

Protección de datos personales y reforma constitucional

DANIEL RICARDO ALTMARK
EDUARDO MOLINA QUIROGA

Ministerio de Justicia. República Argentina

1.INTRODUCCION

No es esta la primera oportunidad en que abordamos aspectos jurídicos que constituyen consecuencia directa del impacto de la informática en la sociedad.

Al decir de Ettore Giannantonio¹, *“la difusión de la informática en todos los aspectos de la vida social, ha dado nacimiento a nuevas posibilidades, nuevos intereses pero también nuevos peligros, dando necesario nacimiento a una nueva disciplina jurídica...”*

En efecto, desde el ámbito del derecho informático se ha orientado la preocupación por la elaboración de respuestas adecuadas a esa nueva problemática planteada por el impacto de la informática en la sociedad. Los contratos informáticos, el delito informático, la protección legal del software el valor jurídico del documento electrónico, son algunos de los aspectos en relación a los cuales los juristas deben abordar la elaboración de dichas respuestas.

Un aspecto en que tempranamente la informática ha impactado en el derecho, y que requirió la también temprana preocupación de los juristas en el análisis de la cuestión, es el vinculado al tratamiento del dato personal, su estrecha vinculación con el derecho a la intimidad, y la problemática planteada por la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal.

■ 1 Giannantonio Ettore, Manuale di diritto dell'Informática, Ed.CEDAM pág.3 y ssgtes.

El reconocimiento de la intimidad o vida privada, como un bien susceptible de tutela jurídica, en opinión compartida por los tratadistas² parece remontarse a fines del siglo pasado, ya que hasta entonces el mencionado derecho era considerado exclusivamente como un hecho resultante de la costumbre social o bien del denominado respeto moral debido a la persona³.

Con motivo de los inconvenientes que le estaban ocasionando determinadas publicaciones periodísticas, un joven abogado de Boston, Samuel D. WARREN⁴ en colaboración con Luis D. BRANDEIS⁵ publican el trabajo titulado *The Right to Privacy* en la "HARVARD LAW REVIEW"⁶, ensayo en que los autores plantean que todo individuo tiene derecho a "ser dejado en paz", o a "ser dejado tranquilo", o a "que lo dejen solo", o a "no ser importunado"⁷, es decir plantean efectivamente el necesario reconocimiento de la existencia de una vida íntima, destacando el necesario arbitrio de los medios adecuados para protegerla al modo en que se protege la propiedad privada⁸.

Se menciona también, investigando los orígenes que Kohler, en Alemania, se había referido ya en 1880 a un "derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada"⁹.

Desde el punto de vista de los antecedentes normativos referidos a la protección del derecho a la intimidad, uno de los más antiguos que merecen ser citados es el anteproyecto del Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo¹⁰, así como la declaración de los derechos del hombre de la Asamblea

- 2 RIVERA, Julio, Derecho a la intimidad, en La Ley 1980-D-912, y Derecho Civil, Parte General, Temas. Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1987; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El Derecho a la Identidad Personal y Otras Figuras, Ed. Astrea, Bs.As., 1992, p.153; FROSSINI, Vittorio, Informática y Derecho. Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1988, p-65 y otros; v.a. de: DIAZ MOLINA, Iván, El Derecho de Privacy en el Common Law y en el Derecho Civil (estudio comparativo), en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año XXVII, citado por Rivera; LEONAFANTI, María A., El derecho a la intimidad en la Argentina (nuevo artículo del Código Civil), La Ley 1975-B-1324, etc.
- 3 FROSINI, Vittorio, Informática y Derecho, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1988, p.75, etc.
- 4 Warren se había casado con la hija del Senador Bayard y había principiado a llevar una vida de lijo y rumbosa, hecho que atrajo la curiosidad y chismografía de la llamada prensa amarilla, hasta el punto de convertirse en un escándalo, sobre todo en la puritana sociedad bostoniana de fin de siglo.
- 5 Brandeis luego llegó a ser Juez de la Corte Suprema de los EE.UU.
- 6 Harvard Law Review, vol.IV, No.5, 1890, pág.193/220.
- 7 LEONAFANTI, María, *op.cit.*
- 8 En el citado artículo, decían "La prensa ha sobrepasado en todo sentido las fronteras claramente demarcadas a la prudencia y la decencia. El chisme no es ya el recurso del ocioso o del corrupto, sino que se ha convertido en un comercio que se realiza con provecho y con solvencia. Para satisfacer un gusto espúreo se expanden los detalles de las relaciones sexuales desde las columnas de los diarios. Para dar ocupación al indolente se llenan columnas con chistes y habladurías que solamente se pueden conseguir introduciéndose en el círculo de la familia..." (citado por DIAZ MOLINA, Iván, *op.cit.*
- 9 FERNANDEZ SESSAREGO, *op.cit.* p.153 y ss.
- 10 LEONAFANTI, María, *op.cit.* quien además transcribe en el Anexo A de su artículo, bajo el número 11) p.1330/1. El anteproyecto es de 1943, y sería la fuente directa de nuestro actual artículo 1071 bis del Código Civil.

General de las Naciones Unidas de 1948¹¹, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹², la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, mereciendo especial mención la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³, invocada argumentalmente por la jurisprudencia en el caso Ponzetti de Balbin¹⁴, “leading case” en la materia.

Desde el punto de vista de nuestro país el derecho a la intimidad es atendido por normas tales como el art.19 de la Constitución Nacional¹⁵, el art.18 al sostener la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados¹⁶, la normativa de la antigua ley de marcas¹⁷, lo dispuesto por la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual¹⁸, así como el art.1071 bis del Código Civil (Ley 21.173)¹⁹.

Se puede conceptualizar el derecho a la intimidad como “la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desa-

- 11 Incorporada en la Constitución Nacional (art.75 inc.22), cuyo Artículo 12 dice: “Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques”.
- 12 Bogotá, 1948, también incorporada al texto constitucional (art.75 inc.22 CN)
- 13 Conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” (22-11-69), ratificada por Ley 23.054 e incorporada al texto constitucional argentino en 1994, (art.75 inc.22 CN), cuyo artículo 11 dice: “...2 nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El artículo 14, a su vez, establece el derecho a réplica para toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general.
- 14 CSJN, 11-12-84, La Ley 1985-B-114, voto de los Dres. Caballero y Belluscio.
- 15 “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”
- 16 Estos principios tienen un profundo arraigo en el Derecho Público Argentino, y ya se encontrarían disposiciones similares en el Estatuto Provisional de 1815, luego recogido en el Reglamento de 1817 y en las Constituciones unitarias de 1819 y 1826. Cf.RAMELLA, Pablo, *El Derecho a la Intimidad*, La Ley t.140-1175.
- 17 Ley 3.975, art.4o., que establecía que los nombres y retratos de las personas no podían usarse como marcas sin el consentimiento de sus titulares o de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive.
- 18 Artículo 31 Ley 11.723: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”. Y el Artículo 32 dice: “El derecho de publicar las cartas pertenece al autor. Después de la muerte del autor es necesario el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo que antecede y en el orden ahí indicado”. El primer texto está más vinculado con lo que modernamente se conoce como el “derecho a la propia imagen”, que tendría autonomía en relación al derecho a la intimidad.
- 19 Artículo 1071 bis del Código Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

rollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni ingerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje²⁰.

Se ha debatido asimismo con relación al carácter de los datos que en este ámbito merecen tutela legal, existiendo consenso en la inclusión de los datos de carácter sentimental, sexual, médicos²¹, así como los referidos a convicciones políticas, religiosas o filosóficas de una persona²².

La irrupción de la informática en la sociedad ha replanteado la cuestión del derecho a la intimidad en atención al riesgo que para la persona, implica la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad del entrecruzamiento de la información contenida en los mismos.

El instrumento informático ciertamente ha permitido la creación de grandes bancos de datos que permiten una gran concentración de enormes volúmenes de información de carácter personal, con el aditamento de la estructuración de sistemas que garantizan la rápida y eficiente recuperación de la misma.

Gran concentración y eliminación de obstáculos para su rápida y eficiente recuperación, implicarían de por sí la necesidad de elaborar respuestas jurídicas tendientes a proteger los abusos en la manipulación de la información personal. Pero la irrupción de la telemática, esa exponencial combinación entre las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, ha permitido no sólo concentrar y recuperar eficientemente información, sino fundamentalmente

- 20 **FERNANDEZ SESSAREGO**, op.cit., p.163. El mismo autor cita a la decisión de la Suprema Corte de Italia que precisó: "el derecho a la reserva consiste en la tutela de aquellas situaciones y actitudes estrechamente personales y familiares, las cuales, aunque se verificaran fueran del domicilio doméstico, no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable, contra las inferencias que, aunque se efectúen por medios lícitos, con finalidades no exclusivamente especulativas y sin ofensa del honor, la reputación o el decoro, no sean justificadas por intereses públicos preeminentes".
- 21 En esta materia, la preservación de la confidencialidad, o el deber de divulgación, particularmente frente al fenómeno del SIDA es una cuestión que divide las opiniones. Al respecto, **Mosquera, Gerardo Raúl**, SIDA: Preservación de la confidencialidad o deber de divulgación, el La Ley-actualidad-22-4-92 señala las contradicciones que se plantean en relación a esta cuestión, citando la declaración de 1987 de la Asociación de enfermeras americanas (ANA), oponiéndose a los tests obligatorios en los trabajadores de la salud, por los efectos negativos que un mal uso de la información confidencial en los registros del empleador, en relación a los empleos y los seguros. Véase también la Ley 23.790, y las leyes provinciales 10.636 (PBA); 5666 (Stgo.del Estero) y 1112 (La Pampa).
- 22 **NOVOA MONTREAL**, Eduardo, en "Derecho" a la vida privada y libertad de información" (cit.por Fernández Sessarego), enumera una serie de actividades que considera pertenecientes a la vida privada: creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas; aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual, aspectos embarazosos de la vida familiar, defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles, comportamientos cuyo conocimiento por extraños desmejoraría su reputación; afecciones de salud que lo pudieran afectar en su vida social o profesional; contenido de comunicaciones de carácter personal; la vida pasada cuando pudiera ser motivo de bo; orígenes familiares o cuestiones concernientes a la filiación que lastimen la posición social; el cumplimiento de las funciones fisiológicas, momentos penosos y de extremo abatimiento, y en general, cualquier hecho, dato, o actividad que susciten turbación moral o psíquica.

entrecruzar la información que sobre una persona existe en bancos de datos de diferente naturaleza, permitiendo estructurar perfiles de la personalidad que superan los datos que sobre una persona se registran en cualquiera de las informaciones entrecruzadas.

Es decir, con la informática y las telecomunicaciones no se descubre la preocupación por la protección del derecho a la intimidad, pero es evidente que el portentoso aporte de la tecnología, requiere, a efectos de proteger adecuadamente los derechos del individuo de una normativa que estructuren metodologías que efectivamente enfrenten los riesgos que la utilización de la tecnología informática significan, en el ámbito que nos ocupa, para el individuo.

En un estudio comparativo de la legislación vigente en la materia realizado en el año 1986,²³ de algunos países europeos, permitió extraer los principios esenciales que razonablemente deben tenerse en cuenta al estructurar normativas regulatorias de los bancos de datos de carácter personal.

El primer aspecto que rescatamos de dicho análisis es el de la adecuada justificación social de la recolección, la que deberá tener un propósito general así como usos específicos socialmente aceptables.

El principio denominado de la limitación de la recolección, impone la obligatoriedad de recolectar los datos por medios lícitos, poniéndose especial énfasis en la información al individuo del hecho de la recolección, así como la especificación del propósito o la finalidad para la cual será utilizada la información recogida. Se requiere asimismo el expreso consentimiento del sujeto a la incorporación de datos sobre su persona a un determinado banco de datos.

Las leyes sobre la materia establecen la exigencia de la fidelidad de la información registrada, exigencia que incluye expresamente la obligación de actualizar dicha información, rectificarla y cancelarla cuando así correspondiere. Es decir que este principio especifica que los datos registrados sobre el individuo deberán ser exactos, completos y actuales.

Otro principio establecido obliga al gestor de un banco de datos de carácter personal a la expresa declaración del propósito o la finalidad para la cual va a ser utilizada la información registrada, estableciéndose la prohibición de su utilización con un objeto o fines diferentes.

■ 23 5ta. Cám. Apel. Paris, 5-1-81, en autos Sté. Detassab c. Sté MBI", cit. por Isabelle de Lamberterie, ob. cit., p. 85, fte. "Expertises", No. 36-37, ene-feb 1982, ps. 3/5, y "Jurisdata", No. 26.993.

Se entiende asimismo que a los efectos que terceros puedan tener acceso a los datos personales registrados, se deberá contar con el expreso consentimiento del sujeto de los datos o con expresa autorización legal.

El denominado principio de la salvaguarda de la seguridad, pone en cabeza del gestor de un banco de datos de carácter personal, la obligación de adoptar las medidas de seguridad pertinentes a efectos de su protección contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado.

Se entiende asimismo que deberá limitarse en forma adecuada la conservación temporal de los datos registrados, limitándose razonablemente dicho tiempo al sólo efecto de permitir el alcance de los fines u objetivos para los cuales fueron recolectados.

Coinciden los estudios y la legislación comparada, como se detalla en el presente estudio, con la necesidad del establecimiento de un adecuado sistema de control, a efectos de garantizar la efectivización del conjunto de los principios que analizamos. Existen un conjunto de leyes que en este camino prevén la estructuración de organismos específicamente responsables de su aplicación.

En este aspecto corresponde destacar a título ejemplificativo que la Ley danesa establece una denominada **INSPECCION DE REGISTROS**, la ley francesa crea la **COMISION NACIONAL DE INFORMATICA Y LIBERTADES**, la ley noruega su **INSPECCION DE DATOS**, la ley austríaca crea la **COMISION DE PROTECCION DE DATOS** y el **CONSEJO DE PROTECCION DE DATOS**, ambos en jurisdicción de la Cancillería Federal, etc.

El principio de la participación individual, consagra el derecho de acceso a los datos concedido al individuo²⁴.

Dicho derecho de acceso comprende el derecho a:

- a) *obtener información de la entidad responsable de los datos acerca de la existencia de datos que le conciernan;*
- b) *ser informado dentro de un tiempo razonable y de manera comprensible;*
- c) *oponerse a cualquier dato que le concierna y a que esa oposición quede registrada;*

▪ 24 cit. Correa y otros, pág. 261.

d) obtener que los datos relativos a su persona, en caso de prosperar su oposición, sean suprimidos, rectificados o completados;

e) ser informado de las razones por las cuales se deniega su derecho de acceso o éste no se le concede en lugar, tiempo y forma razonables;

f) oponerse a toda negativa a darle las razones mencionadas precedentemente.

2. ANTECEDENTES

Pretendemos en el presente acápite efectuar un somero análisis del contenido fundamental de las leyes que en la materia ya han sido sancionadas, en el ámbito del derecho comparado. Pero parece útil también, analizar alguna normativa elaborada por organismos internacionales.

Fue en el año 1968 que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos²⁵ declaró su preocupación ante el riesgo potencial de violación de los derechos humanos que implicaba los avances científicos y tecnológicos, correspondiéndole a la Asamblea General de la ONU recomendar a los estados la realización de estudios que sirvieran de base para la redacción de normas que protegieran adecuadamente los derechos y libertades individuales, mencionando particularmente "las aplicaciones de la electrónica que puedan afectar los derechos de la persona y los límites que deberían fijarse para estas aplicaciones en una sociedad democrática"²⁶.

Por su parte, el Consejo de Europa, a través de su Comité de Ministros, efectivizó también en el año 1968 un estudio sobre la normativa de la convención europea de los derechos del hombre y las legislaciones de los estados miembros, con el objeto de establecer si existía una adecuada protección de la vida privada y otros derechos y libertades frente a los avances científicos y tecnológicos.

El mencionado estudio dio como resultado la elaboración del dos resoluciones referidas a la protección de la vida privada de las personas físicas en rela-

▪ 25 Teherán, ONU

▪ 26 Cf. Correa y otros.op.cit.NU "Los derechos humanos los adelantos científicos y tecnológicos, Nueva York, 1983. El Estudio preparado por la Secretaría General entre 1973 y 1976, sobre este tema, plantea los problemas que introduce el uso de computadoras para el registro de datos personales, destacando la posibilidad del acceso indiscriminado a la información y el aumento del margen de errores en dicha información, como consecuencia de faltas técnicas o programación defectuosa, recomendando la adopción de resguardos de tipo físico, técnico y jurídico, que permitan equilibrar los beneficios del uso de sistemas computarizados con el respeto de los derechos humanos.

ción a la operación de los bancos de datos informatizados en el sector privado (1973) y el en sector público (1974), recomendando a los estados miembros establecer normativamente los principios a que hemos hecho referencia en otro apartado del presente trabajo.

En cumplimiento de la pertinente indicación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1976), un grupo de expertos elaboró el texto de lo que finalmente fue la **CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LOS INDIVIDUOS CON RELACION AL PROCESAMIENTO AUTOMATICO DE DATOS PERSONALES**, conocida como la Convención de Estrasburgo y suscripta por veintiún estados europeos.

Se reconoce como la primera ley europea dictada especialmente en la materia que nos ocupa, la sancionada por el parlamento de Land de Hesse de la Ex-República Federal de Alemania²⁷. Entre otros aspectos dicha norma creaba el cargo de magistrado especial para la vigilancia de la aplicación de dicha norma²⁸, principio que se extendería a otros estados alemanes hasta la sanción de la ley federal alemana de 1977.

También en el año 1970, el Congreso de los EE.UU. aprobó el Fair Reporting Act²⁹, que tuvo por objeto la protección al cliente de los establecimientos de crédito contra la violación de su privacidad por parte de las agencias de información, y sin tener en cuenta el método utilizado para su registración.³⁰

Las características estructurales del derecho anglosajón han determinado que no exista en los EE.UU. una ley de carácter legal que regule la protección de datos personales, habiéndose establecido normativas específicas para determinados sectores y cuestiones.³¹ Además de la ya citada Fair Reporting Act en 1960, en 1974 se produjo la sanción de la privacidad, que otorga a todo ciudadano su "right to privacy"³². Esta ley de protección de la vida privada, se

■ 27 Frosini, V.op.cit; Correa y otros, op.cit.,etc.

■ 28 Frosini, Vittorio, *Informática y Derecho*, p.76 y 166, nota 2.

■ 29 26 de octubre de 1970.

■ 30 Frosini, V., op.cit.p.166 y nota 3.

■ 31 La ley sobre libertad de información, "Freedom of Information Act", sancionada en 1966, consagra el principio según el cual la información contenida en los documentos públicos es de libre acceso al pueblo norteamericano. La ley se aplica exclusivamente a las informaciones en poder de la Administración pública, con algunas excepciones específicas, entre las cuales se hallan las informaciones relativas a la vida privada de las personas. Las entidades de la administración pública están obligadas a llevar catálogos actualizados que permitan conocer al público interesado qué tipo de información está contenida en los registros de cada organismo. El derecho de acceso se ejercita por medio de una solicitud escrita que la administración está obligada a satisfacer. En caso de que se deniegue la información, queda abierta la vía judicial, y la carga de la prueba, cuando se trate de información confidencial, corresponde al organismo público involucrado. Cf. Correa, Carlos, op.cit.

■ 32 Frosini, V., op.cit.

aplica a las informaciones de tal carácter referidas a personas físicas y contenidas en registros del gobierno federal, estableciendo principios tales como el de que las entidades públicas sólo podrán llevar registros de datos personales que guardan relación con los fines para los cuales han sido creadas, estando asimismo, obligadas a obtener dicha información directamente del sujeto pertinente, así como mantener los datos actualizados y conceder al individuo el derecho de acceso a los mismos³³. Se exige el consentimiento expreso del interesado para poder proceder a la difusión de los datos personales registrados³⁴.

La primera norma europea de alcance nacional, fue la ley sueca sancionada el 11-5-1973³⁵.

Dicha norma introduce la creación de un registro público específico obligando a registrar en el mismo los archivos electrónicos de datos personales, ya sean éstos de carácter público o privado³⁶.

Establece el requisito de otorgamiento de una licencia específica³⁷ a quien pretenda gestionar un registro de datos personales.

En el caso de que los datos registrados sean de los considerados sensibles³⁸, la ley³⁹ exige una autorización expresa para su funcionamiento del órgano encargado de la aplicación de la ley que es la denominada **INSPECCION DE DATOS**⁴⁰. La ley prevé asimismo la existencia de un responsable a los efectos de la habilitación de un banco de datos personal, tanto en el ámbito público como en el privado⁴¹.

- 33 El derecho de acceso tiene limitaciones en el caso de los registros llevados por la CIA, el FBI, los servicios de inmigraciones y los registros llevados en razón de la lucha contra el tráfico de drogas.
- 34 Se exceptúa requerir el consentimiento cuando la difusión responda a los fines para los cuales se recogió la información; o cuando se trate de información con destino a los tribunales, el congreso, los archivos nacionales, servicios de estadística o relativos a infracciones de tránsito.
- 35 Modificada luego parcialmente en 1979. V.Frosini, V.op.cit.p.167.
- 36 (art.1).
- 37 La licencia consiste en la certificación otorgada por la autoridad de aplicación de la ley (art.2). Dicha certificación se extiende en forma automática una vez realizada la inscripción en el registro estatal creado al efecto (art.26).
- 38 Así se denomina a la relativa a opiniones políticas, creencias religiosas, salud, etc.
- 39 Esta autorización está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos tendientes a garantizar que no existen riesgos de invasión de la esfera privada de la persona registrada (arts.2 y 6.); que sólo puede concederse por motivos especiales (arts.3 y 4). No obstante, quedan exceptuados del requisito de autorización los registros llevados por servicios sanitarios, médicos o dentistas y los registros de sus miembros que lleven los sindicatos, organizaciones religiosas o de otro tipo (art.2).
- 40 Arts.15 a 18) Tiene amplios poderes de supervisión. La ley prevé sanciones pecunarias y de privación de libertad para casos de incumplimiento de las disposiciones legales (art.20 y 21) y la obligación de resarcimiento a cargo del responsable del registro cuando se hubiere causado un daño a la persona registrada (art.22).
- 41 (arts.7 a 14). El responsable del registro está obligado a adoptar las medidas necesarias para impedir la pérdida, destrucción o acceso no autorizado de los datos y su ulterior cancelación cuando no se correspondan con los fines para los cuales fueron registrados. Asimismo, está obligado a conceder el derecho de acceso a la persona registrada y proceder a las modificaciones o rectificaciones que fuesen solicitadas por ella. Frosini, V.op.cit.,pág.77.

Como lo manifestáramos antes, numerosos ordenamientos de orden estadual precedieron en Alemania a la sanción de la ley federal sobre la cuestión dictada el 27-1-77⁴².

La normativa alemana ordena sus 47 artículos en 6 capítulos, aplicándose a los registros automáticos y manuales que procesen datos relativos a personas físicas, tanto en el sector público como en el privado⁴³.

Establece el requisito del consentimiento del interesado previo a la registración del dato, así como la autorización legal para la autorización de un registro⁴⁴.

Regula el derecho al acceso por parte del individuo así como la obligación del responsable de adoptar las medidas de seguridad pertinentes⁴⁵. Se impone el deber de información o comunicación al ciudadano del registro de sus datos y como organismo de control estatuye la figura del "Comisario o Delegado Federal para la protección de los datos personales".

La legislación específica que más impacto ha tenido sobre los estudios desarrollados en la Argentina, en esta temática es la ley francesa sobre informática, ficheros y libertades⁴⁶ sancionada el 6-1-78.

La ley francesa se aplica a los registros automatizados que contengan datos sobre personas físicas, creando como organismo de aplicación la Comisión Nacional de Informática y Libertades⁴⁷, que entre otras cuestiones autoriza la habilitación de los registros del sector público.

La ley reglamenta asimismo el denominado derecho de acceso, previniéndose el acceso directo del individuo a los registros, con la salvedad o excepción

- 42 Ley Federal para la protección contra el abuso de datos sobre las personas con motivo del tratamiento electrónico de datos, publicada en el "Boletín de Legislación Federal" (Bundesgesetzblatt), Parte I, número 7, de 1-2-77, ps.201 y ss. Entró en vigor el 1-1-78, salvo algunos artículos.
- 43 arts.2 y 3
- 44art.3
- 45 arts.4 y 6
- 46 Esta ley está basada en el proyecto Lecaunet, que fuera Ministro de Justicia de J.Chirac, que se elaboró sobre el informe que elevaron los miembros de la Comisión sobre Informática y Libertades en 1975. Esta Comisión fue creada por el Presidente de la República en 1974.
- 47 Esta Comisión, creada por el art.6, tiene potestad reglamentaria y funciones de supervisión e información al público. Es una autoridad administrativa independiente integrada por 16 miembros, entre los cuales están representantes del Parlamento, del Consejo de Estado, de la Corte de Casación y del Tribunal de Cuentas (art.8).

de aquellos que no lo permitan por razones de defensa y seguridad del estado, a los cuales tendrán acceso por intermedio de la comisión.

Es importante destacar que la ley, salvo conformidad expresa del interesado, prohíbe expresamente la recolección y conservación de datos sensibles.

La ley francesa al igual que la ley federal alemana preve sanciones de multa y prisión para quienes infringieran sus normas.

Merece mención asimismo la ley sancionada en Austria el 18-10-78, aplicable al tratamiento de la cuestión que analizamos en el ámbito tanto del sector público como del sector privado.

Es importante destacar que la ley austríaca incorpora normas de jerarquía constitucional que otorgan a la protección de datos el carácter de derecho fundamental de la persona, sea ésta física o jurídica. En relación a los bancos de datos personales de carácter público, la ley expresamente los autoriza a la registración de datos de carácter personal cuando exista norma que lo prevea en forma expresa o ello le resulte indispensable para el cumplimiento de los fines legítimos de que se trate.

Las entidades privadas deberán solicitar su inscripción en el Registro de Procesamiento de Datos, solicitud que deberá contar con la previa aprobación de la denominada Comisión de Protección de Datos.

La citada Comisión de Protección de datos, es un organismo, independiente, con potestad reglamentaria y judicial, sus resoluciones no pueden ser anuladas por vía administrativa, y contra ellas sólo procede un recurso ante el Tribunal en lo Contencioso Administrativo. Tiene a su cargo entre otras funciones el otorgamiento de autorización de Flujos de Datos Transfronterera.

La ley austríaca preve asimismo sanciones penales de distinto carácter para quienes violen los preceptos por ella establecidos.

En Dinamarca, la solución legislativa orientada a la regulación específica de la cuestión que nos ocupa se ha resuelto mediante la sanción de dos leyes independientes, una orientada a la regulación de los bancos de datos en el ámbito del sector público y la otra a los gestionados por entes privados.

Los registros del sector público son regulados por la Ley de Registros de Autoridades Públicas, con excepción de los que fueran llevados por los servicios

de información de la policía u otras fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional.

En el régimen dinamarqués se exige para la habilitación como asimismo para la autorización de interconexión de registros la previa conformidad del Ministro del área correspondiente, junto a la del Ministro de Hacienda.

En el ámbito público se establece que la entidad responsable del registro sólo podrá incorporar datos que guarden una clara relación con las funciones que le son propias, quedando asimismo expresamente vedado el registro de datos relativos a circunstancias personales.

El órgano de aplicación está constituido por la denominada Inspección de Registros, organismo obligado a proceder de oficio a la actualización, rectificación o cancelación de los datos cuando así corresponda como también a la adopción de medidas de seguridad más apropiadas.

Noruega ha adoptado un régimen en el año 1978, estableciendo un sistema de licencias o autorizaciones previas, y aplicable a los registros automáticos y manuales que contengan datos de personas físicas o jurídicas, pertenezcan éstas al sector público o privado.

La ley exige como elemento principal la previa autorización del Rey para la creación y funcionamiento de los registros de carácter personal, estableciendo como organismo de aplicación la inspección de datos, dependiente en forma directa del Rey, y encargada de llevar el catálogo de los registros que requieran autorización prtevia para funcionar.

La ley regula el derecho de acceso y restringe el registro indiscriminado de datos de carácter personal, prohibiéndose en especial la recolección de información sensible. La ley preve el tratamiento específico del flujo de datos transfronteras, para lo cual se requiere la autorización del Rey.

En Gran Bretaña, la ley de protección de datos fue sancionada el 12-7-74, estando orientada la regulación del uso de la información tratada automáticamente en relación con personas individuales, así como la prestación de diversos servicios relacionados con dicha información.

La ley inglesa entiende por "datos" a la información grabada en forma tal que pueda ser tratada por aparatos que funcionen en forma automática y en respuesta a instrucciones emitidas con tal fin, entendiendo por datos personales

a aquellos consistentes a la información referente a una persona viva identificable mediante la misma.

España ha procedido a regular el tratamiento de los datos personales mediante la sanción de la Ley No.5/92 denominada Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos, conocida internacionalmente por sus siglas LORTAD, y que se ha constituido en la más reciente de las normas europeas en la materia.

Debe tenerse presente que la Constitución española sancionada en el año 1978, abordó ya la problemática que nos ocupa sosteniendo en su art.18.4 que *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*. La LORTAD tiene por objeto reglamentar dicho mandato constitucional.

La ley regula el tratamiento de los datos registrados en ficheros automatizados de los sectores público y privado así como la modalidad y operatoria de todo uso posterior de dicha información.

El art.2do. Inc.2do. preve las excepciones al régimen establecido, refiriéndose así al almacenamiento de datos para su publicidad de carácter general, o bien al mantenido por personas físicas con fines exclusivamente personales, la información de carácter tecnológico o comercial que simplemente reproduzca datos ya publicados en órganos oficiales, etc.

La ley española recepta los principios fundamentales a que hemos hecho referencia en diversos artículos, reconociendo expresamente el derecho a que sean indemnizados los perjuicios ocasionados por el uso indebido de la informática.⁴⁸

La ley preve, aunque sin prever el procedimiento que delega en una reglamentación posterior para que los ciudadanos ante actuaciones contrarias a lo previsto en la LORTAD puedan efectuar su reclamación ante **LA AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS**, cuya resolución es recurrible ante la justicia en lo Contencioso Administrativo.

Es importante mencionar en el orden internacional, normas referidas a la protección del dato personal han sido elevadas al más alto rango normativo, siendo incorporadas a las constituciones de Portugal, España, Brasil, Perú, Argentina, etc.

■ 48 Jiménez Castillo, Cinta, su ponencia “IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho” Bariloche, Argentina., 1994.

3.PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL ARGENTINO.

La recepción constitucional de la preocupación por la protección del dato personal en el marco del impacto de la informática en la sociedad, se vio reflejada en las más modernas reformas constitucionales sancionadas por diversos estados provinciales en la República Argentina.

Algunas de ellas se han orientado a la inclusión de disposiciones específicas referidas a la protección del derecho a la intimidad, con soluciones variadas. Esta orientación ha sido la adoptada por la Constitución de Santa Cruz,⁴⁹ Catamarca,⁵⁰ Corrientes,⁵¹ Formosa,⁵² Neuquén,⁵³ Salta,⁵⁴ Santiago del Estero.⁵⁵

Otras cartas fundamentales provinciales optaron con buen criterio en definitiva por incorporar algunas de ellas expresamente el denominado derecho de acceso, refiriéndose otras específicamente al impacto de la informática en la materia.

Esta orientación han adoptado las constituciones de Jujuy,⁵⁶ La

- 49 (ART.13) todo habitante tiene derecho a replicar o rectificar las informaciones o referencias susceptibles de afectarlo personalmente, en forma gratuita y por el mismo medio en que se haya hecho tal referencia o información. Una ley reglamentará el ejercicio de este derecho.
- 50 (art.15): Cualquier persona que se considere afectada por una publicación podrá recurrir a la justicia ordinaria para que ella por medio de un procedimiento sumario ordene al autor responsable o a la empresa publicitaria la inserción en sus columnas en el mismo lugar y con la misma extensión, la réplica o rectificación pertinente, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden (civil, penal, etc.) que correspondieran.
- 51 (art.26): Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.
- 52 (art.12): La libertad de expresión comprende también el derecho a las publicaciones a obtener los elementos necesarios a tal fin y la facultad que tiene toda persona a la réplica y rectificación ante una referente o información susceptible de afectar su reputación personal, la que deberá publicarse gratuitamente, en igual forma y con el mismo medio utilizado. Una ley especial asegurará la protección debida a toda persona o entidad contra los ataques a su honra, reputación vida privada y familiar, cuando ésta sea lesionada por cualquiera de los medios de difusión de las ideas del pensamiento determinadas en el art.10.
- 53 Se preve en el art.22 de derecho a réplica.
- 54 De 1986 (ART.22) Son inviolables el domicilio, los papeles y registros de datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier índole. Sólo pueden ser allanados, intervenidos, interceptados o registrados, en virtud de orden escrita de juez competente...Las autoridades policiales prporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley.
- 55 De 1986 (ART.18) Todos los habitantes tienen los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a la vida, a la libertad, al honor, a la eguridad, a la intimidad...Ningún habitante puede sufrir injerencia o ataques arbitrarios en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, su honra o su reputación.
- 56 Protección de la intimidad de la honra y de la dignidad.
 1. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenda al orden o a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.
 2. Toda persona tiene derecho a que se respete su intimidad y su honra, así como al reconocimiento de su dignidad.
 3. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni de ataques ilegales a su intimidad, honra o reputación.
 4. Cualquier persona afectada en su intimidad, honra o dignidad por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de los medios de comunicación tiene el derecho de efectuar una rectificación o respuesta gratuitamente, en el mismo lugar hasta su igual extensión o duración por el mismo órgano de difusión. Ese cumplimiento se podrá demandar mediante el recurso de amparo ante cualquier juez letrado e la Provincia, sin perjuicio de als responsabilidad de otro orden que pudiere corresponder.
 5. Para la efectiva protección de la intimidad, la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio, televisión o cualquier otro medio de comunicación, tendrá una persona responsable que no deberá estar protegida por inmunidades ni dispondrá de un fuero especial.
 6. Todas las personas tienen derecho a tomar conocimiento de lo que constare a su respecto en los registros provinciales de antecedentes personales y del destino de esas informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos. Queda prohibido el acceso de terceros a esos registros, así como su comunicación o difusión, salvo en los casos expresamente previstos en al ley.
 7. Los registros provinciales de antecedentes personales harán constar en als certificaciones que emitan solamente las causas con condenas efectivas firmes dictadas contra el interesado , con excepción de las que debieran ser remitidas a los jueces.
 8. El procesamiento de datos por cualquier medio o formas nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respecto de la vida privada, salvo que se tratara de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos.

Rioja,⁵⁷ San Juan,⁵⁸ Córdoba,⁵⁹ San Luis,⁶⁰ Río Negro⁶¹, Tierra del Fuego⁶² y Buenos Aires⁶³.

Con el objeto de complementar la reseña efectuada es importante tener presente que en la República Argentina se han elaborado distintos proyectos de ley, debiendo mencionarse especialmente el proyecto elaborado por la Comisión de Juristas designada por el Poder Ejecutivo Nacional, que ha incorporado el requerimiento del consentimiento de la persona, el derecho de acceso en forma expresa, así como el reconocimiento del resarcimiento reparatorio del daño causado.⁶⁴

Corresponde mencionar asimismo desde el ámbito académico que el IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, celebrado en Bariloche en

- 57 (ART.30) Párr.2o. "La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".
- 58 (ART.26) 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.
- 59 (ART.50) "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no vulnere el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos";.
- 60 (ART.21): "...Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a tomar conocimiento de los que de ellos conste en registro de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos.
- 61 (ART.20). La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos, la ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguarda de la seguridad, apertura de registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento.
- 62 (ART.45) Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro y la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Estos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando estos tengan un interés legítimo.
- 63 (ART.20) "GARANTIAS INDIVIDUALES- Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:
3. (Hábeas Data)- A través de la garantía del Hábeas Data, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismo públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periódica.
Ningún dato podrá registrarse con fines discriminaciones ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Todas las garantías procedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promueven en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar.
- 64 Esta Comisión, integrada por los Dres. Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni elaboró un proyecto de reformas al Código Civil, (Mensaje 1662/93-PE 227/93 del H. Senado -DAE No.81 del 13-8-93) unificando las obligaciones civiles y comerciales, pero además reformuló la primera parte, introduciendo, en el Título VIII **Derechos de la personalidad** varios artículos (110 y 115) referidos al derecho a la intimidad.

Mayo de 1994, al abordar la temática que nos ocupa recomendó “Dictar una legislación específica que regule el Derecho a la autodeterminación informativa en forma integral. Dicha legislación deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos “El derecho de acceso al control, rectificación, actualización y cancelación de los datos personales, que deben ser completos y exactos, obrantes en bancos de datos, cualquiera que fuera el carácter que ellos posean así como que aquéllos solo sean utilizados para los fines para los que fueron legalmente recolectados”. “La Ley debe enfatizar la prevención de los atentados contra el Derecho a la autodeterminación informativa. La reglamentación para la creación de bancos de datos debe exigir que éstos instituyan un procedimiento claro, simple, rápido y económico para el ejercicio de este derecho”.

4. EL HABEAS DATA EN LA RECIENTE REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Entendemos, al margen de las opiniones que nos merezca el contenido del recientemente sancionado art.43 del nuevo texto constitucional surgido de la Convención Nacional Constituyente de 1994, corresponde destacar, como mérito de los constituyentes, el haber tenido la sensibilidad necesaria para la incorporación de la problemática de la protección del dato personal a la nueva Constitución, preocupándose por receptor, como lo señaláramos antes, la corriente constitucional más moderna así como los antecedentes provinciales de nuestro país.

En efecto, la nueva Constitución de la República Argentina ha consagrado el derecho de toda persona a ejercer una acción de amparo para conocer los datos a ella referidos, así como su finalidad, contenidos en registros públicos y privados, y en caso de ser ellos falsos o discriminatorios, exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad⁶⁵. Esta facultad para accionar judicialmente ha sido denominada en nuestro medio “Habeas Data”.

- 65 Art.43 de la Constitución Nacional (1994): “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.

Podrán interponer acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al 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 su organización.

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, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física...

El Habeas Data, entonces, ha sido incorporado a nuestro texto constitucional como una subespecie de la acción de amparo, o en todo caso como un amparo específico,⁶⁶ surgiendo este carácter de la ubicación que se le ha otorgado, incluyéndoselo en el mismo texto que regula la acción de amparo y el "habeas corpus".

Corresponde alguna reflexión vinculada a la naturaleza de la acción. El habeas data reconoce cierto paralelismo con el habeas corpus, ya que así como a través de este medio procesal lo que se reclama es que se "traiga el cuerpo" (se lo exhiba, se lo presente), en aquél lo que se impetra es que "se traigan los datos".⁶⁷

El objetivo primario de la acción del habeas data, sería entonces, garantizar que una persona pueda acceder, es decir tomar conocimiento o enterarse, de la información de carácter personal referida a dicho sujeto y contenida en determinado registro.

Así como en el habeas corpus, el fin mediato de la exhibición del cuerpo, es indagar sobre los motivos de una privación de la libertad, actual e inminente, en el habeas data, la finalidad del derecho de acceso reside en la posibilidad de verificación de la exactitud, actualidad y pertinencia de los datos personales registrados.

Ahondando el análisis del paralelismo, corresponde destacar que si en el habeas corpus, cuando se advierte la ilegalidad de la privación de la libertad, ésta debe cesar de inmediato a efectos de preservar la plena vigencia de dicho derecho fundamental, en el habeas data, lo que debe cesar es el registro inexacto, desactualizado, o bien calificado como público cuando por su naturaleza debió ser reservado o secreto.

Adelantamos nuestra opinión, en el sentido de que partiendo de la valoración que ya hemos efectuado en estas líneas, no nos parece del todo feliz la asimilación que hace el art.43 a la acción de amparo, en atención a las características particulares que a nuestro entender reviste el habeas data.

- 66 v.Sagues, Néstor Pedro Amparo, habeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional, en LL 1994-D-1151; Itzcovich Griot, Alejandro, Hábeas data. Un gran paso y una tarea pendiente, en LL Actualidad, del 27-10-94; Rivas Adolfo A., El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina, en LL del 13-12-94; Carattini Marcelo Gustavo, El amparo en las reforma constitucional de 1994 (una novísima jurisprudencia), en LL, del 17-2-95.
- 67 FROSINI Vittorio , op.cit, p.77; su ponencia: "La organización informática del Estado y la libertad del ciudadano, al IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho en pos de la integración, Bariloche, mayo 1994; idem, Pérez LUÑO Antonio Enmrique, su ponencia "Nuevas tecnologías y nuevos derechos: la libertad informática.

Del propio texto del art.43, al utilizar la expresión “esta acción” (para tomar conocimiento de los datos a ella referidos...etc.) debe interpretarse que la efectivización del habeas data incorporado a la Constitución Nacional, obliga a su tramitación bajo los presupuestos de la acción de amparo, a que se refiere el primer párrafo del citado artículo.

Parece oportuno señalar que no se han observado en este aspecto los antecedentes del derecho comparado, tanto extranjero como público provincial⁶⁸, en lo que se ha dado categoría constitucional a derechos personalísimos, tales como la intimidad, o el honor, se ha prohibido que la información se emplee con fines discriminatorios, e incluso se ha avanzado hacia la consagración del derecho de acceso, rectificación y actualización, pero dejándose abierto el camino a la estructuración de las vías procesales pertinentes por vía legislativa.

Antes de exponer algunos reparos que nos merece la asimilación del “habeas data” en vía procesal a la acción de amparo, tal como sucede en el art.43, es importante destacar que coincidimos en la caracterización tanto del amparo como del “habeas data” como vía alternativa, y no subsidiaria⁶⁹, como sucedía con la ley 16.986,⁷⁰ o el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁷¹.

El texto aprobado por la Convención reformadora habilita la acción “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”, esto quiere decir que la acción “expedita y rápida” de amparo procede aún cuando existan otras vías procesales, administrativas y aún judiciales, para evitar que “en forma actual o inminente (se) lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”.

El énfasis para analizar la admisibilidad de la acción de amparo no debe estar ahora centrado en la inexistencia de otras vías,⁷² sino en que éstas, que ahora deben ser judiciales, sean más idóneas.

■ 68 Especial atención merecen las disposiciones constitucionales de Jujuy (art.23); San Juan (art.26); Córdoba (art.50); San Luis (art.21); Río Negro (art.20); Tierra del Fuego (art.45), y Chubut.

■ 69 c.f. Sagues, Néstor P., op.cit; Carattini, Marcelo G. op.cit.

■ 70 Art.1 Ley 16.986: La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos y/o garantías explícitamente o implícitamente reconocidos por Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.

■ 71 ART.321: PROCESO SUMARISIMO. Será aplicable el procedimiento establecido en el art.498...2o. Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Comisión Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes.

■ 72 Ley 16.986: La acción de amparo no será admisible cuando: a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate; b) el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley 16.970;...

El segundo párrafo del artículo 43 establece en qué casos procede esta acción de amparo, y quienes están legitimados. Aunque se habilita “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor”, la siguiente referencia a “los derechos de incidencia colectiva en general”, amplía notablemente el ámbito de aplicación, que el artículo en primer término extiende ya no sólo a los derechos y garantías explícitamente reconocidos en la Constitución, sino también a los derivados de tratados y la ley.

Similar novedad, se encuentra en materia de legitimación activa, ya que se le otorga al “afectado”, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

De tal modo, se ha sostenido que han quedado comprendidos en esta tutela quienes invoquen no sólo un derecho subjetivo, sino también los llamados “intereses difusos” y aún un “interés simple”.⁷³

Finalmente cabe señalar que al referirse el texto a “toda persona”, deben considerarse comprendidas tanto las personas físicas como las jurídicas.

El texto constitucional, a nuestro juicio, ha confundido la forma con el fondo. Debió haber consagrado el plexo de derechos referidos a proteger los datos personales, como procedió por ejemplo la convención de la Provincia de Buenos Aires, y habilitar una vía procesal, por supuesto también expedita y rápida”.

Al consagrar el “Habeas data”, asimilándolo a la acción de amparo, se corre el serio riesgo de desvirtuar la finalidad del instituto. Mientras el amparo como remedio o vía procesal de naturaleza excepcional, requiere que exista “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”, el “habeas data” en cambio tiene una finalidad muy específica, que es otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad, o evitar que terceras personas hagan un uso indebido de información de carácter personal que le concierne.

El amparo tutela los derechos y garantías en general, excluida la libertad física, mientras que el “habeas data” permite hacer efectivo un conjunto de derechos referidos a datos personales contenidos en registros operados o en poder de terceros. Estos derechos, son básicamente el derecho de acceso, el de rectificación, actualización y cancelación, sin perjuicio del catálogo más amplio que hemos reseñado en materia de derecho comparado.

■ 73 Sagues, Néstor P., op.cit. ,etc.

Para su aplicación, la norma constitucional debió habilitar a toda persona a “tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad”, y como consecuencia de este derecho establecer la vía procesal para hacerlo efectivo. Esperamos que esta interpretación correctora sea en definitiva la que se imponga, ya que resultaría contradictorio que debiera acreditarse la existencia de “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta” por parte del titular u operador del banco de datos para que se pueda ejercer los derechos de acceso a los datos de carácter personal.

La segunda precisión está referida al tipo de registros o bancos de datos que comprende la norma: pueden ser “públicos”, o “privados destinados a proveer informes”.

Por registros o bancos de datos públicos debemos entender los existentes en los organismos del Estado, de cualquier naturaleza, ya que la ley no establece excepciones.⁷⁴

Esto incluye no sólo a las reparticiones de la Administración Pública nacional centralizada, sino también a los entes descentralizados, autárquicos, empresas públicas y sociedades estatales, así como dependencias provinciales y municipales. Es evidente que el primer escollo que se presentará en esta materia estará referido a los límites del derecho de acceso, que en el actual texto sólo se ha establecido en beneficio del secreto de las fuentes de información periodística.

Nos interesa destacar especialmente que la expresión “registros o bancos de datos públicos” no debe ser interpretada en el sentido de registros públicos, por oposición a registros reservados o secretos, ya que la norma se refiere a los titulares u operadores de los registros o bancos de datos. La redacción del texto abona esta interpretación ya que armoniza con la referencia a “los privados destinados a proveer informes”.

Esto nos lleva a disentir nuevamente con la ubicación asignada al instituto, ya que es muy factible que siguiendo una inveterada tradición de ocultismo, la administración pública esterilice este derecho de acceso y resista el “habeas data” invocando la necesidad de un actuar “manifiestamente” ilegal o arbitrario, que derivará a la apreciación discrecional del magistrado materias tan subjetivas como la “seguridad nacional”, la “salud pública”, etc.⁷⁵ Nuestra opinión, en este sentido, es que el derecho de acceso no puede ser retaceado bajo ningún concepto, ya que la norma constitucional no hace excepciones.

■ 74 v.Sagues, N.P., op.cit “Amparo...”

■ 75 comp.opinión de Sagues N.P. en op.cit. “Amparo...”

También han sido incorporados como sujetos pasivos de esta acción, los registros o bancos de datos privados “destinados a proveer informes”. La primera reflexión es que si sólo los privados “destinados a proveer informes” están comprendidos en la previsión constitucional, y en el caso de los públicos no hay aclaraciones, deben considerarse incluídos a todos los registros o bancos de datos pertenecientes u operados por organismos públicos.⁷⁶

Los registros o bancos de datos privados destinados a proveer informes parecen ser, básicamente, las empresas o personas individuales dedicadas a recolectar información personal para suministrarla a sus clientes (17). Es el caso de las empresas de informes comerciales o financieros, que proveen a bancos, financieras, comercios y a quienes conceden crédito en general, información sobre situación patrimonial, reclamos pecuniarios judiciales o extrajudiciales, etc.

Esta inclusión ha provocado que estas empresas sostengan que su actividad ha merecido reconocimiento constitucional.⁷⁷ Es indudable que también se incluyen en esta categoría otras entidades, tales como los colegios profesionales, establecimientos educativos, clubes deportivos, por supuesto teniendo en cuenta que quien está legitimado para acceder a los datos es el sujeto concernido.

En cuanto a la legitimación activa, el texto constitucional la otorga a “toda persona”. Siguiendo la definición del Código Civil de que “persona es todo sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”, deben entenderse que comprende tanto a las personas físicas como las personas jurídicas, con el alcance del artículo 33 del Código Civil.

En relación a las personas físicas habrá que distinguir entre el derecho de acceso, que por ser un derecho personalísimo es intransferible, y la capacidad para estar en juicio requerida para el ejercicio de la vía procesal del “habeas data”.

El derecho de acceso es concedido como un presupuesto de los derechos de rectificación, actualización, cancelación y confidencialidad. Sin embargo, así como sostenemos que para el primero no existe limitación alguna, en el caso de estos últimos, su ejercicio sólo procedería cuando exista “falsedad” o “discriminación”.

Nuevamente discrepamos con el criterio del constituyente, ya que como hemos señalado, la recolección de información de carácter personal debe estar

■ 76 Así lo dice claramente la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art.20 se refiere a “registro, archivo o banco de datos de organismos públicos...” O la Constitución de San Luis, que se refiere a “registro de antecedentes personales”.

■ 77 Así como se sostuvo en los debates de la Comisión 8 “Derecho Informático”, que nos tocó presidir en el I Congreso Internacional Interdisciplinario “La Abogacía frente al siglo XXI (AABA, Bs.AS.1994)

sujeta a ciertos principios tales como la justificación social, información y limitación, que no funcionan necesariamente en relación a la falsedad o inexactitud. Este aspecto es contemplado por el principio de calidad o fidelidad de la información.

Aún cuando una información o dato personal sea exacta o correcta, si ha sido recolectada con una finalidad y luego se emplea con otro fin, o directamente es recolectada con una finalidad ilícita, o socialmente reprochable, debe ser suprimida porque afecta la esfera de reserva del individuo, sin perjuicio de su potencialidad discriminatoria o dañosa.⁷⁸

De igual manera, toda la información de carácter personal que se recolecte debe ser puesta en conocimiento del sujeto concernido, y debe ser el resultado del empleo de medios lícitos, ya sea mediante el consentimiento del sujeto o por autorización legal. Aún si la información así obtenida fuera correcta, por las mismas razones que se descarta la confesión obtenida bajo tortura debe eliminarse la información obtenida por medios ilícitos.

Tampoco se ha contemplado la circunstancia de la información conservada necesariamente, o en exceso en relación a la finalidad que le dio origen.

Esta limitación puede tener graves consecuencias en relación al tratamiento de los denominados datos "sensibles".⁷⁹ Es cierto que en la mayoría de estos casos podría invocarse una lesión o amenaza de "discriminación", pero nos parece que con esta redacción se invierte la carga de la prueba. Lo correcto hubiera sido como principio general la prohibición de recolectar esta clase de información,⁸⁰ y excepcionalmente admitirla pero sin permitir la individualización.⁸¹

De esta manera se evita colocar en cabeza del afectado la demostración de que determinada información tiene aptitud discriminatoria, propósito que puede resultar de difícil logro.

- 78 En nuestro derecho público provincial, se refiere expresamente a este principio en art.20 de la Constitución de Río Negro. En el derecho europeo se encuentra en varias legislaciones.
- 79 Nos referimos a la información referida a creencias religiosas, convicciones políticas, preferencias sexuales, cierto tipo de enfermedades, etc.
- 80 v.art.23 Constitución de Jujuy: "inc.8. El procesamiento de datos por cualquier medio nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respecto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos"; o el art.26-2a parte Const.San Juan; "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".
- 81 Por ej., el art.35 de la Constitución de Portugal; art.26 Constitución San Juan; 23 inc.8) Constitución de Jujuy; art.7 Ley austríaca, etc. Es interesante el antecedente del Decreto reglamentario 1244/91 de la Ley argentina No.23.798 de lucha contra el SIDA, que indica que los afectados por este mal sólo pueden quedar registrados mediante un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento.

Finalmente, debemos señalar que la Constitución argentina veda el ejercicio de estos derechos en relación al "secreto de las fuentes periodísticas", disposición que a nuestro juicio no inhibe el ejercicio del derecho de acceso en relación a información de carácter personal contenida en bases de datos o registros "destinados a proveer informes".

Lo que se protege es el secreto de la "fuente", es decir del origen o proveedor de la información, pero no puede impedirse que "toda persona" conozca qué datos personales suyos están registrados en un banco o archivo, si estos datos luego están destinados a hacerse públicos. Este derecho de acceso tiene por finalidad, precisamente, la rectificación, actualización, supresión o confidencialidad, cuando exista inexactitud o discriminación.

