



PRIVACÍA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN IBEROAMÉRICA¹

PRIVACY: THE RIGHT OF PRIVACY ON IBEROAMERICA

Agustin Pieroni

Virginia Pieroni²

Resumen: El presente estudio se dirige a la elucidación del derecho a la intimidad o a la privacidad que corresponde otorgar a la esfera de hechos y circunstancias pertenecientes al secreto familiar o personal. Se clasificarán los derechos respectivos y se efectuará un repaso de la legislación vigente en Iberoamérica y luego se definirán conceptos referentes a la colisión de estos derechos con los derechos a la libre información. Se destacarán los problemas de recolección de datos personales. También se recurrirá a algunos remedios de reciente sanción para proteger estos derechos como la institución del *habeas data*.

Palabras Clave: Privacía - Intimidad - Bases de Datos - Derechos humanos - Habeas data

Abstract: This paper aims to shed light on the rights to intimacy or to privacy due to the sphere of facts and circumstances belonging to family or personal secrets. After classifying each of these rights, we review the legislation currently in force in Latin America. We then define a series of concepts related to the collision between both rights and freedom of information, and highlight the problems around personal data gathering. Lastly, we discuss remedies recently sanctioned to protect these rights, such as the *habeas data*.

Keywords: Privacy - Intimacy - Databases - Human Rights - Habeas Data

¹ Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aceptado el 30 de noviembre de 2011.

² Agustín PIERONI y Virginia PIERONI son profesores de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN - ARGENTINA y Director y Secretaria, respectivamente, del INSTITUTO DE ESTUDIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS de la citada universidad.



Sumario: 1. Descripción del Derecho a la Intimidad – 2. El nacimiento legal de estos derechos – 3. El marco legal en Iberoamérica – 4. La colisión con el derecho a la información y otros derechos – 5. El consentimiento en la recolección y cesión de datos y la perversión en su uso y recopilación – 6. Las regulaciones de “Habeas Data” - Corolarios - Bibliografía -

1. Descripción del Derecho a la Intimidad

“*My home is my castle*” como afirmaron por siglos los ingleses al defender el acceso a la intimidad de su hogar. Mi casa es mi castillo, entendido que se tiene como en un castillo el derecho a defenderla y convertirla en una fortaleza inexpugnable. El derecho humano a la intimidad goza del aprecio y tradición desde los albores del derecho individual anglosajón que cubre a las cuestiones hogareñas con un manto de discreción y de secreto que sólo el interesado puede develar.

El derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, pues ambas formas de expresarlo han tenido acogida en la doctrina y jurisprudencia corrientes sin perjuicio de que algún autor ha perfilado leves diferencias entre ambas denominaciones (³), es no sólo un derecho humano sino un derecho natural de los llamados derechos *personalísimos* que conllevan una serie de características que los hace especiales y diferenciales con respecto a otros derechos.

¿Cuál sería en una primera aproximación el contenido del derecho a la privacidad especialmente en Iberoamérica? (⁴)

Consideremos en primer lugar los secretos e informaciones que se refieren a cada sujeto-persona por el sólo hecho de nacer y formar parte de la especie humana. En tal carácter tiene derecho a proteger entre varios otros, los datos sobre:

³ BIDART CAMPOS German -. *Manual de la Constitución Reformada*, T 1. Ediar - Buenos Aires. 1998., define a la intimidad como “la esfera personal que está exenta del conocimiento a la generalidad de terceros” y la privacidad como “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos”.

⁴ DIAZ BARRADO Cástor Miguel, “*Latinoamérica, América, Iberoamérica, tres realidades en proyecto*” Fundación Carolina - 20 de Septiembre de 2010 -En este trabajo el autor no sólo define los diversos proyectos de América sino que se pronuncia por las precisiones de nombres, en el caso “Iberoamérica”, como portadoras de definiciones de sus proyectos y realidades. Lo seguimos en su definición.



- Su pasado y su historia de vida;
- Su personalidad psicológica;
- El derecho al honor personal;
- Las enfermedades que lo aquejan o lo han aquejado durante su existencia;
- Sus inclinaciones sexuales o amorosas;
- Sus particulares preferencias políticas o ideológicas;
- Sus creencias y preferencias religiosas;
- La composición de su familia, ancestros, parentesco y filiación;
- La existencia de allegados con discapacidad o enfermedades;
- El haber incurrido en faltas punibles pasadas;
- La composición de su patrimonio y finanzas personales y familiares;
- La inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones de cualquier tipo.
- Privacidad informática de datos y comunicaciones;
- El derecho a la imagen personal, física o síquica.

Esta escueta descripción de informaciones que cada persona tiene derecho a mantener en reserva, salvo por supuesto los requerimientos de autoridades legítimas -en general judiciales- para develarlo, es el contenido material del derecho protegido.

En otro orden de cosas también sostenemos que la protección que este derecho debe ser conferida y asume el carácter de protección de derechos personalísimos con las características que siguen:

Absolutos, Privados y Autónomos: vale definirlos así en el sentido que son oponibles *erga omnes*, es decir contra todos, entes públicos o personas privadas, que pretendan atacarlos y no necesitan de otros derechos para ser ejercidos. Además se distinguen de otros derechos humanos de ejercicio público

Connaturales, Esenciales y Necesarios: vale decir que no son derechos eventuales ni son concedidos por poder alguno sino que son inherentes a cada persona por el simple hecho del nacimiento.

Innatos y Vitalicios: como se ha dicho surgen con el nacimiento, para ser exactos surgen desde que el sujeto ha sido concebido, (ya que la persona desde ese momento y aún cuando no haya nacido es considerado sujeto de derecho y tiene aptitud por sí o por sus representantes para defenderlos). Además son para toda la vida y en



alguno de los supuestos son trasladables a los derecho habientes, como por ejemplo el derecho a la imagen personal o familiar.

Inalienables y Extrapatrimoniales: en general no son derechos susceptibles de entrar en el comercio ni pueden servir de respaldo a deuda alguna. Además son indisponibles puesto que no son renunciables. ⁽⁵⁾

Privados: por oposición a derechos humanos públicos.

Con las características descritas aquí devienen estos derechos en derechos *intuitu personae*, con lo que nos enfrentamos con derechos fuera del comercio y derechos que fenecen, salvo excepciones, con el fin de la misma persona y las legislaciones en general tienden a resistir sus afectaciones patrimoniales o la privación parcial de los mismos.

A ello debemos añadir que los actos que los afecten sí son susceptibles de indemnizaciones pecuniarias y de penas corporales en casos graves de afectación de los mismos.

Conformamos así un derecho que hemos llamado derecho a la privacidad o derecho a la intimidad que protege la vida privada y por medio del cual se tiene derecho a repeler, negar y excluir al resto de las personas, sean estas públicas o privadas ,al acceso a determinados aspectos de la vida de cada persona.

Esto es lo que Mario Masciotra denomina una “garantía polifuncional”.⁽⁶⁾

Téngase presente que hemos quizás reiteradamente expuesto que el derecho se ejerce erga omnes y que hemos particularizado incluso la defensa de este derecho contra las personas de derecho público. Los Estados en particular. Ello es así porque después de largos años en los cuales la comunidad iberoamericana se empeñó en tratados y negociaciones que la dirigían a aceptar, asegurar y ratificar los tratados de protección de los derechos humanos de los habitantes, se encara en la actualidad un movimiento contrario que tiende a eliminar los tratados internacionales que sujetan a los países a la jurisdicción internacional en derechos humanos.

⁵ CELIS QUINTAL Marcos A. “*La Protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*” México. Bibliojurídica. Texto que hemos seguido en las definiciones.

⁶ MASCOTRA, Mario. “*El habeas Data*” Platense -2003



O por lo menos a desafiliar a países de esos tratados para evitar las ingerencias de Tribunales Internacionales que se han convertido en obstáculos para la política interna de determinados países de la región. (⁷).

2. El nacimiento legal de estos derechos

En 1890 dos ilustres juristas norteamericanos, Samuel Warren y Louis D. Brandeis escribieron un trabajo denominado *The right of privacy* que muchos tratadistas invocan como probablemente el primer trabajo orgánico sobre el derecho a la privacidad.

Bastantes años después este derecho encuentra su consagración en tratados internacionales, pero, ironías de la historia legal, el derecho así concebido recibe acogimiento, con primeros tropiezos en contra, de los tribunales de Norteamérica mucho antes de que fuera reflejado en articulados legales. Ello por supuesto siguiendo la costumbre del país.

En la tradición anglosajona se recuerda como protoderecho el otorgado por la monarquía inglesa en la Carta Magna, en el año 1215, en la que se establece la inviolabilidad del domicilio, y es a partir de este antecedente que se generan los estatutos posteriores.

El Pacto de las Naciones Unidas del año 1966 estableció en su artículo 17 que ninguna persona “*será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia ni ataques legales a su honra y reputación*”

De allí siguen todos los textos legales, ya sea bajo la forma de constituciones, tratados, leyes o conformaciones jurisprudenciales y doctrinarias.

⁷ En Noviembre del año 2011 se efectuaron reuniones presidenciales en Caracas, Venezuela con la participación de variadas naciones del área iberoamericana en las cuales un grupo de países - Venezuela, Nicaragua, Cuba, Ecuador y Bolivia entre otros - propugnaron el desafiliamiento de todos los países de la Organización de Estados Americanos y la consecuente desafiliación y pérdida posterior de jurisdicción internacional de los Tratados de Derechos Humanos que habían creado el Tribunal de Derechos Humanos de Costa Rica. Son momentos en que la Corte Internacional de Costa Rica se halla resolviendo conflictos referentes al derecho a la libre información y expresión, derechos muy relacionados con el tema en que estamos debatiendo.



3. El marco legal en Iberoamérica

La protección del derecho a la privacidad o derecho a la intimidad se encuentra legislada actualmente en constituciones y en algunos países, en leyes que protegen específicamente el acceso de los individuos al conocimiento de los datos sobre su persona, entendida ésta en sentido amplio, y a la posibilidad de petitionar su rectificación o supresión, mediante las leyes de habeas data.-

Las constituciones iberoamericanas que concretamente receptan el derecho a la intimidad en forma específica, y no englobada dentro del concepto de habeas data o el concepto general de protección de derechos fundamentales de la persona, son la constitución de Perú, que en su art. 2 inc. 7 se refiere específicamente al derecho a la intimidad personal. Honduras, en el artículo 76 de su texto constitucional, refiere a la acción para proteger la intimidad. Bolivia, en el texto expuesto en el artículo 21, protege el derecho fundamental a la intimidad. Lo mismo el texto constitucional de Colombia, que sostiene el derecho de las personas a su intimidad personal. A ellos podemos añadir con prescripciones semejantes la constitución de Paraguay en su artículo 33, la carta constitucional de Costa Rica en su artículo 24, y por fin la de Ecuador en su artículo 23

España limita legalmente el uso de la informática y protege y garantiza la intimidad personal y lo hace a través del artículo 18 de su texto constitucional y las leyes de protección de datos. La doctrina reconoce al derecho español como uno de los más precisos y completos en la protección de los derechos a la intimidad.

El resto de los textos fundamentales reconoce la garantía de limitación al acceso del conocimiento de los datos y considera al derecho a la privacidad o intimidad incorporado dentro de la garantía general de posibilidad de control de datos o bien lo ha garantizando en el entendimiento de que las acciones privadas de los hombres, en tanto no afecten la moral o sean ilegales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados. Así está normado en la República Argentina y en Chile, ambas en su artículo 19, la República Oriental del Uruguay y que contiene preceptos casi textualmente similares en su artículo 10, Panamá lo preceptúa en sus artículos 42,43 y 44 (aún cuando en realidad no menciona concretamente la privacidad), la República de Venezuela lo hace en su artículo 28, México en artículo 6 específicamente vinculado el derecho a la intimidad



a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y Nicaragua reconoce el derecho de las personas a su “vida privada” en artículo 26 de su constitución.

Otras constituciones garantizan la privacidad mediante la inclusión en el texto del reconocimiento del derecho a la vida y la libertad. Tal es el caso de Guatemala (que establece que toda intrusión en la vida privada debe ser hecha por orden de autoridad competente) y República Dominicana en su artículo 10. No se ha analizado la situación en Cuba.-

Resta destacar que el habeas data, como legislación específica, obra dentro de la legislación uruguaya en la ley 18.331, la argentina lo legisla en su ley nº 25326, la peruana lo recoge en la ley nº 26.470, la colombiana lo hace en su ley nº 1266, la española en la ley orgánica nº 15/1999 y LPDPE, la mexicana con su ley federal de acceso a la información pública del 2002, la chilena recoge el instituto en la ley nº 19.628 y la guatemalteca lo hace en su decreto nº 57/2008.

4. La colisión con el derecho a la información y otros derechos.

En el entorno social actual el derecho a la libre información tiene profusa difusión y está garantizado también como un derecho humano que debe ser respetado. Este derecho que también está consagrado por pactos y tratados internacionales ratificados en general por todos los países, es un derecho que tiene correlación y vinculación con la libertad de expresión, derecho de primera categoría entre los regulados actualmente.

El derecho a la información se nutre especialmente de las numerosas bases informáticas que proliferan en la actualidad, la mayoría de ellas emitidas por el propio interesado. Pero desde ya destacamos que el interesado, que ha brindado datos, lo ha hecho en el entendimiento de que no serían difundidos fuera del ámbito para el cual fueron entregados, ya sea que esta entrega de datos fuera obligatoria o bien voluntaria. Es, y ha brindado, la “verdad personal”.

A guisa de ejemplo destacamos que son corrientes las declaraciones obligatorias o juradas impuestas a los ciudadanos por las entidades impositivas y por las entidades



financieras, de seguros o de seguros de salud que requieren como imprescindible la entrega de datos de la más diversa índole.

Aún el ámbito social el ser humano brinda mucha información a través de las redes sociales. El individuo emisor no conoce en definitiva cual es el destino final de esas voluminosas bases de datos formadas por las declaraciones de todos los interesados, (bases que la tecnología informática ha hecho crecer y que posibilita manejar en forma instantánea y lograr el entrecruzamiento con otras bases de la web paralelas). Pero reiteramos, el otorgante de esos datos confía en que serán sólo utilizados para el fin que fueron requeridos.

Y aquí viene la colisión objeto de este capítulo.

Todo este enjambre reticulado de información hace ilusorio generalmente el derecho a la intimidad que busca el ciudadano corriente y que sin quererlo y obligado por leyes y reglamentaciones o por costumbres sociales, proporciona secretos íntimos que no debieran salir de su órbita de control.

Ya es bastante sabido que el mercado negro, porque así debemos calificarlo, de datos e informaciones personales fluye muchísimas veces de los datos oficiales de los Estados a las bases informáticas de los particulares interesados en utilizarlas con fines a veces comerciales y a veces no confesables. En realidad la adjudicación normal de un número de identificación (en general a través de un número de documento o de un número que tiene como integrante el número de identificación de la persona), ha hecho de que la búsqueda en una base informática de datos por el número exclusivo (que hace las veces de “palabra clave” o “contraseña”) que corresponde a cada habitante torna inescapable la difusión de datos sensibles cuyo contenido el interesado quisiera guardar.

En una palabra el interesado quiere realmente hacer efectivo el derecho a la privacidad e intimidad, derecho que se ve atacado alevosamente por el entrecruzamiento informático de variadas bases conseguidas de los usuarios legal o ilegalmente.

Se nos dirá que el Estado tiene el soberano derecho a conocer el patrimonio de sus ciudadanos, casi decimos de sus súbditos, para poder ejercer el derecho impositivo con que los grava. Se nos dirá que las entidades financiera y de seguros necesitan saber innumerables datos sobre los antecedentes familiares y la composición y salud y el patrimonio de allegados y parientes del declarante. Y así se seguirá justificándose el



pedido de datos al infinito. Pero ello no obsta a que el resultado final sea una red inextricable de noticias sobre una persona a las cuales muchísimas personas o empresas o entes públicos pueden acceder con solo oprimir la tecla adecuada de su computadora. O el server de su ordenador.

No estamos seguros del derecho del Estado o de particulares a requerir en forma juramentada datos de sus ciudadanos. Este es el primer escalón en la protección del derecho de la intimidad. El reflexionar sobre los datos que necesaria e inexcusablemente deben de requerirse y distinguirlos de los datos que se exigen “por si acaso”. Ello en el entendimiento de que los datos son muy difíciles de proteger. En consecuencia, deben peticionarse y brindarse solo los necesarios.

Primeramente, porque esas declaraciones juramentadas, requeridas bajo coacción personal o pecuniaria son compulsivas y en principio atacan el derecho a no declarar contra sí mismo que tiene larga acogida en los derechos personales de los individuos.

La vieja prohibición de declarar contra si mismo está en franco riesgo de desaparecer.

Y ésta, en tanto pilar de la sociedad civilizada, debe ser preservada. (Los primeros en usarla fueron los puritanos que se negaron a declarar al rey su religión y sus prácticas religiosas basados en un criterio moral, no solo legal aún. De que *nemo tenetur prodere seipsum*, nadie debe ser obligado a perjudicarse, existe tradición que fue San Juan Crisóstomo ⁽⁸⁾ quien estableció el principio moral de que nadie puede ser obligado a reconocer sus pecados en la Asamblea pública sino en el mejor de los supuestos son confesables al confesor privado. ⁽⁹⁾ (Ella sería el antecedente moral de la Quinta Enmienda Norteamericana.).

Y en segundo lugar porque ese conjunto de datos, es de difícil y casi imposible preservación.

⁸ San Juan Crisóstomo murió en el año 407 y la tradición cristiana lo califica por sus escritos, como uno de los Padres y Doctores de la Iglesia. El tema moral está descrito por PIERONI Agustín en “*Tiene derecho a permanecer callado...*” Revista EL DERECHO- Buenos Aires 18/7/1998

⁹ El registro histórico proviene de R.H.HELLHOLLZ, de la Universidad de Chicago, en estudios sobre los orígenes del derecho a no declarar contra sí mismo en el capítulo I del libro *The Privilege against the selfincrimination*- Chicago 1997



De allí que pensamos que las presentaciones juradas obligadas, bajo coacción de multas o no contratación de varios países iberoamericanos, entre ellos la Argentina, coartan de lleno el derecho a mantener secretos y la intimidad. Téngase presente que muchos códigos impositivos se apoyan, como el argentino, supletoriamente en principios de derecho de procedimientos penales. ⁽¹⁰⁾

Pero supongamos que este requerimiento obligatorio de datos es considerado correcto sobre la base de las trilladas alegaciones del “interés general” y el “bien de la comunidad” o de “normas de la empresa”.

Si este es el caso, se deberán crear sanciones más gravosas para aquellos entes que requieran datos. Sanciones que penarán el eventual incumplimiento de la falta adecuada de vigilancia de los datos e incluso de la utilización de esos datos para fines que no fueron específicamente informados y objeto de consentimiento informado. No es suficiente con la reparación de la responsabilidad civil, conforme normas comunes de derecho.

No debe soslayarse la importancia de redes delictivas que obtienen información y que ponen en serio riesgo a los individuos. Tampoco debe olvidarse el riesgo de “robo de identidad” con miras a cometer delitos económicos o mucho más gravosos, como es la correlación con la trata de personas.

Como se ve las garantías de privacidad y el derecho a la información, y solo hemos analizado un aspecto, son garantías que colisionan en varios puntos de su ejercicio.

Mucho más fácil es pronunciarnos sobre la colisión del derecho a la información pública que asiste a los medios de difusión de cualquier índole cuando este colisiona con el derecho a la intimidad. La temática moderna nos recuerda el caso de la edición de un libro en Francia sobre la salud y grave enfermedad del Presidente Mitterand, en ese momento ya había fallecido, cuando la familia se opuso con éxito judicial a la difusión del libro que explicaba el secreto de la enfermedad de quien había sido presidente de Francia por entender que se afectaban los derechos a la intimidad que alegaron sus derecho habientes. El libro estaba escrito por el Dr. C. Gubber y Mr. Gonod y titulado

¹⁰ El artículo 197 de la ley de procedimientos tributarios (11683) contempla como supletorio para todo lo no prescripto expresamente en la misma, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina.



“Le grand secret” fue citado como caso europeo representativo de la rigidez con que Francia protege los secretos familiares de índole privada y médica. ⁽¹¹⁾

Entonces el derecho a la intimidad colisiona con el derecho a la información y en el caso no es difícil determinar que en la colisión de derechos, el derecho a la intimidad, a la protección de los datos personales, secretos privados, prima sobre el derecho general a la información. Entendemos que nadie tiene derecho a conocer detalles íntimos y familiares de otra persona. Estos datos están protegidos por la privacidad que corresponde a detalles sensibles.

El estilo de vida, los allegados y parientes, las preferencias políticas, las enfermedades propias y las de la familia, tienen derecho a ser protegidos de la exposición pública a que pudieran ser expuestos y ante esos secretos cede el derecho a la libertad de información.

No alcanza la garantía de la libre expresión, para violentar las intimidades de otra persona a no ser que su exposición pública, sus deberes políticos o la propia exhibición de su intimidad al público en razón de su oficio o profesión, hagan factible la libertad de expresión sobre estos hechos y sean sujetos de libre información.

Se trata de todos modos de una apreciación casuística que permite generalizar el principio pero que deberá ser actuada en cada caso en que corresponda decidir.

5. El consentimiento en la recolección y cesión de datos y la perversión en su uso y recopilación.

La legislación europea, en especial la española, requiere determinados requisitos para la compilación de datos a los entes recolectores y otros requisitos más reforzados aún para la transferencia de datos entre entes poseedores de los mismos.

Como dijimos, ya es una verdad sabida que la mayoría de los datos e informaciones personales y personalísimas van siendo adquiridos por quienes no

¹¹ . CASTILLO JIMENEZ Cinta - “Protección y derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la Información” Derecho y Conocimiento, vol. 1, pags. 35-48, ISSN 1578-8202 Facultad de Derecho. Universidad de Huelva”



deberían tenerlos y que su traspaso, venta o alquiler es una práctica corriente que en Iberoamérica tiene poco control y escasa sanción.

Estamos hablando de América y en realidad la recopilación y traspaso de datos entre entes no autorizados corre por el mundo sin respetar fronteras y ya no se trata aquí de paraísos bancarios o fiscales sino de abundantes “paraísos de datos” cuya sede se halla en cualquier país del mundo con escasas posibilidades de perseguir la piratería que cunde en el tratamiento de los mismos.

De todos modos es importante destacar que dentro de las obligaciones que se registran en Europa y que es deseable se registren en nuestro países americanos anotamos las siguientes.

Las características requeridas para el consentimiento en la recolección y tratamiento de datos van desde el consentimiento **tácito** para el tratamiento de datos de escasa importancia para la privacidad, hasta el consentimiento **expreso, inequívoco y escrito** que implique el absoluto conocimiento del otorgante sobre el tratamiento y destino y uso de los datos que proporciona. El reclamo de conocimiento exacto del consentimiento que se otorga es verdaderamente importante porque, ya es corriente la queja en Facebook, Twitter y otras redes, sobre la forma de requerir el permiso para el consentimiento, ya que esta está de tal forma disimulada entre otros textos, (cuando no escrita en tipografía cuasi ilegible, o en lugares que aparentan poca importancia), que el dador del consentimiento no puede menos de sorprenderse a mediano plazo del uso de sus secretos malamente expuestos.

Son especialmente sensibles y se requiere por ello el consentimiento expreso para los datos referidos a la raza, la salud y la orientación sexual y es requerible el consentimiento inequívoco y escrito tanto cuando los datos tratados se refieran a ideología o creencias religiosas cuanto a afiliaciones sindicales.

La comunicación o transferencia de datos entre entidades poseedoras de bases de datos, según la preceptiva europea cuya normativa propugnamos aquí, autoriza la cesión cuando sean datos accesibles al público, cuando una ley lo autorice, cuando haya expresa autorización del interesado y cuando se crucen datos entre organismos públicos de acuerdo a sus fines o cuando sean requeridos por autoridad judicial competente. Se



acentúa el criterio de que la decisión autorizante es eminentemente revocable por el interesado.

Cabe señalar humildemente que la cesión de datos entre entidades públicas con fines de utilización para sus propósitos es un arma terrible en una Iberoamérica poco acostumbrada a respetar derechos de ciudadanos y pueden ser utilizados por el ocupante del poder político supremo con fines meramente de conservación de su poder personal u otros fines inconfesables. La cesión e intercambio aún entre ellos es realmente peligrosa.

6. Las regulaciones de “Habeas Data”

Hacia comienzos del milenio el problema de las bases de datos y su influencia en la vida personal, comercial y privada del común de la gente comenzó a generar preocupación y por consiguiente a determinar el nacimiento de leyes y reglamentos referidos a la temática registral de datos.

Ya en varios países de Iberoamérica se han recogido en las constituciones políticas los derechos de protección a la intimidad, algunos extraídos doctrinariamente de la protección a la correspondencia y los papeles privados sin especificar literalmente la protección a las acciones privadas, pero como ya vimos en numerosos países hizo camino la sanción de leyes de habeas data, según lo expresado en el punto respectivo más arriba.

La República Argentina se había pronunciado constitucionalmente en 1994 con prescripciones referidas a la protección de los derechos a la privacidad y de la intimidad sosteniendo que la abundancia de bases electrónicas ponían en cuestión la privacidad de los habitantes. Haremos una recapitulación de la legislación en Argentina a título de orientación.

Hacia el año 2000 se dictó en la Argentina la ley reglamentaria del habeas data ⁽¹²⁾ que como toda legislación apresurada y un poco alejada de la realidad recoge el

¹² Se trata de la ley n° 25326 sancionada por el Congreso de la Nación Argentina en Octubre del año 2000.



problema, trata de solucionarlo y en su lugar crea mayores problemas que los que soluciona.

Pero haremos un análisis detallado de esta legislación porque plasma titularmente toda la temática sobre el problema.

La ley comienza efectuando definiciones relativas a los datos, que diferencia entre datos personales y datos sensibles, a los entes encargados de efectuar su archivo registro o compilación, al tratamiento de los registros, a los responsables de la compilación y registro, a los casos de transferencia y transmisión, al titular de los datos y a los usuarios de datos. Se trata de una serie de definiciones previas destinadas a facilitar la comprensión del texto legal.

Por supuesto que el mero enlistamiento de definiciones comienza por reconocer implícitamente la legalidad de la existencia de registros de entes públicos y privados que se dedican a la búsqueda, compilación, ordenamiento y mantenimiento de bases de datos personales de todos los habitantes. Más adelante en artículos que hacen numerosas excepciones a la vigilancia y derecho de los enlistados a cuestionar su permanencia y su inclusión en bases de datos, la legalidad de los titulares de archivos y registros queda notoriamente ratificada.

En su artículo tercero la ley expresa que la recolección de datos es lícita y reconoce legalmente la “licitud” de los archivos de datos con la condición de que se encuentren debidamente inscriptos. La únicas restricciones que determina para la recolección de informaciones es que no sea contraria a la “ley y la moral pública”, que sean datos exactos y ciertos, que no sean recogidos en forma fraudulenta o por medios desleales (deslealtad en la recolección que afecta a la mayoría de los datos recogidos en bases informáticas) y que los datos deben ser destruidos cuando dejen de ser aptos o pertinentes a los fines que se tuvieron en mira al recogerlos. Como vemos una larga serie de principios ineficientes que no sólo no protegen al encartado en datos sino que justifican su inclusión a criterio exclusivo de los registros que se constituyen al efecto.

Debemos dejar constancia de que la legislación incluye tanto las bases privadas como las bases de índole pública dando a estas últimas, como ya veremos, privilegios que evidentemente van en detrimento de las libertades y privacidad personales de los registrados.



Un capítulo especial de la ley recoge los pedidos de los doctrinarios de todos los países que pugnan por determinar que el consentimiento del registrado es una condición sustancial para la licitud legal y moral de un registro. En el artículo quinto se perfilan los consentimientos que se suponen libres, expresos e informados por parte del integrante de las bases. Se agrega que deberá constar por escrito el requerimiento en forma expresa y destacada. (Es la vieja prevención contra el tipo de letra pequeña y escondida con el cual se requieren estos consentimientos). Pero luego la legislación establece las excepciones: no es necesario el consentimiento cuando los datos se recogen de fuentes de acceso público irrestricto, o cuando se recaben para el ejercicio de “funciones propias de los poderes del estado” o se trate simplemente de datos que se refieran al nombre, la identidad, identificación tributaria o previsional (de seguro de retiro) ocupación, oficio, fecha de nacimiento y domicilio. La descripción de datos permitidos sin consentimiento del registrado parece cuanto menos muy extensa y no queda gran cosa para esconder o para ejercer el derecho de intimidad.

Pero esto no es todo en materia de excepciones a la obligatoriedad de requerir permiso expreso o escrito o simplemente formal al encartado. Quedan afuera, o sea no “se pide permiso”, todos los datos de operaciones con entidades financieras y todas las informaciones que reciban de sus clientes. Se nos dirá que sobre todo ello funciona el crédito bancario y el crédito comercial y que por ello conseguiremos las informaciones sí o sí aunque el dueño de ellas se oponga. Véase que la ley no especifica que sean datos contables o de comercio. Dice que todos los datos recogidos por los entes financieros no necesitan de permiso...de nadie... para ser recogidos.

Es como si en aras de la protección del sistema financiero, del remanido “credit scoring” todo estuviera permitido.

Dos son las cuestiones que genera esta generosa excepción a la privacidad concedida a entes financieros. Primera que la inversa, el derecho a conocer las informaciones íntimas de los entes financieros por el Estado o por el público en general nos hubiera preservado a nivel mundial de las catástrofes bancario financieras que hemos tenido que sufrir. Sus secretos son más perjudiciales que los secretos que recogen entre nosotros. Y en segundo lugar el tratamiento al mundo financiero como si fuera una reserva de moral y respeto a las personas se ha visto reiteradamente



perturbado por la difusión de los informes de bancos muchas veces incompletos o falsos o inadecuados que perjudican el crédito de mucho registrados inocentemente. En la Argentina los informes provenientes de emisores de información crediticia son temibles tanto por su inadecuada formación cuanto por su pertinacia en sostener informes malamente conformados por juicios o deudas inexistentes. ⁽¹³⁾ La ley, en disposiciones posteriores, reitera la facilidad de transferencia y transmisión de datos exceptuando los datos financieros a otras redes nacionales o de carácter internacional. Es el artículo 11° el que exceptúa a los entes financieros de la prohibición en la cesión de datos. Con lo cual los daños de la difusión se convierten en mundiales para el difundido.

La ley categoriza los datos calificándolos como “sensibles”, (datos referentes a antecedentes penales o contravencionales, y datos de historias clínicas). En todos los casos se restringe su difusión pero, si hay algo que suele escapar al secreto son los antecedentes, los datos sensibles y las enfermedades registradas en historias clínicas. Se han hecho esfuerzo para impedir que un antecedente de preferencias sexuales o ideológicas o la existencia de enfermedades de transmisión sexual no sean conocidas por los eventuales dadores de trabajo sin lograr que en definitiva estos realmente desconozcan la mayoría de los datos que el peticionante laboral quiere ocultar.

La ley prevé que es obligación de los registros la seguridad contra la filtración de los datos. Que estas disposiciones sean en realidad una simple expresión de deseos lo confirma el hecho de que los “hackers” han hecho penetrables todas las cortinas de fuego puestas en las bases de datos. El ejemplo de “Wikileaks” el centro de difusión de secretos más resonante de la actualidad, demuestra que no hay defensas adecuadas para los secretos guardados en bases informáticas de datos. Ello nos lleva a concluir que no sólo son malos los ataques a las bases sino la mera existencia de dichas bases y de dichas compilaciones que juntan datos que no deben ser expuestos.

Reitero. La cesión de datos es permitida generosamente por la legislación previo consentimiento del registrado, consentimiento que es revocable. De todos modos las excepciones al pedido de permiso (como ya se explicó respecto a las entidades

¹³ Son conocidos los famosos “Veraz” informes interbancarios que se han constituido en sinónimo de expresiones malévolas para quien sea víctima de los datos que incluyen y que se vende irrestrictamente en el país. y cuya corrección implica para el involucrado largos y engorrosos trámites que pocas veces tienen éxito.



financieras) es muy amplio, en especial cuando se acepta que se realice indiscriminadamente entre “órganos del estado en la medida de sus competencias”. Esta frase tan amplia es la que efectivamente alimenta la corriente torrentosa del mercado negro de datos informáticos, que la común opinión atribuye al deslizamiento fluyente de datos de las registraciones públicas a los registros privados sin mayores dificultades. A ello se añade, por si algo faltara, la autorización de transferencia internacional de datos con la prevención de que sea a países que tengan un sistema adecuado de protección de los mismos. Una perla más en una ley que parece destinada a violar la intimidad más que a proteger los derechos de las personas.

Todos sabemos que el primer violador de derechos humanos es el estado. En este caso esta permisiva legislación colabora en poner en manos estatales, cuando no financieras, el destino de los secretos y de la intimidad de las personas que queremos doctrinariamente salvaguardar. Es dable destacar, en este contexto y sólo a modo de ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2009, declaró la inconstitucionalidad de la denominada “ley espía”, ley 25.873, que ponía como obligación de las prestadoras de servicios telefónicos la “captación y derivación” de conversaciones telefónicas al servicio de los poderes del Estado que pudieran requerirlo. Ello por invadir la privacidad y la intimidad.⁽¹⁴⁾

La ley más adelante confiere derechos de información y de acceso a las bases a los titulares de los datos y les da derecho a rectificación o supresión o actualización de esos datos, efectuando petición a los entes registradores. A renglón seguido las excepciones puestas en manos de los registros anulan y cuestionan los derechos concedidos a los registrados.⁽¹⁵⁾

Entre las prescripciones novedosas de la ley se halla la regulación del recurso de “habeas data”, heredero obvio del habeas corpus. La ley establece el proceso de un

¹⁴ Se trató de una “class action” promovida por el abogado Ernesto Halabi pidiendo la calificación de la acción como acción colectiva y la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la denominada “ley espía”. La acción fue apoyada por Colegios de Abogados y Federación de Colegios de Abogados. En primera y segunda instancia se decretó la inconstitucionalidad de los artículos referidos y la aceptación de su calidad de acción colectiva aplicable erga omnes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina apoyó la inconstitucionalidad de la ley que violaba los derechos de privacidad e intimidad y también decretó la calificación de la acción, citando antecedentes del Tribunal Constitucional Español (5/4/99) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵ Se trata de los artículos 16º a 20º de la ley en cuestión.



recurso de amparo a interponer por escrito ante el juez adecuado a fin de conseguir acceso a determinadas bases (que fuera previamente denegado), modificación de contenidos, supresión de informes inadecuados o datos sensibles o simplemente tomar conocimiento de cuanto le atañe al peticionante en determinada colección de datos. Se establece un sistema de interdicción temporaria previa a la difusión mediante un decreto del juez y, tema grave si los hay, se establece el derecho a los registros a oponerse, fundados en determinadas condiciones de la propia ley, a entregar o suministrar los datos o informes que se le requieran judicialmente.

El proceso termina con la orden del juez de rectificación, en su caso, de cuanto obra erróneamente en una base o el rechazo de la petición.

El procedimiento ha sido explicitado sumariamente pero lo que debemos rescatar que el mismo recurso de “habeas data” tan invocado para decretar la ley se reduce a un escaso derecho de amparo fácilmente resistible por la fuerza que la propia ley otorga a los entes registrantes.

Un organismo de control creado para funcionar “autónomamente”, con independencia del poder político, para administrar la ley fue en su momento observado por el Poder Ejecutivo y enmendado. Hoy ese organismo depende del poder político.

Quedamos en verdad a la espera de una ley que defienda los derechos a la intimidad y a la privacidad.

Corolarios

De todo lo expuesto parece ser que el viejo derecho a la privacidad o a la intimidad, reconocido desde los albores de la modernidad, nuevamente está sobre el tapete en tanto las grandes bases de datos, que antes resultaban de difícil recopilación, acceso y revisión, hoy se encuentran absolutamente expuestas y al alcance de todas las personas merced a los avances informáticos y de internet.

Entonces, cabe especialmente dedicarse al análisis y protección de este derecho. Este ha sido receptado en muchas constituciones modernas y debatido en doctrina y jurisprudencia. De ese análisis y debate han surgido las leyes de habeas data que intentan, con mayor o menor éxito, proteger el derecho a la intimidad y a la privacidad



garantizando al individuo registrado el acceso a la información que sobre él se tiene, con posibilidad de corrección y transformación y supresión, en su caso.

Pero éstas resultan insuficientes ante el avasallador avance de la red que cubre todas las actividades de la vida de las personas y de la falta de dedicación y esmero en la protección de esos datos por parte de quienes los poseen y deben preservarlos.

Y fundamentalmente atenta contra el “derecho al olvido” esencial en el ser humano y necesario para el crecimiento y mejoramiento del ser individual y de la sociedad toda.

Bibliografía

BASTELLA Marcela *“Protección de datos personales”*, Ediar -2088.

BIDART CAMPOS German *-.Manual de la Constitución Reformada*, Tº 1. Ediar Buenos Aires - 1998.

CASTILLO JIMENEZ Cinta - *“Protección y derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la Información”* Derecho y Conocimiento, Vol. 1º, Págs. 35-48, ISSN 1578-8202 Universidad de Huelva

CELIS QUINTAL Marcos A. *“La Protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos”* México. Bibliojurídica

DÍAZ BARRADO Cástor Miguel, *“Latinoamérica, América, Iberoamérica, tres realidades en proyecto”* Fundación Carolina - 20 de Septiembre de 2010

EKMEKDJIAN M. y CALOGERO PIZZOLA (H), *“Habeas Data- El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”* Depalma – 1998.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos *“El derecho a la intimidad personal”*. Astrea - 1992

GOZAINI, Osvaldo – *“Habeas Data”* 2da. edición .Rubinzal Culzoni- 2011

MARIN GARCIA, Gustavo J. *“Evolución de la protección del derecho al acceso y control de la información en la jurisprudencia de Venezuela”* <http://www.informatica-juridica.com/trabajos.->

MARTINEZ, M. *“Habeas Data Financiero”* Ediciones de la República – 2009.

MASCIOTRA, Mario. *“El habeas Data”* Platense -2003.

Revista Electrónica Iberoamericana

<http://www.urjc.es/ceib>

Vol 5, nº 2, 2011



PALAZZI, Pablo *“Informes Comerciales”* Astrea – 2007.

PIERONI Agustín - *“Tiene derecho a permanecer callado...”* - EL DERECHO-
Buenos Aires - 18/7/1998

PUCCIANELLI O. *“Protección de datos de carácter personal”*, Astrea -2004

ZAVALLA DE GONZALEZ, *“Daños a la dignidad”* 2 tomos, Astrea – 2011.