

“Habeas Data: Los Derechos Protegidos”

Marcela I. Basterra¹

Sumario. 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Finalidad y Objetivos. 4. Derechos tutelados. a. La tutela del derecho a la intimidad informática. b. La tutela del derecho a la imagen o al propio perfil. 5. Diferencias entre el habeas data y el derecho de acceso a la información pública. 6. Conclusiones.

1. Introducción.

La expresión *hábeas data* es utilizada a modo de empréstito terminológico, del vocablo *hábeas corpus*. Este último significa, que se traiga, exhiba o presente el cuerpo ante el juez, mientras que en referencia al *hábeas data*, alude a que se tenga, traiga o exhiban los datos.

El enunciado *hábeas data* se forma con *hábeas*, que proviene del latín *habeo*, *habere* que significa tener, exhibir, tomar, traer, etc.; adosándole el término *data*, respecto del cual existe alguna disputa léxica. Mientras algunos autores² afirman que se refiere al acusativo neutro plural de *datum*; lo que se da -datos- también del latín; para otros, el vocablo es de origen inglés y hace referencia a información o datos; en el caso, la traducción sería “*tiene tus datos*”³.

¹ Abogada, Posgrado en D. Público, Magíster en D. Constitucional y D. Humanos. Co-Directora del Posgrado de Actualización en D. Constitucional y D. Procesal Constitucional UBA. Dictaminadora externa en materia de D. de la Información (UNAM). Miembro Titular de: Asociación Argentina de D. Constitucional; Instituto de Política y D. Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Sociedad Científica Argentina. Profesora de UBA, UCES, ECAE, CMPJN y FUNDESI. Autora de textos y artículos varios.

² BAZÁN, Víctor, “Derechos de Habeas Data” en el *Diccionario de Derecho de la Información*, VILLANUEVA, Ernesto coordinador, p. 229/230, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2006.

³ Véase de los Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.326. Sesión del 26/11/1998. www.hcdn.gov.ar

El origen de esta garantía puede situarse aproximadamente en 1968, año en que se realizó la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán. La importancia que ésta reviste, está dada en que es a partir de ese momento en que los Estados advierten con claridad, el riesgo que implican los avances tecnológicos y científicos - producidos por la revolución informática- en cuanto a la posible afectación a derechos humanos básicos; en el caso, el derecho a la intimidad.

Las personas que viven en una sociedad tecnológica desarrollada, a diario proporcionan determinada información acerca de sí mismas, tales como; el domicilio, número de documento, profesión, miembros que integran su familia, si poseen tarjetas de créditos o cuenta bancaria, si tiene automóvil, estudios cursados, datos relacionados con su patrimonio, etc. Toda esta información, es susceptible de ser recopilada en archivos o bancos de datos con la potencialidad de ser utilizada en forma abusiva; con fines discriminatorios o simplemente en forma indebida.

Por otra parte, si estos datos se entrecruzan pueden arrojar un perfil completo de la persona, es decir una verdadera “radiografía”; pudiendo significar –según el uso que se les dé- la lesión o cercenamiento de una de las libertades individuales básicas, como es el derecho a la intimidad informática o autodeterminación informativa.

La protección de datos personales a través de esta garantía, surge en el ámbito del derecho como una necesidad sociológica, en tanto ya se encontraba amparada en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países⁴, y en el ámbito del derecho constitucional provincial⁵.

⁴ En Estados Unidos rige la “*Privacy Act*” de 1974, en España se incorporó en la Constitución de 1978 (artículos 18.4 y 105, b) y, en 1992 se sancionó la “*Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos*” (LORTAD) reformada en 1999 por la ley 15/99. La Constitución de Colombia de 1991, la del Paraguay de 1992, las de Perú y Guatemala, ambas de 1993, entre otras.

⁵ Las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, San Juan y Tierra del Fuego, consagran el Instituto en forma expresa. Catamarca y Formosa solamente establecen algunos derechos que la caracterizan, tal el caso del derecho al acceso a las fuentes de información. La Rioja, Salta y San Juan regulan sólo un aspecto de la protección de datos personales limitado a los antecedentes policiales y penales.

Así, en Argentina con la reforma constitucional de 1994 queda incorporada la garantía de habeas data en el artículo 43º, 3º párrafo, del Capítulo II denominado “Nuevos derechos y garantías”; aunque sin ser mencionada en forma expresa, sino como un sub-tipo de amparo con la siguiente fórmula: “...*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*”.

En el presente trabajo, si bien analizaré con detenimiento los derechos protegidos por el habeas data, resulta necesario conocer el concepto de esta garantía constitucional, la finalidad y objetivos de la misma, como así también la diferencia que existe con el derecho de acceso a la información pública; a los efectos de comprender acabadamente cuáles son los derechos protegidos por la misma.

2. Concepto.

El avance de las nuevas tecnologías implica una constante inquietud para el análisis de la inserción de la informática en el ámbito jurídico. La discusión recién ha comenzado y mientras continúe este proceso global, es sin duda, uno de los temas fundamentales, la protección jurídica de los derechos individuales, a la luz de los avances tecnológicos.

En tal sentido, resulta innegable que el desarrollo de las mismas genera efectos en nuestra sociedad que tornan necesario el abordaje de determinados temas, que con anterioridad a esta “explosión informática”, no eran siquiera imaginables. La velocidad con la que avanza la ciencia, en general, requiere que el legislador encuentre remedios jurídicos en tiempo oportuno.

La inserción de la informática en la vida cotidiana, en todos sus aspectos, dio origen a nuevas posibilidades e intereses y, sobre todo motivó el surgimiento de una nueva disciplina jurídica⁶. Se trata de salvaguardar los derechos de los individuos, preservando

⁶ ETTORE, G., *Manuale de diritto dell'Informática*, p. 3, Editorioal Cedam, Padova, Italia, 1997.

en especial la libertad de intimidad, lo que hace urgente y necesaria la búsqueda de soluciones rápidas desde el campo del derecho⁷.

Antes de la última reforma en nuestro ordenamiento jurídico, igualmente la protección y limitaciones a la privacidad ya estaban previstas en los artículos 18 y 19 de la Constitución. Efectivamente, tales preceptos son los que perfilan los contornos y límites del derecho a la intimidad, a la no auto-incriminación y el interés general de la sociedad en la persecución y castigo de los delitos.

El derecho a la intimidad ha sido definido como la facultad que tiene cada persona, de disponer de una esfera, de un ámbito de privacidad o reducto infranqueable de libertad individual; que no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o aún el propio Estado, mediante ningún tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos⁸.

Sin embargo, actualmente el derecho a la privacidad, no sólo es el que define a las acciones privadas como aquellas que no se exteriorizan o las que se mantienen en la interioridad del hombre; por el contrario, el simple hecho de que una conducta se de a conocer a los demás, no significa que deje de ser una acción privada⁹.

La intimidad, es un aspecto de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás, y se materializa en el derecho a que otros individuos no tengan información documentada sobre hechos -respecto de una persona- que ésta no desea que sean ampliamente conocidos.

Este derecho constitucional constituye una especie de los llamados derechos personalísimos, los que son definidos como las prerrogativas de contenido extra-patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su sola condición de tal; desde su nacimiento y hasta su muerte, de las que

⁷ VANOSSI, Jorge R, "El Derecho de Información" en *Nuevos Derechos a la Información*, p. 21/22, Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano, 1999.

⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 567, tº I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán, "La informática y el derecho a la intimidad", ED tº 107, p. 922.

nadie puede ser privado por la acción del Estado, ni de otros particulares, porque ello implicaría convalidar un menoscabo a los derechos de la personalidad¹⁰.

La noción filosófica de intimidad ha sido objeto de debate por parte de la doctrina, aunque no existe unánimemente una definición jurídica. La potencial pérdida de la intimidad fue la circunstancia que originó la necesidad de procurar una protección jurídica de aquellas áreas reservadas del individuo, con el objetivo de evitar la repercusión social que podría tener el descubrimiento de determinada información¹¹.

Sentado ello, lo que caracteriza al dato personal es precisamente la posibilidad de identificar con alguna precisión a la persona, física o jurídica, a la que el dato pertenece. Esta posibilidad es lo que origina la protección, pues a través del dato se puede llegar no sólo a la persona, sino incluso a establecer conductas y prácticas que únicamente mediando la expresa voluntad de ésta pueden trascender la esfera de su intimidad. Siguiendo esta línea argumental, surge el derecho a la autodeterminación informativa, como fundamento de la protección de datos personales¹².

El habeas data es una parte minúscula de un tema abarcativo de dos facetas; 1) que se denomina clásica o tradicional, la que se refiere al derecho de la información y el manejo del mismo, el que ha evolucionado en forma permanente en los últimos tiempos y permanece en constante desarrollo y; 2) la que estaría dada por el impacto que han causado la informática, la telemática y demás medios recientemente incorporados a nuestra cultura.¹³

Estas innovaciones, sin duda presentan grandes beneficios. Sin embargo, también exhiben grandes desventajas, cuando se realiza un mal uso o se ejerce el derecho en forma abusiva. La falta de control, de recursos o de herramientas en manos de los particulares para poder defender, en caso de que exista realmente una desviación de

¹⁰ RIVERA, Julio César, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, p. 272, tº I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

¹¹ FERREIRA RUBIO, Delia, *El Derecho a la Intimidad- Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil*, p. 34, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

¹² PIZZOLO, Calógero, "Tipología y protección de datos personales. El sistema establecido en la ley 25326 y la legislación comparada", JA 2004-II, p. 1439.

¹³ VANOSSI, Jorge R, "El Habeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa" ED, tº 159, p. 949.

poder en el uso de estos medios, puede significar no sólo un perjuicio material, sino una honda lesión a derechos fundamentales de la persona.

Según Bidart Campos¹⁴, la doctrina y el derecho comparado en materia de habeas data, tiene su punto de partida en el derecho de un individuo a conocer la información personal obrante en registros o bancos de datos. De ahí en más, una vez conocidos éstos se podrá proceder –según el caso que corresponda- a modificarlos, rectificarlos, ampliarlos, proteger los datos sensibles, suprimirlos, actualizarlos, impedir su divulgación, etc.

No es fácil resumir en un vocablo único el concepto del bien jurídico y de los derechos a los que el habeas data tutela, sin embargo aclara que en general, existen coincidencias en que dicha protección está orientada a los siguientes derechos; a. la autodeterminación informativa, b. a la libertad informática y, c. a la privacidad de los datos.

En tal sentido y con la finalidad de dar cumplimiento a ese objetivo, el habeas data busca en determinados casos y circunstancias, que ciertos datos queden estrictamente reservados no debiéndose dar a publicidad, salvo que mediare consentimiento expreso y libre del titular del dato. Se trata de un concepto innovador -vinculado directamente a la idea de posmodernidad jurídica- que consiste en el derecho de las personas a acceder a las constancias de los archivos para poder controlar su veracidad y difusión¹⁵.

La protección de las personas contra el uso abusivo de la informática, que violente derechos fundamentales como a la intimidad, al honor, a la imagen, etc., es una de las finalidades que tuvo en miras el constituyente al establecer esta garantía.

La acción de protección de datos personales está específicamente ordenada a la defensa de la intimidad de los datos y al derecho a la autodeterminación informativa, aún cuando no estén dadas las condiciones de arbitrariedad o ilegalidad del acto cuestionado.

Es la misma norma constitucional, la que establece que podrá interponerse el hábeas data, *"para tomar conocimiento de los datos a la persona referidos"* sin supeditar la legitimación a la existencia de arbitrariedad o ilegalidad. Esta prescripción de la propia Constitución, da cuenta que no es requisito para la procedencia de la acción de habeas

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán, “¿Habeas data, o qué? ¿Derecho a la verdad, o qué?” LL 1999-A, p. 212.

¹⁵COLAUTTI, Carlos E, “Reflexiones Preliminares sobre el Habeas Data”, LL 1996-C, p. 917.

data, la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que se referían los tribunales, en el caso “Martinez”¹⁶ en las instancias inferiores.

3. Finalidad y Objetivos.

El hábeas data tal como lo conocemos en la actualidad, se origina en la llamada “explosión informática” y en la consecuente multiplicación de archivos y bancos de datos personales.

Es una garantía que 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 la misma se refiere a determinados aspectos de su personalidad que se encuentran vinculados en forma directa, con su intimidad¹⁷.

Estos datos no deben estar a disposición del público en general, ni ser utilizados en perjuicio de las personas, ya sea por organismos públicos o entes privados; sin el consentimiento expreso, libre, escrito e informado a que se refiere el artículo 5° de la ley de “Protección de Datos Personales”, N° 25.326¹⁸ -en adelante la LPDP-. Se trata

¹⁶ CSJN, Fallos 328:797, “Martínez, Matilde Susana c/ Organización Veraz S.A.”; con comentario de BASTERRA, Marcela I, “Aspectos procesales y sustanciales del habeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LL 2005-B, p. 741.

¹⁷ BASTERRA, Marcela I, *Protección de Datos Personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 Comentados. Derecho Constitucional Provincial. Iberoamérica y México*, p. 31, Ediar, Buenos Aires y Editorial UNAM, México, 2008.

¹⁸ Ley N° 25.326 de “Protección de datos personales”, Publicada en el BO el 02/11/2000, artículo 5°: “1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley. 2. No será necesario el consentimiento cuando: a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; d) Deriven de una relación contractual, científica

de aquella información denominada “sensible”, relativa al origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual¹⁹.

Cuando la información revele; opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o la pertenencia a sindicatos, son determinantes las condiciones personales del titular de los datos; pues si se trata de una persona pública, que ha proclamado o invocado notoria y públicamente las mismas, no consideramos que el tratamiento de dichos datos pueda violar la privacidad o intimidad de aquél.

La información referida a la vida sexual de las personas -su orientación y sus preferencias, reflejado en situaciones como la suscripción a revistas de contenido determinado, anuncios de contacto o pertenencia a agrupaciones afines- se halla reservada al propio individuo y corresponde a su intimidad personal, por lo que debe ser suprimida. Diferente es la situación de aquellos que hacen pública su militancia en esos grupos o sus comportamientos sexuales; por su propia decisión -entrevistas o notas en medios masivos de comunicación, actividad de la persona en carácter de representante o dirigente de una determinada organización- en tales casos, no puede afectarse su propio derecho²⁰.

Esta garantía tiene dos finalidades; una inmediata, que está comprendida por la posibilidad que tienen las personas de “...tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad...” y; una finalidad mediata, que consiste en el ejercicio de los derechos de “supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos”, en caso que del acceso se advierta que resultan “falsos o discriminatorios”²¹.

o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;
e) *Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526”.*

¹⁹ Ley 25.326, artículo 2°.

²⁰ MASCOTRA, Mario, “El hábeas data cancelatorio de datos sensibles”, LLBA 2008, (setiembre), p. 827.

²¹ BASTERRA, Marcela I, “La garantía constitucional del habeas data”, en AAVV *Derecho Procesal Constitucional*, MANILI, Pablo L, coordinador, p. 141/186, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.

Así, en el precedente “*Orlievsky, Susana c/ Convergencia Latina S.A. y otros*”²², la Cámara de Apelaciones del Trabajo revocó el fallo de grado y admitió el secuestro del legajo e historia médica de la actora. La pretensión contenía una acumulación de acciones, dentro de las cuales se encontraba un amparo fundado en el artículo 43, 3º párrafo de la Constitución, por medio del cual se pretendía la entrega “*(...) de los originales de los exámenes médicos, de los médicos que examinaron a la trabajadora (...) y de los realizados por el servicio médico o por terceros por cuenta y orden de la empresa, así como los dictámenes confeccionados y el legajo personal; conforme al derecho de habeas data que asiste a la trabajadora, para evitar que se utilice el legajo médico y personal con fines discriminatorios*”²³.

La LPDP en el artículo 1º establece que “*la presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional*”.

En este punto, si bien la norma se aparta del artículo 43 de la Constitución, que no menciona el derecho que tutela esta acción, considero objetable que la ley sólo tome el derecho a la intimidad y al honor, porque como lo he expresado anteriormente²⁴, esta garantía constitucional no se circunscribe únicamente a la protección de la intimidad y el honor. Tutela el derecho a la intimidad, pero no en forma genérica, sino a una especie del mismo; “la intimidad informática” que comprende a la autodeterminación informativa y a través de ella, el derecho a la imagen o al propio perfil²⁵.

²² CNA del Trab. Sala IV, “*Orlievsky, Susana c/ Convergencia Latina S.A. y otros*” del 30/09/2008.

²³ El resaltado me pertenece.

²⁴ BASTERRA, Marcela I, “Habeas Data: Derechos Tutelados” LL, Doctrina Judicial, 1999-3, p. 77. También BASTERRA, Marcela, “Derechos Humanos y Justicia Constitucional. Intimidad y Autonomía personal”, en AAVV *Los Derechos Humanos del Siglo XXI*, BIDART CAMPOS, Germán y RISSO, Guido, coordinadores, p. 58/91, Ediar, Buenos Aires, 2005.

²⁵ BASTERRA, Marcela I, “*Protección de Datos Personales...*”, Op. Cit, p. 354.

Con razón explica Puccinelli²⁶, que tanto el derecho “de la” protección de datos, como el derecho “a la” protección de datos en rigor técnico no tienden, como pareciera sugerir su rotulación, a la protección del dato en sí mismo, sino a los derechos que pueden ser lesionados a partir de su desprotección -como el honor, la intimidad, la autodeterminación informativa, etc.-, por lo que son meramente instrumentales.

Debe entenderse por "derecho a la protección de datos", a la suma de principios, derechos y garantías establecidos en favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de datos de carácter personal a ella referidos.

A esto puede agregarse, que la protección de datos personales tiene por objeto prioritario, asegurar el equilibrio de poderes y la participación democrática en los procesos de la información y la comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos; y por lo tanto se pondera *"el conjunto de bienes o intereses que puedan ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas identificadas o identificables"*²⁷.

La libertad informática tiene por finalidad garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en registros o bancos de datos, como también la posibilidad de controlar su calidad; lo que implica la facultad de exigir su corrección o cancelación cuando éstos sean inexactos o indebidamente procesados, disponiendo sobre su transmisión o control para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, la dignidad y libertad²⁸.

Respecto a esta herramienta de tutela, la Cámara Civil en el caso *“Rossetti”*²⁹, sostuvo – con razón- que la finalidad del habeas data, es impedir que en bancos o registros de datos se recopile información, a cerca de la persona titular del derecho, que interpone la

²⁶ PUCCINELLI, Oscar R. “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)”, JA 2004-III-p. 731.

²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AAVV, LOSANO, Mario y otros, *Libertad informática y Leyes de Protección de Datos Personales*, p. 139, CEC, Madrid, España, 1989.

²⁸ PUCCINELLI, Oscar R, “Tipos y Subtipos de Hábeas Data en el Derecho Constitucional Latinoamericano. A Propósito del Hábeas Data Peruano para acceder a la información pública.”, LL, 1997-D, p. 215.

²⁹ CNCiv, Sala H, *“Rossetti Serra, Salvador v. Dun & Brandstreet S.R.L.”*, del 19/05/1995.

acción, cuando se refiera a aspectos de su personalidad que se hallan directamente vinculados con su intimidad. En tal caso, el individuo puede; a) acceder a la información, b) rectificarla, c) actualizarla, d) suprimirla y, e) asegurar su confidencialidad³⁰.

Ekmekdjian³¹ explica, que los objetivos del habeas data pueden reducirse a cuatro: 1) acceder a los registros para controlar los datos propios y del grupo familiar, 2) actualizar los datos obsoletos o corregir los inexactos, 3) asegurar la confidencialidad de ciertos datos y, 4) omitir o cancelar datos de la información sensible cuya divulgación podría lesionar gravemente el derecho a la intimidad.

Siguiendo esta línea argumental, en el caso *“Farrel Desmond Agustín c/ B.C.R.A y otros s/ Amparo”*³², la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal estableció que *“el habeas data tiene cinco objetivos principales: a) que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos; b) que se actualicen datos atrasados; c) que se rectifiquen los datos inexactos; d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros; y e) supresión del requisito de la llamada “información sensible” -vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales”* (Considerando 5º).

En el caso, el actor había promovido una acción de amparo en los términos del artículo 43, párrafo 3º constitucional, a fin que las demandadas acompañaran la información que tuvieran sobre su persona, para que indicasen cómo y dónde la obtuvieron, desde qué fecha contaban con esa información, y a quiénes se la habían proporcionado. Finalmente, el accionante solicitó que se las condenara a abstenerse de proporcionar esa información en el futuro. El actor sostuvo, que frente al requerimiento de terceros, las emplazadas informaron sobre una inhabilitación para operar en cuenta corriente dispuesta por el Banco Central de la República Argentina, a solicitud del *Citibank NA*,

³⁰ SAGÜES, Néstor P, “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional”, LL 1994-D, p. 1151, LLP, 1994, p. 613.

³¹ EKMEKDJIAN, Miguel A, “El hábeas data en la reforma constitucional”, LL, 1995-E, p. 946.

³² CNACont y Adm. Fed, *“Farrel Desmond Agustín c/ B.C.R.A y otros s/ Amparo”*, del 05/09/1995.

lo que estaría perjudicándolo seriamente en el desenvolvimiento de su actividad comercial.

La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia, por considerar que la información que el BCRA posee no sólo no es incorrecta, sino, que nada le impide su divulgación de acuerdo a los términos del artículo 43 de la Constitución. En tal sentido, expresó que la confidencialidad de los datos, no puede extenderse a todo tipo de información, en particular a aquella de alcances comerciales o financieros.

Asimismo, sostuvo que el hábeas data *“sólo puede alcanzar (...) a la llamada "información sensible", esto es a aquellos datos que hagan referencia a la vida íntima de las personas, a sus ideas políticas, religiosas o gremiales. Por el contrario, los datos cuestionados no sólo no integran esa "información sensible" -entendiendo por tal aquella que a la vida íntima de las personas, a sus ideas políticas, religiosas o gremiales-, sino que -dado su carácter estrictamente comercial o financiero- está destinada a divulgarse entre todas las entidades financieras del país, tal como lo prevé la circular OPASI 2 del BCRA (punto 1.3.5.1., texto según comunicación A 1317, punto 1.3.4.1, texto según comunicación A 2116). En tales condiciones, y al no demostrarse que no sea una información verídica, su divulgación a terceros no puede legítimamente restringirse”* (Considerando 8°).

4. Derechos tutelados.

Es difícil, tal como lo he sostenido³³, abordar este tema si tenemos en cuenta que la doctrina está dividida, en cuanto a cuáles son concretamente los derechos tutelados por esta garantía, por lo que, además resulta dificultoso hacer una clasificación taxativa de las distintas posturas.

A grandes rasgos, puede afirmarse que la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico tutelado por el hábeas data es en principio el derecho a la intimidad, sin perjuicio de la existencia de otros derechos conexos.

³³ BASTERRA, Marcela I, “Habeas Data: Derechos Tutelados...” Op. Cit, p. 77.

En tal sentido, Bianchi³⁴ sostiene que si bien no es óbice a la protección de otros derechos fundamentales, los derechos protegidos por el habeas data básicamente son; la privacidad, la identidad y el honor de una persona. Para Ekmekdjian³⁵, el fundamento del habeas data es la protección de la intimidad de las personas y su privacidad, siendo éstos últimos una derivación del derecho a la dignidad. En la misma línea se enrola Sagüés³⁶, que también se refiere al honor o la privacidad.

En cambio, Liberatore³⁷ entiende que de acuerdo a una interpretación teleológica del artículo 43 de la Constitución Nacional, el habeas data se debe ubicar dentro del campo de la protección de los derechos personalísimos, vulnerados específicamente a través del dato registrado y el uso que del mismo se haga por parte del registrador. En efecto, sea que el derecho de acción reconocido proteja la intimidad, la privacidad, la identidad, el honor o la imagen, lo cierto es que tal reconocimiento supone tutelar en forma expresa la esfera individual que cada uno aspira a retraer de la difusión pública o del conocimiento de terceros.

Para Falcón³⁸, el habeas data protege el derecho a la intimidad y preserva a las personas de la discriminación. Badeni³⁹, también hace mención a la protección del derecho a la intimidad o privacidad como al honor. Dromi y Menem⁴⁰ reconocen el fundamento de esta garantía en el derecho a la intimidad o a la privacidad, aclarando que son conceptos

³⁴ BIANCHI, Alberto B, “Habeas data y derecho a la privacidad”.ED; 16 de febrero de 1995, p.6.

³⁵ EKMEKDJIAN, Miguel A, “El Habeas Data en la Reforma Constitucional”, LL, 1995-E, p. 946.

³⁶ SAGÜÉS, Néstor P, “Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional”, LL 1994-D, p. 1158.

³⁷ LIBERATORE, Gloria, “Sobre algunos aspectos del habeas data”, en AAVV *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data. Ley 25.326*, GOZAINI, Osvaldo coordinador, p. 294, Ediar, Buenos Aires, 2001.

³⁸ FALCON, Enrique M., *Habeas Data*, p. 40 y ss, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

³⁹ BADENI Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 247, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

⁴⁰ DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución Reformada*, p. 168, Editorial Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.

que, a su vez están integrados por la tranquilidad, la autonomía y el control de la información personal.

Por otra parte, algunos doctrinarios tienen una visión un tanto ampliada hacia una gama de otros derechos conexos a la intimidad. Así, Puccinelli⁴¹ expresa que; en primer lugar, se tutela el derecho a la intimidad y como consecuencia, también a otros derechos como la integridad física, psíquica, etc. En segundo lugar, afirma que al permitir accionar sobre datos falsos, tutela al valor verdad y a toda una gama de otros derechos, que por vía de esa falsedad puede sufrir un menoscabo la persona titular del dato; como sería el honor, la reputación, la imagen, la identidad, entre otros.

Bidart Campos⁴² ha entendido que la finalidad principal de esta garantía es la de evitar el abuso informático, pero no necesariamente dicho abuso tiene que existir, pues también se tiene en miras preservar la confidencialidad y la reserva de bienes personales como los que hacen a la dignidad, el honor, la privacidad, a la información sensible, la autodeterminación informática y a la igualdad.

Por su parte, Vanossi⁴³ se refiere a la protección de la identidad informativa de la persona y del derecho a su perfil y a su imagen.

Por último, Gozaíni⁴⁴ considera que encontrar la tutela específica que concreta el proceso constitucional de hábeas data es tarea sencilla cuando el análisis se circunscribe a las posibilidades de acción que tiene un individuo frente a quien aplica en su provecho los datos que aquél le concierne. Desde esta perspectiva, bastaría con sostener que la función básica a cumplir es asegurar el acceso a las bases de datos y demás registros que se tengan sobre una persona, determinando con ello la posibilidad de suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que allí se contenga. Sin embargo, el autor considera que ésta sería una visión acotada al perímetro de la garantía procesal.

⁴¹ PUCCINELLI, Oscar Raúl “Reflexiones ante la inminente reglamentación del hábeas data” Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 134, p. 8.

⁴² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 389, tº II, Ediar, Buenos Aires, 1997.

⁴³ VANOSSI, Jorge R, “El “Habeas Data”: no puede ni debe contraponerse...” Op. Cit, p. 954.

⁴⁴ GOZAINI, Osvaldo, *Derecho procesal constitucional, Habeas data, Protección de datos personales, Ley 25.326 y reglamentación: decreto 1558/2001*, p. 7/12, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.

En efecto, el hábeas data se proyecta hacia otros fines inconmensurables, por lo que resulta pertinente analizar todos los derechos que a través de esta garantía pueden protegerse tales como, la intimidad, el honor, la imagen propia, la fama o reputación, la reserva, la confidencialidad y la dignidad personal⁴⁵.

Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III en el precedente “*Fariás, Néstor Oscar c. Banco Macro S.A.*”⁴⁶, al determinar que “(...) *el habeas data, se halla en estrecha vinculación con el derecho a la intimidad o privacidad, tal como ha sido destacado por caracterizada doctrina (...) tiene, por consecuencia necesaria, asegurar la tranquilidad de las personas y no la de perpetuar situaciones ambiguas o dotadas de incertidumbre que restan el derecho a no ser molestado injustamente, desmedrando uno de los derechos principalísimos del ser humano (...) siendo ello así, cuando se ha perturbado seriamente el derecho a desarrollar las actividades vitales con normalidad, por causa de una información falsa o errónea que trastoca la existencia entera de la persona, es un deber ético y jurídico del causante adoptar los medios de mayor amplitud para neutralizar la propagación del daño causado, resultando inadmisibles una conducta incompatible con el respeto debido a la dignidad humana, cuya protección es el cimiento mismo de todo el orden constitucional*” (Considerandos 3º y 4º).

Tampoco en el derecho comparado existe un criterio uniforme acerca de los derechos tutelados por esta garantía. Así, encontramos a modo de ejemplo, la Constitución de Portugal que protege la fe religiosa, convicciones políticas y vida privada; la Constitución de Colombia, que en el artículo 15 resguarda el buen nombre e intimidad personal y familiar; la Constitución española que tutela el honor, intimidad y propia imagen en los artículos 18 y 20; la Constitución de Perú que protege además del honor, intimidad y propia imagen; el derecho a la buena reputación y voz propia en el artículo 200 y; la Constitución mexicana, en el artículo 7º resguarda la moral, la paz pública y la vida privada, entre otros derechos fundamentales.

⁴⁵ BASTERRA, Marcela I, “*Protección de Datos Personales...*”, Op. Cit, p. 40.

⁴⁶ CNACCFiv y Com Fed sala III, “*Fariás, Néstor Oscar c. Banco Macro S.A.*” del 29/08/2008.

a. La tutela del derecho a la intimidad informática.

El hombre presenta una dualidad de tendencias instintivas, por un lado, el ser humano tiene necesidad de saber -representado en el derecho a la información- y por otra; la necesidad de ocultar -representado en el derecho a la intimidad-⁴⁷. El punto justo se encuentra en establecer el equilibrio entre la necesidad de saber y la necesidad de ocultar, estableciendo los límites, para que dentro de un sistema de garantías como el nuestro, el ejercicio de un derecho no se realice en detrimento de otro.

El derecho a manejar información y el derecho a preservar una esfera de intimidad, tienen su origen en la propia naturaleza humana, por ello constituyen derechos fundamentales que deben ser garantizados y regulados por el Estado.

El procesamiento de datos es, sin duda, uno de los grandes descubrimientos del siglo que utilizada por la administración pública y por las empresas privadas, proporciona -entre otras cosas- eficiencia y eficacia, celeridad a la hora de tomar decisiones o de recabar información; es el medio ideal para brindar servicios públicos y privados, como así, el medio propicio para guardar datos de las personas.

El encuentro entre informática y administración ha producido una nueva rama del saber, una nueva manera de trabajar. Debemos tener presente que el uso de estas modernas tecnologías, tanto por parte del Estado, como de los particulares, crea diversos riesgos que pueden suponer una amenaza a la intimidad de los gobernados o usuarios de servicios.

El derecho a la autodeterminación informativa, consiste en la posibilidad que tiene el titular de un dato personal de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso se dará a la misma. Se ejerce genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación, supresión, confidencialidad y cancelación.

La información resulta útil e importante; sin embargo, en determinadas circunstancias y sobre todo, cuando es utilizada sin autorización del titular, no son pocas las oportunidades en que se constituye en una verdadera amenaza para nuestra intimidad.

El artículo 43 CN otorga el equilibrio necesario, al garantizar el acceso a las fuentes de información para conocer los datos que se tengan en relación a un individuo, a la vez

⁴⁷ MEJAN, Luis Manuel, *El derecho a la Intimidad y la Informática*, p. 5, Editorial Porrúa, México, 1996.

que prevé la posibilidad de conocer la finalidad con que se han recabado los mismos y, en caso que éstos se consideren falsos, discriminatorios o sensibles, establece la oportunidad para solicitar la supresión, rectificación, actualización o confidencialidad por parte del titular del dato. Queda, de esta forma tutelado en la norma fundamental del sistema jurídico, el derecho la "intimidad informática" o "a la autodeterminación informativa"⁴⁸.

Méjan⁴⁹ define a la intimidad como “*el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quien le da acceso al mismo según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que sólo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la develación sea lícita*”.

Así, quedan sentados dos principios básicos. El primero consiste, en que el hombre tiene valores individuales que no pueden ser sacrificados jamás en aras de ningún otro valor, tal es el derecho a su propia intimidad. El segundo, que existen casos y circunstancias de excepción en que el valor comunitario, el bien general, debe prevalecer sobre los intereses particulares.

La tutela de los datos personales importa un derecho personalísimo nuevo e independiente, que deriva del valor dignidad de la persona, como derecho constitucional no enunciado del artículo 33 de la Constitución.

La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la acción informática, sino que puede lesionarse también, el derecho a la identidad cuando -por ejemplo- se falsean o alteran los datos divulgados, con mentiras o errores que se deben corregir; asimismo es posible que a través de la informática se dañe la imagen de una persona. Basta el entrecruzamiento de datos para acceder al conocimiento, sobre quién es realmente un individuo determinado; accediendo a sus negocios, familia, salud, proyecciones individuales y sociales, etc. De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica, con la posibilidad de encontrar su adecuación en la garantía de *habeas*

⁴⁸ BASTERRA, Marcela I., “Datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de datos personales”, LL 2009-B, 1037.

⁴⁹ MEJAN, Luis Manuel, “*El derecho a la Intimidad...*” Op. Cit, p. 81/87.

data, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor⁵⁰.

b. La tutela del derecho a la imagen o al propio perfil.

La noción del derecho a la imagen tiene sus orígenes en el llamado “*ius imaginum romano*” que alcanza notable importancia durante la República Romana, que consistía - en la práctica- en colocar una máscara de cera sobre un cadáver para poder exhibirlo en el atrio de las casas y así realizar en público los cortejos fúnebres. Se trataba de un derecho del que sólo gozaban las familias nobles⁵¹.

Si bien este es el punto de partida, lo cierto es que se refiere a la imagen en su aspecto material y no como un signo de identidad, de individualidad o como una manifestación esencial de la personalidad, ya que constituye uno de los elementos fundamentales de la proyección externa de la persona.

Azurmendi Adarraga⁵² divide en tres períodos el recorrido del derecho a la propia imagen hasta su reconocimiento como derecho humano.

1. La primera etapa: está dada entre los años 1839 y 1900. Es en esta etapa cuando se comienza a reconocer el derecho a la imagen, considerándolo un aspecto particular del derecho de autor. Efectivamente, así lo tratan las leyes sobre propiedad intelectual y artística de Alemania (1876), Austria (1885) y Bélgica (1886), las cuales constituyen el primer paso hacia la regulación del mismo.

No obstante, en este período no hay aún conciencia jurídica de la existencia de un derecho a la propia imagen.

2. La segunda etapa: se desarrolla desde el año 1900 hasta el 1919. Con el cambio de siglo, se produjo una transformación en la concepción jurídica del derecho a la propia imagen. Tanto desde la jurisprudencia como la doctrina comienza a ser tratado como un

⁵⁰ CIFUENTES, Santos, “El derecho a los datos personales y el habeas data”, Academia Nacional de Derecho 2008 (mayo), p. 1.

⁵¹ GINESTA, Amargos, “Ius Imaginis”, Revista Jurídica de Catalunya, 1983, citado por AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El Derecho a la Propia Imagen*, p. 22, Civitas, Universidad de Navarra, Madrid, España, 1997.

⁵² *Ibidem*, p. 46.

bien esencial de la persona. En este período fue decisiva la influencia europea y estadounidense en relación a los derechos de la personalidad.

Gierke⁵³ es uno de los doctrinarios que si bien no trata específicamente la imagen humana, su obra vislumbra el marco jurídico adecuado para que el derecho a la imagen se fuera desvinculando de los derechos de autor. En tal sentido, parte de que el derecho general de la personalidad tiene por objeto esencial el libre desarrollo de su propia personalidad. El autor, proporcionó resortes doctrinales válidos para el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la imagen humana. Asimismo, su teoría dio el pie para que, bajo la noción del libre desarrollo de la personalidad, se comience a dibujar las fronteras entre el honor, la intimidad y la imagen de la persona.

Finalmente, en el año 1902 en el marco del *XXVI Congreso de Juristas Alemanes*, celebrado en Berlín, quedó abiertamente reconocido el derecho a la propia imagen como uno de los derechos inherentes a la personalidad.

En cuanto a la influencia estadounidense, hacia fines del siglo pasado en los Estados Unidos se conocía el célebre artículo de Warren y Brandeis “*The right of privacy*” de 1890, que trata el derecho a la imagen personal como la forma más simple del *right of privacy*, cuyo antecedente más inmediato es la expresión acuñada por el Juez Cooley en 1879, “*the right to be let alone*” - el derecho a ser dejado en paz o a solas⁵⁴.

La postura norteamericana plantea, que si el *common law* cada vez ampliaba más su protección a las personas y a sus bienes, dicha protección debía extenderse a los particulares en su vida privada. De este modo, si se tenían en cuenta las nuevas circunstancias sociales, tecnológicas y el desarrollo de la prensa, el crecimiento del interés informativo, etc., sería conveniente considerar al *right of privacy* como reconocido por la cuarta enmienda de la Constitución Americana⁵⁵.

⁵³ GINESTA, Amargos, “Ius Imaginis”, “Revista Jurídica de Catalunya”, 1983, citado por AZURMENDI ADARRAGA, Ana, “El Derecho a la Propia.....”, Op. Cit. p. 48 y ss.

⁵⁴ BIANCHI, Alberto B., “Habeas data...”, Op. Cit, p. 3

⁵⁵ Constitución de Estados Unidos, cuarta enmienda, aprobada en 1791: “*El derecho de los ciudadanos a la seguridad de las personas, domicilio, papeles y efectos contra pesquisas y embargos arbitrarios es inviolable (...)*”

En 1904 el Tribunal Supremo de Georgia, en el caso "*Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*"⁵⁶ sancionó la utilización publicitaria del rostro de una persona sin su consentimiento, en 1909 el Tribunal Supremo de Kentucky dicta una sentencia en igual sentido y así se fueron multiplicando este tipo de decisorios.

Queda de esta forma ratificado el doble contenido del "*right of privacy*", la defensa de la vida privada del individuo y, la de evitar el uso de la propia imagen sin consentimiento de la persona representada.

3. La tercera etapa: se manifiesta desde el año 1920 hasta el 1948. Este período, es el denominado de la consolidación del derecho a la propia imagen. Es entonces, cuando se orienta definitivamente el derecho hacia un nuevo marco jurídico; el de los derechos humanos.

Con las características propias de los planteos jurídicos de cada país, este derecho tiene sus primeras manifestaciones en las peticiones de reconocimientos constitucionales y en la consolidación de los derechos de la personalidad como el marco ideal para la comprensión del derecho a la propia imagen. Mientras se abría el camino del derecho a la imagen como elemento del *right of privacy* -el que se consideraba uno de los derechos más valiosos de los ciudadanos- se preparaba el terreno para su declaración como derecho humano.

En Estados Unidos, no existe un reconocimiento positivo del carácter federal del derecho a la imagen. No obstante, es preciso destacar que cada vez hay más normas que tutelan algunos de sus aspectos y la tendencia a garantizar efectivamente en el texto constitucional el "*right of privacy*"⁵⁷.

4. La cuarta etapa: Siguiendo la clasificación anterior, considero que puede marcarse el origen de una nueva etapa en relación al derecho a la propia imagen, a partir de 1948 con la Declaración Universal de Derechos del Hombre cuya influencia es notoria en los textos constitucionales posteriores.

Si bien en los textos supranacionales no se menciona en forma expresa, lo cierto es que surge implícitamente de muchos de ellos. En efecto, en la Declaración Universal en el artículo 12 se refiere a "*la vida privada y a la honra*", el artículo 30 expresa; "*nada de*

⁵⁶ "*Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*" 122, Ga, 190, 50 SE 68, 1905.

⁵⁷ Puede verse de GROOS J, KATZ, S y RUBY, J, "*Image Ethics*", 1988, citado por AZURMENDI ADARRAGA, Ana, "El Derecho a la Propia Imagen...", Op. Cit. p. 46/94.

la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en ésta declaración”.

En la Constitución Argentina no existe una norma que se refiera al derecho a la imagen o al propio perfil. Sin embargo, surge de forma implícita de las normas supranacionales que quedaron incorporadas a la misma después de la reforma de 1994, en el artículo 75 inciso 22.

Por otra parte, el artículo 43 establece la garantía de habeas data como la posibilidad de acceso a los datos personales, la finalidad que se dará a los mismos y la viabilidad, según el caso, de rectificación, supresión, confidencialidad y actualización de éstos. Nada dice en relación a los derechos protegidos, no obstante son varios los autores que consideran entre los derechos tutelados por esta garantía el derecho a la propia imagen⁵⁸.

Vanossi⁵⁹, al referirse a los bienes jurídicos tutelados expresa *“de nada sirve que llenemos los anaqueles con dispositivos legales que protejan otros aspectos como los bienes u otros desenvolvimientos de esa misma persona, si no empezamos por proteger lo más inherente a esa propia persona, que es el derecho a su perfil y el derecho a su imagen”.*

Bazán⁶⁰- con quien comparto el criterio- considera que esta novel garantía constitucional es el reflejo de la necesidad de abrir camino a un nuevo derecho o al menos, a la reformulación de uno clásico cuyos contornos se han visto desbordados o erosionados por la realidad. Justamente, se refiere al derecho a la autodeterminación informativa. En tal sentido, el autor cita la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15/12/1983, en la que se declaró parcialmente inconstitucional la ley

⁵⁸ Puede verse de MEROVICH, Carina, “El habeas data y los sistemas de información”, LL 1996-A, p. 1060; PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Reflexiones ante la inminente reglamentación...” Op. Cit, p. 8; CIFUENTES, Santos, “Derechos Personalísimos a los Datos Personales”, LL 1997-E, p. 1332.

⁵⁹ VANOSSI, Jorge R, “El “Habeas Data”: no puede ni debe contraponerse...” Op. Cit. p. 954.

⁶⁰ BAZAN, Víctor, “El Habeas Data y la Custodia al Derecho a la Autodeterminación Informativa”, Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 142, p. 9.

germana del censo de población de 1982 donde se sostuvo que *“el habeas data brinda cauce de tutela a la libertad informática, que da pie a la existencia de un derecho autodeterminativo que va ganando adeptos en la doctrina y jurisprudencia europeas...”*.

Pérez Luño, pondera el mérito de la sentencia en haber entendido el derecho a la intimidad -en el caso- el derecho a la autodeterminación informativa, como la facultad de la persona de *“decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones dentro de la propia vida”*.

En conclusión, si bien la garantía de habeas data tutela indirectamente a todo el abanico de derechos antes mencionados, entiendo que en forma directa, protege al derecho a la intimidad informática y a la propia imagen.

Estos pueden subsumirse en uno sólo; que es el derecho a la autodeterminación informativa, que implica la posibilidad de decidir qué datos queremos proporcionar y cuáles deseamos mantener en reserva, alejados del acceso de los demás.

5. Diferencias entre el habeas data y el derecho de acceso a la información pública.

La concreción en un ámbito específico, del derecho a recibir información como consecuencia directa del principio administrativo de transparencia de la administración y de la regla republicana de la publicidad de los actos de gobierno, es conocido como el derecho de acceso a la información pública (en adelante DAIP).

Éste, se vincula además, con el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública. En tal sentido, al enrolarse con la publicidad de los actos de gobierno y el principio de transparencia de la administración, debe ser entendido como instrumento indispensable para apuntalar el régimen republicano, por el que decididamente opta nuestra Constitución.

Un punto a tener en cuenta a la hora de justificar el derecho de acceso a la información pública, es si lo vamos a hacer como un derecho individual, como un derecho colectivo o como un derecho que cumple ambas funciones según los casos⁶¹. A partir de aquí es

⁶¹ BASTERRA, Marcela I, *El Derecho Fundamental de acceso a la información Pública*, p. 13, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

donde suele confundirse el derecho de acceso a la información pública, con el derecho de acceso a los datos personales.

En efecto, una de las formas habituales para definir el DAIP, es hacerlo como un correlato de la libertad de expresión, en este sentido el abordaje del concepto de derecho de acceso a la información pública se produce desde el plano de justificación de los derechos individuales, específicamente en el marco de los denominados derechos-autonomía, tal como lo han apuntado Abramovich y Courtis⁶²; tienden a potenciar el ámbito de autonomía de los individuos a los efectos de lograr la plena realización de los mismos, que se dará en orden a la posibilidad de concreción, del plan de vida elegido por cada persona⁶³.

En este contexto, el derecho de acceso a la información pública cumple la función de maximizar el espacio de autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión toda vez que accediendo a mayor información, se conocerán diversidad de opiniones y voces que pueden influir o ser determinantes a la hora de elegir nuestro propio plan de vida.

El aspecto individual del derecho de acceso a la información estatal, se encuentra fundamentalmente relacionado con la libertad de expresión, a la vez que con la posibilidad de que las personas puedan desarrollar todas sus potencialidades según el criterio de "excelencia humana" que el individuo seleccione. De esta forma, para poder desarrollar dicha búsqueda será necesario que ninguna persona sea arbitrariamente menoscabada o impedida de manifestar su propio pensamiento, tanto por parte del Estado como de terceros.

En su dimensión social, se encuentra relacionado con el derecho de toda la sociedad de recibir ideas e información; derecho colectivo en virtud del cual la comunidad toda tiene la facultad de obtener todo tipo de información y de conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así como la libertad de expresión, comprende el derecho de cada uno, a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Esto, debido a que para el "ciudadano

⁶² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, "El acceso a la información como derecho" Publicación realizada por "Abogados Voluntarios", www.abogadosvoluntarios.net.

⁶³ FARELL, Martín Diego, *El derecho Liberal*, p.15/21, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

común" es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.

Sin duda, el derecho de acceso a la información pública o gubernamental, tiene una función individual o se ejerce como derecho individual, cuando una persona solicita información o datos acerca de sí misma, de una base de datos o registros de cualquier dependencia estatal. El derecho de acceder a los propios datos, para tomar conocimiento y conocer su finalidad, "su propia información" o la información en relación a los datos inherente a su persona no es un "bien colectivo", sino un "bien individual", no pertenece a la cosa pública aunque de hecho esos datos puedan estar en archivos estatales y tener la calidad de documento público.

Sin embargo, y aunque pueda confundirse con la garantía del habeas data, en los demás casos el DAIP es un derecho colectivo porque el bien requerido es un bien colectivo "la información estatal", pudiendo obviamente ejercerlo cualquier ciudadano del "colectivo" en forma individual o grupal, sea una persona física o jurídica.

En contraste con el habeas data, en que se ejerce un derecho individual para conocer y controlar los datos personales obrantes en bases de datos estatales. En el ejercicio del derecho a la información pública, la información requerida no está relacionada con la información personal del requirente; sino con el derecho del mismo de acceder a los documentos del Estado para controlar la gestión gubernamental en el momento que lo considere necesario, y para exigirle que cumpla con uno de los requisitos esenciales del sistema republicano de gobierno, que es la publicidad de sus actos.

Tal como lo he sostenido⁶⁴, existen determinados principios que deben regir en materia del derecho de acceso. Estos son; 1) la regla general debe ser el acceso y las excepciones sólo pueden ser estrictamente creadas por ley; las que deben referirse a cuestiones específicas determinadas legalmente; 2) la reserva debe estar limitada en el tiempo y si no lo estuviera, el secreto automáticamente debe cesar a los 10 años -o un plazo similar que la ley determine- y; 3) toda información que fue reservada o confidencial, antes de destruirse debe publicarse.

Sentado ello, la ley de protección de datos personales toma estos principios regulando el manejo de los archivos o registros de Seguridad del Estado, en los artículos 17, 18 y 23 de la siguiente manera.

⁶⁴ BASTERRA, Marcela, "El Derecho Fundamental de Acceso"...Op. Cit p. 358/359.

En el artículo 23 denominado “supuestos especiales” establece la regla general, que es la del acceso a los archivos o bancos estatales, por ese motivo considero que debería estar primero en orden cronológico que el artículo 17, que es la norma encargada de establecer las “excepciones” al acceso; es decir cuándo y en qué casos concretos, puede denegarse el derecho de acceso al titular de los datos.

La norma del artículo 23 abarca a los bancos o registros estatales de la siguiente forma;

1) Sujeta a la ley, a aquellos datos personales que por haberse almacenado para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente en los bancos de datos de las fuerzas armadas, de seguridad, organismos policiales o de inteligencia; y aquellos sobre antecedentes personales, que proporcionen dichos bancos de datos a las autoridades administrativas o judiciales, que los requieran en virtud de disposiciones legales.

2) Establece que el tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública; por parte de las fuerzas armadas, de seguridad, organismos policiales o inteligencia -sin consentimiento de los afectados- queda limitado a aquéllos supuestos y categoría de datos, que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos a tal efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.

3) Determina que los datos personales registrados con fines policiales deberán ser cancelados cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

La previsión que el legislador hace en el inciso 2.b del artículo 5 -consentimiento- cuando exceptúa de dar el consentimiento escrito, libre, expreso e informado, en el caso de datos recabados para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o derivados de una obligación legal, sin duda debe interpretarse en forma armónica con la norma referida del artículo 23, inciso 2°.

El fundamento de esta normativa, está dado en que es necesario establecer un equilibrio entre el derecho a la intimidad informática de las personas y, por otra parte, el deber del Estado de cumplir con las obligaciones emergentes del poder de policía estatal. Parece razonable que en circunstancias en que esté en juego la defensa nacional y la seguridad pública los organismos estatales encargados de salvaguardar las mismas, puedan, con

fundamento en la ley estar exceptuados de solicitar el consentimiento del titular del dato. La actividad estatal no significa que todos los organismos estén libres de requerir autorización, sino, que sólo podrá exceptuarse en los términos estrictos que la propia ley establece.

Sólo con una interpretación restrictiva de la ley se logrará la efectiva protección del derecho a la autodeterminación informativa. En el caso particular deben darse los requisitos que la propia ley establece, para que no se transforme la misma en un “arma de doble filo”, cuando el exceptuado para recopilar datos sin consentimiento, es el Estado a través de los organismos específicos establecidos en la ley⁶⁵.

Siguiendo esta línea de argumentación, entiendo que para que una situación quede comprendida dentro de los términos prescritos por la norma deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos: 1) Sólo procede para el caso en que se recopilen datos con fines de defensa nacional, seguridad pública o represión de delitos; que debe tener fundamento en una misión asignada por ley en forma específica. Quedaría excluida la recopilación de datos, basados en estos motivos si se alude a un mandamiento genérico de la ley. 2) Los bancos de datos a los que la ley puede autorizar en un caso concreto a recabar datos sin consentimiento serán las fuerzas armadas, de seguridad, organismos policiales y de inteligencia. 3) Sólo se recopilarán los datos que se necesiten para el cumplimiento de la misión que la misma ley habilitante, autorice a tratar. Dado que las leyes de deben interpretar en forma armónica y no analizando aisladamente sus normas, resulta claro que determinados datos jamás podrán ser autorizados al tratamiento, tales como; la orientación sexual origen racial o étnico u otros aspectos de la intimidad de las personas. Los datos referidos a la salud sólo podrán tratarse si se aplica la disociación del dato, es decir, sin que sea identificable la persona a la cual pertenece esa información. 4) Otro requisito determinante, es el tiempo por el que pueden ser recolectados estos datos. Sería, sólo por el que específicamente establezca la ley autorizante, pero siempre -en consonancia con el principio general de la LPDP establecido en el artículo 4.7 - por el tiempo que sea necesario para el cumplimiento estricto de los fines de recolección, luego serán inmediatamente destruidos. Ni la propia ley habilitante en caso concreto podría no cumplir con este principio establecido en la ley 25.326. 5) Por último, como surge específicamente del artículo 23 –último párrafo-

⁶⁵ BASTERRA Marcela, "El Habeas Data", Op. Cit, p.180/182

será necesario que en esos casos, los archivos de datos fundados en esta disposición sean clasificados por categorías en función de su grado de fiabilidad.

Es difícil determinar qué ocurre con el acceso a los registros de los organismos de inteligencia del Estado, especialmente si tenemos en cuenta la importancia y necesidad de confidencialidad de determinada información, en relación a los temas concernientes a la seguridad nacional. Sin embargo, es necesario recordar que el constituyente tuvo la intención de establecer a través del *habeas data*, una protección a los ciudadanos precisamente frente al Estado. La ley al establecer en qué casos y bajo qué condiciones o circunstancias se va a mantener el secreto de Estado en relación a los datos personales, ha logrado el equilibrio que surge como una necesidad desde la Constitución, la jurisprudencia⁶⁶ y la doctrina⁶⁷, casi por unanimidad.

Con excelente criterio la propia ley establece en qué casos, excepcionalmente, se permitirá la denegación de acceso a los bancos de datos del Estado; según el artículo 17, será en los siguientes supuestos: 1) Mediando decisión fundada, podrá denegarse el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. 2) La información también podrá ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos público cuando; a) se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso, vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o provisionales; b) potencialmente se pudiera entorpecer el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente y; c)

⁶⁶ CSJN, Fallos 321:2767, “*Urteaga, Facundo R. c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas*” y CSJN, Fallos 322:2139, “*Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus*”.

⁶⁷ Puede verse BIANCHI, Alberto, “El *habeas data* como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema”, LL 1998-F, p. 297; BIDART CAMPOS, Germán, “¿*Habeas data*, o qué? ¿Derecho “a la verdad”, o qué?”, LL 1999-A, p. 212; CIFUENTES, Santos, “Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional - Naturaleza personalísima de los datos informáticos de la persona”, LL, 1999-A, p. 258; LOIANNO, Adelina, “*Habeas data* y derecho a la verdad”, en Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, SABSAY, Daniel A, director, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 587; SAGÜES, Néstor P, “El *habeas data* contra organismos estatales de seguridad”, LL, 2000-A, p. 352; SLAIBE, María Eugenia y GABOT, Claudio, “*Habeas data*: su alcance en la legislación comparada y en nuestra jurisprudencia”, LL, 2000-B, p. 27, entre otros.

exista la posibilidad de obstaculización en la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. 3) Finalmente, se contempla que en caso en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa, siempre se deberá brindar acceso a los registros o bancos en que se solicitan los datos personales.

Esta norma se complementa con el artículo 18 (Comisiones legislativas). *“Las Comisiones de Defensa Nacional y la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Órganos y Actividades de Seguridad Interior e Inteligencia del Congreso de la Nación y la Comisión de Seguridad Interior de la Cámara de Diputados de la Nación, o las que las sustituyan, tendrán acceso a los archivos o bancos de datos referidos en el artículo 23 inciso 2 por razones fundadas y en aquellos aspectos que constituyan materia de competencia de tales Comisiones”*.

La regla legal parece apropiada ya que pese a extender la posibilidad de acceso a datos de carácter personal, obviamente no propios, permite el control democrático de estas fuerzas (recordamos que ellas están facultadas a tratar datos sin consentimiento de los titulares, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos; 5, apartado 2, inciso b, y 11, apartado 2, incisos b y c), lo que se considera un mal menor debido a que los miembros de estos organismos; frente a la posibilidad de que los datos sean conocidos, quedarán afectados a las mismas limitaciones que los responsables y usuarios de los registros; tal el caso del deber de reserva⁶⁸.

Carranza Torres⁶⁹ entiende, correctamente, que en consonancia con la reserva de las cuestiones respecto de las que se peticiona; esta facultad comprende únicamente a los legisladores que integran las comisiones habilitadas por la norma, con exclusión de cualquier otro personal administrativo o técnico, que no revistiese esa calidad.

La regla exige, por último, que el acceso sea justificado -se alude a “razones fundadas”- y que tenga relación con la competencia material de dichas comisiones, lo que obliga al

⁶⁸ Véase PUCCINELLI, Oscar, *Protección de datos de carácter personal, comentario exegético de la ley 25.326 y su reglamentación*, p. 317, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004. También PEYRANO, Guillermo F., *Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data. Comentario a la ley 25.326 y a la reglamentación aprobada por Decreto 1558/2001*, p. 180, Editorial Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002.

⁶⁹ CARRANZA TORRES, *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*, p. 106, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001.

responsable o usuario a evaluar si se dan dichas razones y competencias; de lo contrario, deberá oponerse a la pretensión, cuya pertinencia deberá ser resuelta, en definitiva, judicialmente.

6. Conclusiones.

El habeas data es una garantía constitucional que tiene como finalidad, impedir que en bancos de datos o registros –públicos o privados- se recopile información, respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando tal información se refiera a ciertos aspectos que se vinculan con su privacidad.

La intimidad, es un aspecto exento del conocimiento por parte de los demás, que se materializa en el derecho a que éstos no tengan información documentada sobre hechos y datos respecto de una persona, que no desea que los mismos sean dados a conocer.

Es un derecho personalísimo, entendido como aquellas prerrogativas de contenido extra-patrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su sola condición de tal, desde su nacimiento y hasta después de su muerte, de las que no puede ser privado por la acción del Estado, ni de otros particulares, dado que redundaría en desmedro o menoscabo de la personalidad.

La protección de las personas contra el uso abusivo de la informática, que violente derechos fundamentales como a la intimidad, al honor, a la imagen, etc., es uno de los fines que tuvo en miras el constituyente al establecer esta herramienta.

Sin embargo, aunque el artículo 43 de la Constitución nacional no menciona el derecho que tutela esta acción, se encuentra ampliamente justificado que se trata de la protección del derecho a la intimidad informática, lo que implica la autodeterminación informativa y, a través de ella, el derecho a la imagen o al propio perfil.

En consecuencia, debemos concluir que el habeas data tutela el derecho a la autodeterminación informativa, entendido como la potestad de cada individuo de elegir y decidir -según sus propias convicciones- qué aspectos desea dar a conocer, relativos a su vida íntima o privada, a través de la cesión de sus datos personales.