siguiente contenido: “1- en una de ellas se difundieron públicamente circunstancias vinculadas a la presunta paternidad de su hijo fallecido respecto de una menor-nieta de aquél- y a constancias obrantes en la causa judicial sobre reconocimiento de filiación; 2- en otra de ellas se informa sobre el estado depresivo en el que se encontraría la ex esposa, a raíz de haber tenido aquél un hijo extramatrimonial con una legisladora cuando se encontraba detenido en una localidad de la Provincia de Formosa, alrededor del año 1980; 3- en otro ejemplar, se publicaron detalles acerca de dicha relación, y del actual vínculo

17. Consultar en *LL*, 25/11/98.

18. *¿Habeas data, o que? ¿Derecho “a la verdad” que?;* *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional, 13/2/99.

que sostendrían los involucrados, entre los que se incluyen supuestos favores económicos y reclamos de esta naturaleza”¹⁹. El conflicto residía en la libertad de informar a la opinión pública y el derecho a la intimidad. En la opinión del juez Kiper si bien no hay duda sobre la importancia de la información vinculada al Presidente se debe respetar su ámbito de privacidad. A su entender las noticias difundidas, atinentes a la vida privada del actor, carecen de justificación en un interés colectivo para extraer de ellas algunas conclusiones relevantes de índole comunitaria. En la disidencia del juez Achával se dan las razones de la trascendencia pública de la noticia que impide limitar su divulgación con sustento en el derecho a la intimidad: “No es ajena al político la intención de conseguir el respaldo del público y, su anuencia respecto de las decisiones que le compete tomar; de allí que es lógico concluir que no puede devenir ilegítima la conducta que permite al ciudadano contar con todos aquellos elementos que habrán de incidir en la formación de su juicio en materia de decisiones políticas, entre éstas, la aprobación o rechazo de la figura del Presidente de la Nación. La oposición a la divulgación de cierta información, por parte del implicado en ella, no puede encontrar su explicación sino en el pensamiento, por su parte, acerca del efecto adverso que la revelación pueda tener en la opinión pública, siendo que no puede ser ésta la guía de análisis para decidir los conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de prensa, bajo pena de incurrir en la perniciosa manipulación”.

Hasta aquí hemos planteado distintos aspectos del derecho a preservar un área de reserva o privacidad en la cual sea posible lograr evitar intromisiones arbitrarias, tomando en cuenta el desarrollo y aplicación de los principios constitucionales, los mecanismos de protección y la interpretación que los jueces han realizado de los referidos principios, con la finalidad de dejar abierta la discusión sobre los distintos aspectos del problema que han sido simplemente planteados. Resta decir que existen serios problemas a la hora de reclamar la intervención de la Justicia para la defensa de las garantías vulneradas. El sistema judicial se encuentra en una ostensible situación de crisis y la sociedad percibe con profundo recelo su actuación. El diagnóstico realizado por un grupo de investigadores en el año 1995 con apoyo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento en el ámbito del Ministerio de Justicia permitió identificar la magnitud del problema. Lamentablemente el plan de acción sugerido en aquella oportunidad no ha avanzado en forma coordinada.

3. LA DEFENSA DE LA INFORMACIÓN PRIVADA EN EUROPA

La Convención Europea para la protección de los derechos humanos resguarda la capacidad legal de mantener cierta información secreta o fuera del alcance de la autoridad estatal y de otras personas en el artículo 8º, que declara el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia, prohibiendo toda injerencia de una autoridad pública salvo cuando la ley lo autorice y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la

19. El fallo de la Cámara Nacional Civil, sala H, del 11/3/98, se encuentra publicado en *LL*, del 15/4/98. El párrafo fue transcripto del voto del camarista Daniel Kiper.

moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. La Corte de Estrasburgo interpretó con amplitud el texto de la Convención. En el caso *Klass*²⁰ se analizaba la legislación de la por entonces Alemania Federal que permitía un control genérico sobre la correspondencia, los envíos postales y las telecomunicaciones. Con respecto a las conversaciones telefónicas no mencionadas expresamente el artículo 8º el Tribunal estimó que ellas se encuentran comprendidas en las nociones de “vida privada” y de “correspondencia”, agregando que el sistema de vigilancia previsto contiene diversas cláusulas destinadas a evitar a un mínimo indispensable el efecto de las medidas de control que limitan a la autoridad administrativa. El caso *Malone v. Reino Unido*²¹ consolida la referida interpretación, pero aquí el Tribunal Europeo consideró que las escuchas sobre las conversaciones telefónicas no operaban sobre una regulación justificada en la segunda parte del artículo 8º, y que, por otra parte, carecía de claridad²².

El Consejo de Europa en el año 1981 adoptó la Convención para la protección de los individuos con respecto a la automatización de procesos sobre datos personales, que permite su procesamiento siempre que sean obtenidos legalmente, almacenados con propósitos legítimos y específicos y no usados en un modo incompatible con dicha finalidad; además deben ser adecuados, relevantes y no excesivos con relación al objetivo por el cual son procesados y mantenerse actualizados. La Convención se opone al procesamiento automático de datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas o religiosas y otras creencias, así como condiciones de salud y vida sexual y confiere el derecho de constatar la existencia de una archivo de datos personales, sus principales propósitos y la identidad y domicilio de quien controla el registro, pudiendo requerir las razones por las cuales la información relativa a su persona se encuentra archivada, las características de esos datos, en una forma que le permita acceder a ella, y la rectificación o supresión de los datos archivados. Las limitaciones a dichos principios solamente pueden provenir de una ley y constituir una medida necesaria en una sociedad democrática que tenga por objetivo resguardar la seguridad del Estado, la seguridad pública, el interés económico del Estado o la supresión de delitos, como la protección de los derechos y libertades de otras personas. Quedan preservados los archivos de información formados por datos estadísticos o con propósitos científicos, cuando no hay riesgos de injerencias en la privacidad de los titulares de los datos archivados. La Convención apoyada en la asistencia mutua adopta como órgano al Comité Consultivo formado por representantes de los Estados miembros.

En el terreno de la integración regional es interesante observar como la Unión Europea, al rescatar el principio de intimidad, avanza sobre la protección de la información con la Directiva 95/46/CE²³ del Parlamento y del Consejo, aprobada el 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre

20. Sentencia del 6/9/78, nº 28, 2 E.H.R.R. 214.

21. Sentencia del 2/8/84, nº282, 4 E.H.R.R. 330

22. La relación entre investigaciones públicas sobre información privada puede consultarse en Janis, Kay y Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford, 1995, página 290. Ver el caso *Katz v. United States* 389 U.S., 1967, en donde la Corte Suprema de Estados Unidos se ocupa de la interceptación de llamadas telefónicas en el marco de la IV Enmienda.

23. Puede consultarse en <http://www.onnet.es/ley0041.htm>

circulación de ellos. La dimensión asignada a la Unión por la Directiva no se circunscribe a la garantía de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales de un Estado miembro a otro, ya que su cometido es también la protección de los derechos humanos conjugados con sus objetivos, que en el caso particular del derecho a la intimidad garantizado por cada Estado, guarda relación con una serie de actividades económicas en escala comunitaria, razón por la cual resulta conveniente unificar criterios de protección y coordinar legislaciones internas, máxime cuando dichos datos circulan en forma transfronteriza. Los datos abarcados por la Directiva son aquellos que se encuentran contenidos o se destinan a encontrarse contenidos en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a la información de carácter personal, quedando excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva cuando existan fines de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado, o para el ejercicio de las actividades del Estado relacionadas con ámbitos del derecho penal o para el ejercicio de otras actividades que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho comunitario. Con similar texto que la Convención de 1981 la Directiva prevé que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean tratados de manera leal y lícita; recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas. Se establece la obligación de prohibir en las jurisdicciones nacionales el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos, relativos a la salud o a la sexualidad. Los Estados miembros establecerán exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión. Con respecto a la toma de decisiones vinculadas con información obtenida sobre registros automáticos la Directiva establece que los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas, o que les afecten de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, habilidad, conducta, etc., excepto cuando: a) se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista o para salvaguardia de su interés legítimo; o b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado. El responsable del tratamiento de datos deberá notificar a la autoridad de control sobre el procedimiento a ejecutar y se contempla el compromiso de proteger la garantía de acceso a la justicia para defender la privacidad de los datos personales y el debido control por autoridad administrativa. Principios. La transferencia a un tercer país de datos personales que sean objeto de tratamiento se permitirá cuando el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado. El carácter

adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado. Cuando la Comisión compruebe que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate. Para la coordinación de acciones y contralor de la Directiva se crea un Grupo formado por representantes de las autoridades de control de cada Estado miembro, representantes de los órganos comunitarios y de la Comisión y esta última será asistida por un Comité con representantes de los Estados.

El marco de protección ha sido recientemente reforzado por la Directiva nº 97/66/CE del Parlamento y del Consejo sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, dirigida a actuar sobre las nuevas redes digitales públicas avanzadas de telecomunicación, como el video por pedido o la televisión interactiva, la red digital de servicios integrados y las redes móviles digitales. A diferencia de la Directiva 95/46/CE esta normativa se aplica también para la protección de los intereses legítimos de las personas jurídicas. En esta normativa se prevé expresamente que el proveedor de un servicio público de telecomunicaciones deberá adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de sus servicios con la colaboración del proveedor de la red pública de telecomunicación en lo que respecta a la seguridad de la red, debiendo informarse a los abonados cuando exista un riesgo concreto de violación de la seguridad de la red, correspondiendo a los Estados miembros garantizar, mediante normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de las redes públicas y de los servicios de telecomunicación accesibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, con excepción de las grabaciones legalmente autorizadas de comunicaciones en el marco de una práctica comercial lícita destinada a aportar pruebas de una transacción comercial o de cualquier otra comunicación comercial. La directiva regula también el derecho a identificar la línea llamante y el poder del usuario que llama de no reconocer su línea. Con respecto a los datos personales que contengan las guías impresas o electrónicas accesibles al público se señala que deberán limitarse a lo estrictamente necesario para identificar al abonado concreto, a menos que éste haya dado su consentimiento para que se publiquen otros datos personales. La Directiva remite a las disposiciones de la Directiva 95/46/CE en cuanto a recursos judiciales, responsabilidad y sanciones, preservando, también la actuación del Grupo de protección y del Comité asistente de la Comisión.

Los distintos planteos formulados en Europa con relación a la esfera de privacidad reservada a cada individuo muestra que el cambio se ha producido en los medios utilizados para penetrar en la zona de reserva, que producto de su agresividad han repotenciado la necesidad de desarrollar mecanismos de defensa. La propia Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en su artículo 8° diagrama las características básicas de este derecho y su utilización con prescindencia de lecturas sólo refugiadas en la letra de la norma fueron permitiendo brindar asistencia en situaciones en las cuales era palpable el quebrantamiento de los derechos. Entre la Convención para la protección de los derechos humanos y la Directiva 97/66/CE existe un redimensionamiento de la libertad resguardada. Las directivas comentadas ofrecen una basta gama de problemas a ser resueltos y ofrece respuestas que deben ser analizadas en el marcos de eventuales aplicaciones.

4. DIFERENCIAS Y APROXIMACIONES EN LOS DOS ESCENARIOS DESCRITOS

La Argentina junto con sus socios del Mercosur está desarrollando un proceso de integración en el cual aún queda mucho por hacer. En lo tocante al tema tratado la Constitución Brasileña²⁴ consagra el habeas data 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 para la rectificación de datos y la Constitución de Paraguay²⁵ que establece que toda persona puede 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, pudiendo solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos. Uruguay, por su parte, es parte de la Convención Americana en donde está previsto el derecho de defensa sobre las injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada. La coordinación de acuerdos marcos de protección y el replanteo de los alcances de la posibilidad de entrar en contacto con aquella información reservada a la esfera personal puede tener como referencia la discusión antes descrita.

Aquí nos hemos propuesto deslindar el derecho de la privacidad de aquél, más específico y con un área de realización propia ya definida, de mantener una zona de reserva personal independiente de las injerencias de otras personas. Este derecho se encuentra amparado en el propio texto de la Constitución Argentina de 1853/60 y el instrumento rescatado por la Constitución de 1994 debe ser interpretado con amplitud, entendiendo la finalidad para el cual fue adoptado, que consiste, insistimos, en el amparo del área de reserva personal. Las discusiones sobre su reglamentación continúan siendo un marco abierto al debate y plantean una plataforma sugerente para el lanzamiento de nuevas ideas que permitan una mayor tutela en un medio que se muestra más propicio para su violación que para su reconocimiento.

24. Capítulo I, artículo 5° LXXII.

25. Artículo 35.