

El Hábeas Data en la Reforma Constitucional Boliviana

Por

Víctor Bazán

Sumario

I. Introducción. II. Panorama general de la reforma constitucional boliviana. III. Aproximación a la figura del hábeas data y al contexto que genera su advenimiento. IV. Acerca de la norma sobre hábeas data cuya inclusión en la Constitución Política de Bolivia se proyecta: 1. Transcripción de la cláusula. 2. Sobre la naturaleza jurídica del hábeas data y la configuración léxica de las previsiones que lo regulan en el derecho comparado. 3. En torno a la legitimación activa para articular el "recurso". 4. Sobre la legitimación pasiva. 5. Acerca de las hipótesis para la habilitación del "recurso". 6. En punto a la excepción explícitamente consagrada. 7. Un enfoque de la cuestión a la luz del derecho de autodeterminación informativa. V. Balance y otras consideraciones colaterales acerca de cuestiones conflictivas que rodean o se desprenden *-inter alia-* del hábeas data, del tratamiento automatizado de datos personales y del e-commerce. VI. Observaciones finales.

I. Introducción

El núcleo del presente trabajo radica en analizar distintas facetas del há-

beas data, cuya inclusión en la Constitución Política de Bolivia postula la Ley de Necesidad de Reformas publicada el 2 de agosto de 2002.

Para situarnos en el contexto jurídico boliviano, cuya modificación constitucional –como adelantamos– está en vías de plasmación definitiva, hemos juzgado metodológicamente conveniente ofrecer un breve panorama general del contenido y el alcance de la reforma propuesta, para luego dedicarnos –ya en particular– a comentar la cláusula constitucional que proyecta constitucionalizar el "recurso" de hábeas data.

Naturalmente, no nos limitaremos a realizar un mero análisis exegético de la fórmula en proyecto, del tipo de examinar exclusivamente la letra de la cláusula que lo contiene, sino que nos animaremos a ensayar algunos interrogantes sobre el particular e incursionar en determinadas cuestiones polémicas, intentando llamar la atención sobre los silencios e implicitudes que subyacen en el precepto de mención y a volcar ciertas apreciaciones de cara a una futura ley de desarrollo constitucional del hábeas data.

Por su parte, y persuadidos de que el *Derecho del país que se analiza no es el único posible*¹, intercalaremos reiteradas referencias al derecho comparado, no porque persigamos plasmar una simple yuxtaposición de datos, sino para detectar la existencia de algunas soluciones dispensadas desde la preceptiva constitucional, la subconstitucional o legal y la vertiente jurisprudencial relativas a la materia que nos convoca, y que pueden resultar experiencias ilustrativas (para seguir las o rechazarlas) en orden a las tareas de desarrollo legislativo y/o de interpretación y aplicación del derecho por parte de las respectivas instancias jurisdiccionales bolivianas y del propio Tribunal Constitucional, fundamentalmente en las primeras etapas del devenir vivencial de la figura, contexto cronológico en el que el despliegue de la doctrina judicial resulta vital ante las ausencias, tanto de la legislación reglamentaria como de una consolidada praxis vernácula en torno de la aplicación, el alcance, el significado, las aristas ocultas y las proyecciones prospectivas de la novel figura.

Así, y en el itinerario que proponemos, no estarán ausentes *-inter alia-* las consideraciones relativas a la legitimación procesal activa y pasiva para in-

coar o dirigir el "recurso", a los supuestos que lo tornarían viable, a la excepción expresamente programada contra su progreso, y a la problemática del arco de su cobertura tuitiva. Por lo demás, y previo a dar paso a las observaciones finales, realizaremos una ponderación de la norma en proyecto, adelantando -aquí y ahora- que su inclusión en el texto de la Constitución nos parece positiva y conveniente.

II. Panorama general de la Reforma Constitucional Boliviana

Cabe recordar que por medio de la Ley N° 2.410, de 1° de agosto de 2002, se declaró la necesidad de reformas a la Constitución Política del Estado²; mutación constitucional que se encuentra en curso de plasmación definitiva.

En torno del tema, es importante resaltar los siguientes aspectos:

1. En el art. 1, y como ap. II, se agrega que Bolivia es un Estado Social y Democrático de Derecho, literalizando como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico a la libertad, la igualdad y la justicia.

Paraphraseando a Díaz Revorio, y siguiendo su elaboración, podría afir-

¹ Paráfrasis de la afirmación de Gorla, G., en el libro colectivo dirigido por Cassese, S.: *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Bologna, 1984, págs. 91/92; citado por Cascajo Castro, José L. y García Álvarez, Manuel B., en el Estudio introductorio a la obra: *Constituciones extranjeras con-temporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 12.

² *Gaceta Oficial de Bolivia*, Año XLII, N° 2.417, La Paz, 2 de agosto de 2002.

marse que los valores superiores actúan como elementos de legitimidad del sistema; poseen carácter jurídico, en tanto son Derecho, desplegando la eficacia propia de las normas constitucionales; producen una apreciable influencia en el proceso interpretativo; provocan como concreta consecuencia (manifestable tanto en relación con el proceso interpretativo como con su resultado), la "creación" de nuevos derechos fundamentales con base constitucional (en el caso boliviano) en la libertad, la igualdad y la justicia; no son conceptos vacíos, sino que tienen contenido; e *-inter alia-* afectan la posición constitucional del legislador y del Tribunal Constitucional, entre otras razones, porque asumir la eficacia de los valores en la aplicación del derecho supone defender un rol preponderante por parte del Tribunal Constitucional.³

2. Se propicia una mayor participación popular en la toma de decisiones públicas, lo que se corporiza, por ejemplo, en el art. 4, que dispone que el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y *mediante la iniciativa legislativa ciudadana*; también, en el art. 71 en el que avanza en el sentido apuntado, al institucionalizar la *iniciativa legislativa vía presentación directa por los ciudadanos*, respecto de cualquier materia, ante el Poder Legislativo; asimismo, aquella idea-fuerza se patentiza en los arts. 222 y 224, al establecer *-en la prime-*

ra de dichas normas- que la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos y *agrupaciones ciudadanas* con arreglo a la Constitución y las leyes, y disponer *-ya en la segunda de ellas-* que tales *agrupaciones ciudadanas podrán postular directamente candidatos* a presidente, vicepresidente, senadores, diputados, concejales, alcaldes y agentes municipales; por último, en los arts. 231 y 232, se incluye al *referéndum* dentro del proceso de reforma de la Constitución.

3. Como pautas básicas que gobiernan la regulación constitucional acerca de los derechos y deberes fundamentales de la persona, pueden incluirse los siguientes lineamientos contenidos en el art. 6:

A. Se amplía el parámetro de inviolabilidad que establece la Constitución vigente (art. 6.II) que los ciñe a la dignidad y la libertad, pues la normativa proyectada expresa que "[l]os derechos fundamentales de la persona son inviolables" (art. 6.II).

B. En el ap. III. del aludido art. 6 se prevé incluir expresamente la *igualdad de hombres y mujeres* ante la ley, disponiendo que todos ellos gozan de los mismos derechos políticos, sociales, económicos y culturales. Ya en el ap. IV de aquel precepto se determina que el Estado sancionará toda forma de discriminación y adoptará *medidas de*

³ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1997, págs. 551 y ss.

acción positiva para promover la efectiva igualdad entre todas las personas.

A nuestro entender subyace –plausiblemente, por cierto– como móvil de la modificación en tales aspectos, la pretensión de diseñar un nuevo paradigma del principio de igualdad (con irradiaciones sobre el derecho y la garantía de igualdad⁴), caracterizado por la exigencia de complementación de la

igualdad formal (o de derecho) con la *igualdad material* (o de hecho)⁵, para cuya no eufemística operativización se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades; todo ello, a través de medidas de acción positiva.⁶

C. Asimismo, se proyecta introducir al

⁴ En una interesante aproximación, Cayuso sostiene que “[e]l reconocimiento de las libertades o derechos, y la medida de su ejercicio, reconoce una ligazón fuerte y determinante con el principio, el derecho y la garantía de la igualdad. Tres aspectos de una misma cuestión.

“La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

“En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, más adelante intentaremos dar algunas pautas del alcance de esta afirmación, y que debería conformar una directriz fuerte en la toma de decisión de políticas públicas y controles. El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser tratado como igual y con el de igual tratamiento.

“En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

“Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela.

“La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto” (Cayuso, Susana Graciela: “El principio de igualdad. Problemas e interrogantes. El sistema constitucional argentino”, en Bazán, Víctor [coordinador]: *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, libro en homenaje al Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires [en adelante: Bs. As.], República Argentina [en lo sucesivo: Rep. Arg.], en prensa).

⁵ Respecto de un tema semejante en la Constitución argentina, por conducto de la reforma constitucional de 1994, ver Bazán, Víctor: “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en el libro coordinado por Germán J. Bidart Campos, *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1997, págs. 111/174, en esp. págs. 124/130.

⁶ Acerca de éstas, ver –ejemplificativamente– el art. 1, ap. 4°, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2.106-A [XX], el 21 de diciembre de 1965 y en vigor desde el 4 de enero de 1969); el art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979 y que entrara en vigencia el 3 de setiembre de 1981); el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y en vigencia desde el 2 de setiembre de 1990); etc.

art. 6, el ap. V, en el que se reconoce que "los derechos fundamentales y garantías de la persona, se interpretarán y aplicarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia en esta materia".

Tangencialmente, diremos que esa cláusula ofrece alguna semejanza con las contenidas, v.gr., en los arts. 16.2 de la Constitución portuguesa, 10.2 de la española, 20 de la rumana, 93 de la colombiana y en la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución peruana vigente.

4. En el art. 7 se agregan algunos derechos a la nómina explícita contenida en el texto vigente (v.gr., a la integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad; a la libertad de conciencia, pensamiento y religión; al nombre, a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación; a gozar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para su bienestar, resguardando los derechos de las generaciones futuras; de acceso a la información pública); en los arts. 9 y 12, se proyectan ciertas modificaciones *-inter alia-* a las garantías procesales.

5. Por su parte, y como modo de reflejar una nueva percepción ideológica en relación con el tenor deontológico del vínculo entre los sujetos que desempeñan una función pública y ésta, se reemplaza la expresión "funcionarios públicos" por la de "servi-

dores públicos" (arts. 43, 44 y 45).

6. Por último, en el art. 23 se introduce expresamente el "recurso" de *habeas data*, lo que guarda correlación con la previsión del art. 120, atribuc. 7ª, que discierne en el T.C. competencia para la revisión de tales "recursos".

Igualmente, vemos una fuerte vinculación entre la institucionalización del *habeas data* y la anunciada ampliación del catálogo de derechos expresamente reconocidos en la Constitución. Nos referimos, concretamente, a la proyectada previsión del art. 7.1', en relación con el derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación.

Ex professo, hemos dejado para el final de este recorrido introductorio a la alusión referente a la figura del *habeas data* puesto que tal tema constituirá el centro de nuestra atención en el presente trabajo, en el que intentaremos acercarnos a ella para brindar a su respecto ciertas alusiones *iuscomparratistas* y, también, algunas de *lege lata* y otras de *lege ferenda*.

III. Aproximación a la Figura del Hábeas Data y al Contexto que Genera su Advenimiento

1. Comenzamos estas líneas introductorias preguntándonos: ¿Puede el Derecho permanecer inmóvil frente a los incesantes cambios tecnológicos? Definitivamente, no.

Los innumerables avances que genera

la evolución tecnológica plantean nuevos desafíos respecto de los que el Derecho "debe" hacerse cargo. Y, particularmente con relación a la informática, es incuestionable que el tratamiento masivo de la información y su innegable connotación crematística expanden sus efectos, ingresando en la superficie propia de los derechos fundamentales, por lo que –sin duda– deberán brindarse adecuadas respuestas jurídicas para conferir protección al ser humano.⁷

En forma acertada se ha sostenido que la utilización de los datos personales, en virtud de su rentabilidad comercial y –lo que puede resultar más peligroso– su empleo con fines de contralor político sobre las actividades privadas, han dejado al descubierto la contracara de una importante conquista tecnológica cuya adecuada funcionalidad exige límites jurídicos.⁸

El presente trabajo no está impregnado de misonéismo. Por el contrario, intenta ubicarse –dentro de parámetros realistas– en una senda que se dirija hacia el equilibrio de los valores en juego; contexto en el que advertimos la presencia del hábeas data como importante arma defensiva dispensada al individuo, para activar su derecho de

autodeterminación informativa –sobre el que volveremos– y tutelar, de tal modo, sus datos personales frente a la potencialidad nociva de un flujo cibernético (o de otro tipo) indiscriminado de información.

2. En el marco anunciado, debemos reconocer que la evolución cuantitativa y cualitativa de las investigaciones, conquistas tecnológicas, etc., puede tener una incidencia muy profunda en la médula misma del sistema jurídico y, fundamentalmente en el caso de la informática, existe el riesgo cierto de que la inagotable sofisticación conduzca a vulnerar fundamentales derechos de la persona (a la privacidad, igualdad, libertad religiosa –*inter alia*–).

La sociedad informatizada afronta nuevos riesgos y el Derecho "debe" estar a la altura de las circunstancias. No se trata de plantear la cuestión en términos de una lucha entre la sociedad cibernética y los derechos fundamentales. Juzgamos superada la etapa en que el problema discurría como una tensión dialéctica entre "vida privada vs. computadoras", pues el presente estadio de la evolución de la normativa tuitiva de la información personal constituye una síntesis de los intereses sociales e individuales en juego.⁹

⁷ Y, como veremos, a la persona de existencia ideal.

⁸ Cfr. Marchena Gómez, Manuel: "Intimidad e Informática: La protección jurisdiccional del hábeas data", *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, N° 1.768, Madrid, España, 15 de febrero de 1996, pág. 746.

⁹ Batto, Hilda: "Informática, Libertad y Derechos Humanos", en *Derecho Informático*, Edit. Depalma, Bs. As., Rep. Arg., 1987, pág. 249; cit. por Travieso, Juan Antonio: *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Edit. Heliasta S.R.L., Bs. As., Rep. Arg., 1990, pág. 354.

Allí se aloja el nudo del problema: en la necesidad de buscar una equitativa conciliación de tales valores. Por una parte, el interés público encarnado en el accionar estatal en el sentido de acopiar, de reunir información acerca de las personas que viven en su territorio (o el de particulares que, cumpliendo una actividad lícita, almacenan datos y lucren con la prestación del servicio de brindar información crediticia, solvencia patrimonial, etc.) y, por otro lado, el interés propio de los individuos (titulares de los datos registrados) de buscar protección para sus derechos fundamentales, intentando hacerlos valer en los casos concretos de vulneración de ellos, o bien, previniendo que tales perjuicios se corporicen.¹⁰ En conexión con ello, Sagüés¹¹ sostiene que el hábeas data fue concebido para brindar una respuesta de tipo transaccional entre los intereses de registrantes y de registrados.

La médula del problema que abordamos no estriba en el uso informático; la dificultad aparece cuando dicho *uso informático* se convierte en *abuso informático*. Precisamente, la idea es que éste sea evitado o prevenido; o, para el caso de no poder serlo, que se proporcionen herramientas adecuadas

para la protección de los derechos individuales y restablecer, así, el equilibrio que se ha quebrado.

En el marco descripto, enraíza la razón de ser del mentado hábeas data, que surge como un muro de contención para evitar o frenar el abuso informático o de captación, almacenamiento y uso antijurídicos de información por otros medios o soportes.

Debe quedar en claro que la implementación del hábeas data, en modo alguno, debiera procurar inhibir la recopilación de datos para fines investigativos, científicos o periodísticos ni el acopio de información para cumplir objetivos estadísticos. Lo que en realidad se pretende proscribir es que esa información sea usada ilícita o disfuncionalmente, que se abuse de la misma y que con ello se provoque un perjuicio a su titular.

Ya para concluir esta referencia introductoria, cabe señalar que, paralelamente, se procura evitar los efectos de la perniciosa *inferential relation retrieval*, que consiste en la descontextualización de la información a través del "cruce" de datos veraces con otras referencias de signo distinto, lo que arroja como precipitado una información

¹⁰ Como ejemplo de la cuestión que planteamos, traemos a colación la previsión contenida en el art. 26 de la Constitución de Nicaragua, que reconoce el derecho de toda persona, "a conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información" (núm. 4).

¹¹ Sagüés, Néstor Pedro: "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", *La Ley*, Bs. As., Rep. Arg., 07/10/94, pág. 3.

no cabal¹², caso en el que –como se ha señalado– la agresión a la autodeterminación informativa se origina, no ya porque se produzca una apropiación incontrolada de los mismos, “sino porque se instrumentalizan los disponibles para fabricar una personalidad y sustituir la propia identidad por otra que no tiene por qué corresponderse con la verdadera”.¹³

IV. Acerca de la Norma sobre Hábeas Data cuya inclusión en la Constitución Política de Bolivia se proyecta

1. Transcripción de la cláusula

En tanto útil para el análisis exegético que acometeremos, pasamos a transcribir la cláusula específica que, en materia de hábeas data, se proyecta introducir en el texto constitucional de Bolivia. Nos referimos al art. 23, que reza:

I. “Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de Hábeas

Data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya”.

II. “Si el tribunal o juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado”.

III. “La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo”.

IV. “El recurso de Hábeas Data no procederá para levantar el secreto en materia de prensa”.

V. “El recurso de Hábeas Data se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el Artículo 19° de esta Constitución”.

2. Sobre la naturaleza jurídica del hábeas data y la configuración léxica de las previsiones que lo regulan en el derecho comparado

A. Desde la configuración léxica de la norma, pareciera que la preceptiva boliviana ha condensado equilibradamente los aspectos sustanciales y procesales del hábeas data. En efecto, y

¹² Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, España, 1990, pág. 111.

¹³ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: “Informática y protección de datos personales”, *Cuadernos y Debates*, N° 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, pág. 83.

tras señalar en qué supuestos y afectando qué derechos queda habilitado el "recurso", establece los órganos competentes para conocer del mismo (ap. I, *in fine*), la solución a imprimir si es declarado procedente (ap. II), la posibilidad de revisión del decisorio por el Tribunal Constitucional (ap. III) y el reenvío –en cuanto a los pliegues de su tramitación– al procedimiento establecido para el "recurso" de amparo previsto en el artículo constitucional 19.

Extrapolando imaginariamente al hábeas data la visión de Rivera Santiviáñez¹⁴ sobre el amparo constitucional, podría decirse que –en la percepción jurídica boliviana– el hábeas data sería un *procedimiento jurisdiccional de tramitación especial y sumarisima o un recurso tutelar protectorio* de los derechos enumerados en el proyectado art. 23; cláusula que quedaría inmersa en el Título Segundo: "Garantías de la persona" (énfasis propio), correspondiente a la Parte Primera: "La persona como miembro del Estado".

B. Recorriendo el derecho comparado en punto al particular, vemos –primariamente– que mientras en las Constituciones de Brasil (art. 5.LXXII), Paraguay (art. 135), Perú (art. 200, inc. 3°) y Argentina (art. 43, párr. 3°), se focaliza fundamentalmente la *acción, garantía o proceso constitucional* (esto es, remarcando el aspecto *instrumental*); en las Leyes Fundamentales de Guatemala (art. 31), Colombia (art. 15), Nicaragua (ya anunciado art. 26 –ver nota 10–), Ecuador (art. 94) y Venezuela (art. 28), pareciera ponerse mayor énfasis en el *derecho* a la protección de los datos personales (o sea, privilegiando el aspecto *sustancial*).¹⁵

Veremos en primer lugar aquellas mencionadas en primer término, identificadas (ilustrativamente) como las que acentúan la previsión en la *acción, garantía o proceso constitucional*. Con posterioridad a ello, referiremos a las restantes normativas constitucionales iberoamericanas citadas en el párrafo anterior y

¹⁴ Rivera Santiviáñez, José Antonio: *Jurisdicción constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, Bolivia, 2001, pág. 403.

¹⁵ Eguiguren señala que se aprecia una significativa confusión conceptual sobre la naturaleza de la institución del hábeas data, pues mientras en algunas Constituciones (de Iberoamérica) se le regula como una suerte de derecho autónomo (aspecto sustantivo) consistente en la denominada "autodeterminación informativa" o la protección frente a los posibles excesos del poder informático en bancos de datos, archivos o registros; en otros casos, como el peruano, se lo define como una garantía o proceso constitucional especial (aspecto instrumental) destinado a la protección y defensa de los derechos específicos que en las respectivas normas se señalan (Eguiguren Praeli, Francisco J.: "Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *Habeas Data* en el constitucionalismo peruano", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, N° 35, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, D.F., 1999, págs. 56/57).

que enfatizan la carga tuitiva sobre el *derecho*. Veamos:

C. Primer grupo

C.1. Brasil

¿Por qué comenzamos con Brasil? Sencillamente porque su Constitución fue la primera en Iberoamérica en incluir en su texto al *habeas data*. Es más, algunos autores locales arrogan a dicho país la originalidad en cuanto al bautismo de esta acción, sosteniendo que el *habeas data* es un *writ* constitucional autóctono. Así, se ha dicho que: "El *habeas data* es creación indígena, propiamente nuestra. No tiene un similar específico en el derecho comparado, donde se pueden vislumbrar remedios genéricos que tutelan esa cuestión, mas nunca un remedio determinado, relacionado directamente con la problemática del banco de datos frente al ciudadano".¹⁶ Justo es reconocer, entonces, que la Constitución de Brasil fue la primera que, receptando el instituto, utilizó la terminología de *habeas data*, siguiendo los efluvios anticipatorios marcados por la Ley N° 824 (del 28 de diciembre de 1984) del Estado de Río de Janeiro.

La Constitución brasileña preceptúa (en su art. 5.LXXII) que el *habeas data* se concede: "a) para asegurar el conoci-

miento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público"; y "b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo".

Da Silva afirma que el *habeas data* es un remedio constitucional, un medio dirigido a provocar la actividad jurisdiccional y que, por ese motivo, tiene naturaleza de *acción* (acción constitucional); añadiendo que, paralelamente, contiene un derecho que, en vez de ser reconocido en forma independiente, se encuentra contenido en la garantía que lo ampara.¹⁷

También se ha señalado que Brasil lo reguló como un *amparo* específico, encaminado a que las personas conozcan las informaciones que les atañen, que se encuentren contenidas en bancos de datos de entidades gubernamentales o públicas. Sintéticamente, tal remedio jurídico-procesal se destina a garantizar al solicitante el ejercicio de su pretensión, bajo tres aspectos: derecho de acceso a los registros; derecho de rectificación; y derecho de complementación de los registros.¹⁸

De una exégesis primaria de la norma,

¹⁶ Ackel Filho, Diomar: *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data*; Editora Saraiva, São Paulo, Brasil, 1988, pág. 115.

¹⁷ Da Silva, José Afonso: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, Brasil, 1992, págs. 386 y ss.

¹⁸ Cfr. Paranhos Sampaio, Luiz Augusto: *Comentários à nova Constituição Brasileira*, T° 1 (Preâmbulo e Arts. 1° ao 17), Edit. Atlas, São Paulo, Brasil, 1989, pág. 178.

emerge la limitación en cuanto a la legitimación pasiva, que queda circunscripta a los registros o bancos de datos de carácter gubernamental¹⁹ o público, entendiéndose por público el que de modo habitual brinde información –publicidad– a terceros; de ello se deduce que la previsión excluye a los registros o bancos de datos estrictamente privados.²⁰ Del inc. b) de la norma transcrita, se extrae por exclusión la forma de operativizar procesalmente el hábeas data correctivo o rectificatorio, que será utilizado cuando el interesado no prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo.

Por otra parte, es importante recalcar que el primer inciso del tramo del artículo reproducido *supra*, cuando reza que el hábeas data se concede “para asegurar el conocimiento de informaciones *relativas a la persona del solicitante*” [énfasis propio], patentiza una restricción en torno de la legitimación activa, ya que –al parecer– el único sujeto habilitado para conocer una determinada información es el propio interesado, debiendo tratarse de sus datos personales. Al decir de Othon Si-

dou, tal derecho personalísimo no debe confundirse con el derecho a la información en general que, establecido en el art. 5.XIV, se concede a todos, salvaguardando el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional.²¹

En materia de competencia, cabe recordar que ha sido atribuida en forma originaria al Supremo Tribunal Federal cuando el hábeas data se dirige contra actos del Presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; ello, de conformidad con el artículo constitucional 102.I.'d'. Ya por vía de recurso ordinario, el aludido Supremo Tribunal entiende en las acciones de hábeas data denegadas por los Tribunales Superiores que actuaron en instancia única (cfr. art. 102.II.'a' *ibíd.*). Por último, Othon Sidou advierte que viene deferida al Superior Tribunal de Justicia el conocimiento, en recurso especial, de los hábeas data respecto de los que los Tribunales Regionales Federales o los Tribunales de los Estados,

¹⁹ Entidades gubernamentales son todos los organismos públicos o sujetos al control público; órganos de la administración directa del Poder Ejecutivo, entidades autárquicas, empresas públicas, sociedades de economía mixta; y, según Ackel Filho (a quien seguimos en la precedente apreciación) quedarían incluidos como potenciales legitimados pasivos, los Poderes Legislativo y Judicial (*vid. Ackel Filho, Diomar; op. cit.,* pág. 123).

²⁰ Apunta Othon Sidou que queda involucrado el banco de datos que, aun cuando administrado por institución privada, ejerza función social de relevancia pública (Othon Sidou, J. M.: “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y ‘hábeas data’”, *La Ley*, T° 1992-E, Bs. As., Rep. Arg., pág. 1016).

²¹ *Ídem.*

del Distrito Federal y Territorios hayan dictado sentencia en única o última instancia (art. 105.III, *ibid.*).²²

Se ha sostenido que la estructura constitucional del hábeas data abarca elementos de los siguientes órdenes: *subjetivo* (*legitimatío ad causam*), *objetivo* (identidad y naturaleza del pedido), *formal* (aspectos concernientes a la competencia jurisdiccional y a la gratuidad de la acción) y *circunstancial* (el problema de la limitación del derecho durante la vigencia del estado de sitio)²³; además, y con razón, se ha postulado que la norma en la que se lo vehicula, en tanto contiene los elementos necesarios para su plena actuación, prescinde de la *interpositio legis latoris* (aunque, como veremos, ya se dictó la normativa infraconstitucional), surgiendo –además– la inmediata aplicabilidad de la figura a partir de que el precepto que la contiene identifica los sujetos de la relación procesal, el objeto posible de la postulación judicial y, además, los órganos investidos de competencia jurisdiccional, concluyéndose en que una eventual dificultad en la aplicación de la regla en cuestión –especialmente en lo que concierne a los aspectos rituales del proce-

so y de la sentencia–, quedaría superada con el simple empleo de la *analogía legis*, haciendo extensivo al hábeas data, en lo pertinente, la regulación normativa propia de la acción de amparo.²⁴

Para finalizar la referencia al derecho brasileño, cabe mencionar que por medio de la Ley 9.507 (del 12 de noviembre de 1997), se ha regulado el derecho de acceso a las informaciones y disciplinado el rito procesal del hábeas data.²⁵ En el art. 7 de tal normativa, y además de reiterar los dos objetivos descritos en el art. 5.LXXII de la Constitución, se ha añadido una tercera finalidad –según de Moraes–, cual es la de conceder el hábeas data para la anotación en los asientos del interesado de contestación o explicación sobre dato verdadero, más justificable, y que esté en pendencia judicial o amigable, vislumbrándose con ello la idea de evitar o remediar posibles humillaciones que pueda sufrir el individuo en virtud de datos constantes que, a pesar de ser verdaderos, serían insuficientes para un correcto y amplio análisis, posibilitando una interpretación dudosa o errónea, si no

²² *Ibid.*, pág. 1019.

²³ Cfr. las conclusiones de la Opinión N° SR-71 (del 06/10/88) de la *Consultoria Jurídica da República* emitida en el Proceso N° 00400.000014/88-17, en el que figura como parte interesada el Ministro de Estado Jefe del Servicio Nacional de Informaciones –SNI– (apartado ‘j’ de tal dictamen).

²⁴ Punto ‘l’ del dictamen citado en la nota anterior.

²⁵ Cfr. Sabatovski, Emilio; Fontoura, Iara P. y Folmann, Melissa [organizadores]: *Constituição Federal & Convenções Internacionais*, 8ª ed., Juruá Editora, Curitiba, Brasil, 2001, pág. 25.

hubiese la oportunidad de mayores esclarecimientos.²⁶

C.2. Paraguay

En el caso de Paraguay, el art. 135 de su Constitución consagra expresamente la *garantía constitucional* de hábeas data (en la Parte I, Título II, Capítulo XII²⁷), diciendo: "Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos".

C.3. Perú

El texto primigenio de la Norma Básica del Perú de 1993 (art. 200, inc. 3°) incluye dentro de las *garantías constitucionales a la acción de hábeas data*, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o

amenace los derechos consagrados en el art. 2, incs. 5, 6 y 7.

Obviamente, existe una protección más densa pues potencia la acción de hábeas data al declararla articulable contra *cualquier autoridad, funcionario o persona*. Es decir, que no limita la posibilidad de incoar esta "acción de garantía" contra archivos o bancos de datos públicos, sino que también envuelve a los privados. Además, el hábeas data es procedente contra *todo hecho u omisión*. La previsión constitucional fue posteriormente complementada por la Ley N° 26.301 (dictada el 18 de abril de 1994 por el Congreso Constituyente Democrático y mandada a publicar en mayo de ese año), regulando algunos aspectos de la tramitación procesal del hábeas data y de la acción de cumplimiento. Tal norma ha sido modificada, derogándose su art. 5 inc. 'b' (específicamente relacionado con la vía previa en la acción de cumplimiento), por medio de la Ley N° 26.545 del 10 de noviembre de 1995.²⁸

Cabe evocar que el último tramo del aludido artículo constitucional 200,

²⁶ De Moraes, Alexandre: *Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Brasil, págs. 134/145; citado por Puccinelli, Oscar: *El hábeas data en Iberoamérica*, Temis, SantaFé de Bogotá, Colombia, 1999, pág. 306. Fuera de la cita en particular, debemos añadir que la obra de Puccinelli constituye un trabajo muy serio y valioso en relación con el hábeas data desde la perspectiva *iuscomparatista* en Iberoamérica.

²⁷ La Parte I se titula: "De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías"; el Título II lleva por nombre: "De los derechos, de los deberes y de las garantías"; y el Capítulo XII se denomina: "De las garantías constitucionales".

²⁸ Más allá de las normativas reseñadas, en Perú se ha producido un movimiento legislativo intenso sobre el particular, pudiendo verificarse –ejemplificativamente– el dictado de los siguientes plexos

inc. 3°, establecía (ya veremos por qué utilizamos el pretérito) como hipótesis que esa acción u omisión *vulnere o amenace los derechos consagrados en el art. 2 incs. 5, 6 y 7*. Ilustrativamente, recordamos que el inc. 5° establece el derecho a obtener información –en el plazo legal– de cualquier entidad pública, con excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las expresamente excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. El inc. 6° fija el derecho a que los servicios informáticos –computarizados o no, públicos o privados–, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Por último, el inc. 7° brinda protección jurídica al derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias y al derecho de respuesta.

Huelga poner de resalto que se había hipertrofiado al hábeas data, incluyendo en su seno al derecho de réplica, rectificación o respuesta, circunstancia que fue puesta de manifiesto –según enseña García Belaunde– a partir de

mediados de agosto de 1993 (es decir, muy poco antes de la sanción de la nueva Constitución) por la oposición política, indicándose que el clima podía inclinar la balanza en el sentido de que el hábeas data fuese usado con motivos políticos y para censurar la prensa.²⁹

Tal exceso normativo impuso posteriormente la necesidad de arrancar este derecho de las entrañas del hábeas data, a través de una enmienda constitucional que se concretó en la Ley N° 26.470, publicada en el *Diario Oficial "El Peruano"* el 12 de junio de 1995, urgida por los reclamos de los medios de comunicación y del Colegio de Periodistas del Perú y rematada por una acción de hábeas data incoada en sede penal por el abogado Vladimir Paz de la Barra, pretensión con la que –conforme da cuenta García Belaunde– el actor intentó emplear el instituto en forma exagerada, lo que habría desatado una tormenta política que desembocó en la mencionada reforma que llevó sensatez.³⁰ El sendero procedimental discurrido por la citada ac-

///plexos dispositivos: La Ley de Firmas y Certificados Digitales (N° 27.269) y modificatoria (N° 27.310); la Ley que incorpora los delitos informáticos al Código Penal (N° 27.309); la Ley que regula las Centrales Privadas de Riesgo y de Protección al Titular de la Información (N° 27.489); la Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y utilización de la firma electrónica (N° 27.291); la Ley de Notificación por Correo Electrónico (N° 27.419); la Ley de Microformas Digitales (Decreto Legislativo N° 681, Ley N° 26.612 y Decreto Legislativo N° 827); y, colateralmente, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (N° 27.806).

²⁹ García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Edit. Marsol, Trujillo, Perú, 1998, pág. 84.

³⁰ *Ibid.*, págs. 84/85.

ción de Paz de la Barra concluyó con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia –Sala Constitucional–, emitida el 28 de marzo de 1994, por la que –sin entrar en el fondo de la cuestión³¹– ordenó que la demanda fuera remitida al Juez Especializado en lo Civil de turno.

C.4. Argentina

Mediante la reforma constitucional operada en 1994, y dentro de un cúmulo de profundas reformas, se incluyó al hábeas data (sin darle tal denominación en forma expresa), disponiendo en el art. 43, párrafo 3°: “Toda persona podrá interponer esta *acción* [se refiere a la de amparo] 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 aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” –énfasis propio–.

D. Segundo grupo

D.1. Guatemala

La Ley Fundamental guatemalteca, bajo el epígrafe de “Acceso a archivos y registros estatales”, preceptúa en su art. 31: “Toda persona tiene el *derecho* de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos” –remarcado propio–.

D.2. Colombia

La Constitución colombiana, a su tiempo, en su art. 15, 1° párrafo, reza: “Todas las personas tienen *derecho* a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen *derecho* a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que

³¹ El accionante exponía como sustento de su acción que en un programa televisivo se había difundido un reportaje según el cual se le atribuía el haber asesorado a un ciudadano en la compra de los denominados “Bonos Alemanes” en perjuicio de los ahorristas de CLAE, además de haberse expresado que los asesores que habían participado en dicha operación eran personajes de dudosa reputación. Por tal razón, solicitaba se ordenara la rectificación de la información mencionada y la apertura de la instrucción correspondiente; exigía, además, que los periodistas involucrados se abstuvieran en el futuro de relacionarlo con la operación citada, de vincularlo con la CLAE y de referirse a él como personaje de “dudosa reputación”. La juez penal interviniente declaró inadmisibles la acción intentada a través de la sentencia del 7 de febrero de 1994, que fuera confirmada por mayoría en la alzada (en fecha 28 de febrero de 1994) y que, elevada a la Corte Suprema, recibiera la respuesta jurisdiccional de que se da cuenta en el texto, es decir, que tal órgano aludió sólo a la competencia (civil) y a que el proceso debía tramitar de acuerdo con las reglas del procedimiento de amparo, mas omitió expedirse en cuanto a la sustancia del reclamo. El texto de tales fallos ha sido consultado en García Belaunde, Domingo; *op. cit.*, págs. 85/99.

se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas". El 2° párrafo de tal norma dispone: "En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la *libertad y demás garantías* consagradas en la Constitución" –en todos los casos el énfasis debe atribuírsenos–.³²

El hábeas data queda incluido en el Capítulo I ("De los Derechos Fundamentales") del Título II ("De los Derechos, las Garantías y los Deberes") de la Constitución, aunque en estricto rigor –según Cifuentes Muñoz– corresponde a un *específico proceso constitucional*. Añade el autor citado que si bien la Corte Constitucional se ha limitado a conferir a la ubicación de los derechos bajo los mencionados capítulo y epígrafe, un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de un determinado derecho –no enteramente conclusivo–, *no se ha puesto jamás en duda que el hábeas data ostente la condición de derecho fundamental*.

D.3. Nicaragua

La Constitución nicaragüense reconoce el *derecho* de toda persona a conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el *derecho* de saber por qué y con qué finalidad tienen esa información (art. 26.4).

D.4. Ecuador

La Ley Fundamental ecuatoriana establece que toda persona tendrá *derecho* a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito (art. 94, párr. 1°).

D.5. Venezuela

La Constitución venezolana, determina que toda persona tiene *derecho* de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley (art. 28).

3. *En torno a la legitimación activa para articular el "recurso"*

³² Cifuentes Muñoz, Eduardo: "El Hábeas Data en Colombia", *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 51, diciembre de 1997, public. en 1999, Lima, Perú, pág. 122.

De regreso de la digresión, y retomando el curso de análisis de la norma boliviana proyectada, vemos que, en cuanto a la *legitimación activa*, refiere a *toda persona*, lo que *ab initio*, y en la dimensión de las personas individuales, supone que quedan incluidos tanto los ciudadanos bolivianos en particular cuanto los habitantes en general.

En principio, y de un análisis contextual aparecerían excluidas de la previsión (en cuanto legitimadas activas) las personas colectivas (o jurídicas o de existencia ideal o moral –según las diversas denominaciones que se les da en el derecho comparado–), puesto que alude a que se operativizará el “recurso” cuando se afecte “su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución”, derechos fundamentales que parecieran estar dispensados sólo al ser humano, de acuerdo con la estipulación del también proyectado art. 6, ap. I, de la Constitución, que se encuentra contenido en el Título Primero (“Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”) de la Parte Primera (“La Persona como Miembro del Estado”).

Tal conclusión primaria se refuerza a poco de pensar que los derechos que

en el art. 23 se anuncian como protegibles por el “recurso” (intimidad y privacidad personal y familiar, imagen, honra y reputación), quedan a su vez reconocidos expresamente por el art. 7.1’ en proyecto, es decir, dentro de la norma matriz que enumera los derechos fundamentales de toda persona.

Sin embargo, una interpretación literal del precepto quizás ofrecería la solución contraria, ya que al decir *toda persona* (y no distinguir al respecto) podría pensarse que desea abrir el abanico de posibilidades tanto a las personas individuales como a las colectivas, sin establecer distinciones limitativas al respecto y a estar, también, por la preceptiva del Código Civil, que engloba a las individuales y colectivas dentro de la categoría genérica de *personas* (ver, al respecto, en el Libro Primero de tal Código, los Títulos I: “De las *personas* individuales” y II: “De las *personas* colectivas”).

Más allá de las disquisiciones preliminares que efectuamos, nos parece que una hermenéutica evolutiva y dinámica de la norma constitucional, terminará por imponer en el futuro –y para ciertos casos– la extensión de legitimación activa también en favor de las personas colectivas³³, sobre todo, cuando la

³³ Si bien el proyectado art. 23, ap. V, limita la extrapolación al hábeas data sólo de las normas *procedimentales* establecidas para la tramitación del “recurso” de amparo constitucional previsto en el art. 19 de la Constitución, si *mutatis mutandi* se pensara en aplicar a aquél, extensiva y analógicamente, las pautas que gobiernan la legitimación activa en materia de amparo, quedaría abierta la alternativa de adjudicársela también a las personas jurídicas afectadas. En efecto, en el ámbito del amparo dicho tipo de legitimación viene conferida a las personas naturales o jurídicas afectadas, al Ministerio Público –en representación de los incapaces– y al Defensor del Pueblo (todo cfr. arts. 19, ap. II, y 129 de la Constitución).



articulación del "recurso" esté dirigida a proteger ciertos "derechos" o "intereses" de las mismas y en la medida que ello quede encuadrado en el ámbito de la capacidad jurídica y de obrar de ellas y dentro de los límites fijados por los fines que determinaron su constitución (cfr. art. 54 del Cód. Civ.), obviamente, canalizándose la presentación a través de sus respectivos representantes legales.³⁴

Para alimentar la polémica, vemos que desde el ángulo del derecho comparado tampoco se ha seguido un derrotero unitario sobre tal asunto. En efecto, focalizan sus previsiones exclusivamente en las *personas naturales o físicas* (según la terminología que respectivamente emplean), la Ley chilena sobre Protección de la Vida Privada N° 19.628 (publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999) y la Ley Orgánica española N° 15/1999 (sustitutiva de la LORTAD). En la banda contraria, la hacen extensivas a las *personas jurídicas*, la Ley de Control Constitucional de Ecuador³⁵ (promulgada el 2 de julio de 1997) y la Ley argentina N° 25.326.

4. Sobre la legitimación pasiva

En relación con la *legitimación pasiva*, se ha optado por una configuración amplia, incluyendo a los archivos o bancos de datos públicos o privados que registren datos por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático.

Aparece positiva la solución adoptada en cuanto a la amplitud de destinatarios del "recurso", aunque nos afloran algunas dudas, que pasamos a exponer seguidamente:

A. En primer lugar, la normativa de desarrollo constitucional deberá precisar algunos conceptos. Por ejemplo, ¿qué se entiende por archivos o bancos de datos *públicos*? Es decir, afinando el interrogante, si "público" debe ser entendido como "estatal", o como cumplimiento de *fines públicos aun cuando de naturaleza no estatal*.

B. Desde otro ángulo, quizás en el futuro surja alguna duda interpretativa respecto de los archivos o bancos de datos privados, ya que la norma propiciada no efectúa mayores precisio-

³⁴ Tangencialmente, permítasenos indicar que el art. 57 del Cód. Civ. establece la responsabilidad de las personas colectivas por el daño que sus representantes causen a terceros con un hecho ilícito, siempre que dichos representantes hayan actuado en tal calidad. Por tanto, y *a fortiori*, si pueden eventualmente ser beneficiarias de responsabilidad (incluso, por hechos ilícitos), en paralelo, debería concedérseles la posibilidad de ejercer ciertos derechos y de articular determinados "recursos" para asegurar y garantizar el normal giro de sus actividades y el cumplimiento de sus fines, lucrativos o no lucrativos.

³⁵ Que, según se ha dicho, se encontraba en revisión (cfr. Salgado Pesantes, Hernán: "Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.]: *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Porrúa, México, D.F., 2001, pág. 1277, nota 15).

nes, por ejemplo, para indicar que se refiere a los privados destinados a proveer informes (como lo hace la Constitución argentina en el art. 43, párrafo 3°). La duda emerge en tanto a partir de la amplitud literal de la fórmula escogida podrían quedar alcanzados por el "recurso" los archivos científicos, periodísticos o de investigación, es decir, aquellos que no fueran empleados para prestar servicios sino como recopilación de documentos³⁶ o, en general, los utilizados sólo con fines personales.

C. Por otra parte, habrá que ver qué interpretación se da respecto de la articulación del "recurso" contra registros, archivos o bancos de datos de seguridad nacional y la posibilidad de determinar excepciones a su progreso por razones de seguridad y defensa nacionales. En todo caso, y desde ya, dejamos fijada nuestra posición en punto a que las potenciales limitaciones al progreso del "recurso" deben estar fijadas por ley y ser susceptibles de interpretación restrictiva.

Ilustrativamente recordamos que en el

derecho comparado es dable observar la existencia de limitaciones al acceso a los datos, fundadas sustancialmente *-inter alia-* en motivos de seguridad estatal.

a. Así, pueden mencionarse las *Constituciones* de:

a.1. Costa Rica, cuyo art. 30, luego de garantizar el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, especifica que *quedan a salvo los secretos de Estado*.

a.2. Brasil, en cuyo art. 5.XXXIII se establece el derecho de toda persona a recibir información de su interés particular o de interés colectivo o general, por parte de los órganos públicos, que serán prestadas en el plazo de ley y bajo pena de responsabilidad, *salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado*.³⁷

a.3. Colombia, en la que el art. 74, párr. 1°, determina que todas las personas tienen derecho a acceder a los

³⁶ Una discusión de tal tenor se dio en el marco de la Convención Constituyente argentina de 1994, pues, en principio, en la Comisión de Nuevos Derechos no se había previsto incluir sólo a los archivos o bancos de datos privados *destinados a proveer informes*. Tal agregado aclaratorio se debió a una propuesta de la convencional Adelina Dalesio de Viola (obviamente, aceptada), quien sustentaba precisamente la observación que dejamos expuesta en el texto y cuya autoría intelectual debe atribuírsele (ver, al respecto, Quiroga Lavie, Humberto: "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", *La reforma de la Constitución [explicada por miembros de la Comisión de Redacción]*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Rep. Arg., 1994, pág. 159).

³⁷ Cabe acotar que la Ley 8.159/91 (LBJ 91/18) regula la política nacional de los archivos públicos y privados y acerca del acceso a y el secreto de los documentos públicos. Por su parte, el Decreto 2.134/97 (LBJ 97/62) reglamenta el art. 23 de la mencionada ley (cfr. Sabatovski, Emilio; Fontoura, Iara P. y Folmann, Melissa [organizadores]; *op. cit.* pág. 20).

documentos públicos *salvo en los casos que establezca la ley*.

a.4. Perú, en cuyo art. 200 se incluye dentro de las garantías constitucionales a la acción de hábeas data (inc. 3°), remitiendo a los incs. 5° y 6° del art. 2 *ibíd.*³⁸ Concretamente el inc. 5° de tal norma establece el derecho a obtener información –en el plazo legal– de cualquier entidad pública, *con excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las expresamente excluidas por ley o por razones de seguridad nacional*. El inc. 6° fija el derecho a que los servicios informáticos –computarizados o no, públicos o privados–, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

a.5. Ecuador, normativa en la que se ha estipulado en el art. 94, párr. 4°, que la *ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional*.

a.6. Ya en el contexto europeo, citare-

mos a modo de ejemplo la preceptiva constitucional de España, cuyo art. 105. 'b' dispone que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, *salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*.

b. Moviéndonos hacia el *plano subconstitucional*, puede mencionarse –también enunciativamente–:

b.1. En EE.UU., la "Freedom of Information Act" (aprobada en 1966 y en vigor desde 1967), que regula el acceso a los registros públicos, determina diversas excepciones entre las que cabe incluir a las basadas en razones de seguridad nacional (5 USC Sec. 552).³⁹

Valga recordar que el art. 552 (que contiene las normas que –sobre Información pública– rigen los organismos estatales, opiniones, disposiciones, archivos y procedimientos) determina que cada organismo estatal debe tener

³⁸ Texto según la mencionada Ley de Reforma Constitucional N° 26.470 promulgada el 9 de junio de 1995 y publicada el 12 de junio de 1995 en el *Diario Oficial "El Peruano"*.

³⁹ En 1974 y 1976, el Congreso norteamericano aprobó –respectivamente– la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act*. Se ha dicho que tales normas, junto a la *Freedom of Information Act*, constituyen las principales piezas del mosaico normativo contra las barreras informativas en el seno de los organismos públicos (Revenga Sánchez, Miguel: "El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos. Un balance de la aplicación de la *Freedom of Information Act*", en *Derecho PUC*, *loc. cit.* nota 32, pág. 70).

Asimismo, se ha señalado que la regla general con respecto a la utilización de la *Federal Privacy Act* (FPA) y de la *Freedom of Information Act* (FOIA) es la siguiente: cuando no se trata de acceder a información de tipo estrictamente personal el estatuto aplicable es la FOIA; cuando la información de interés es de carácter personal y directo, suele acudir a la FPA; pero es conveniente hacerlo invocando al mismo tiempo al régimen más genérico de la FOIA, cuyo espíritu es, con diferencia, el más proclive a la publicidad (*ibíd.*, pág. 71).

a disposición del público la información de la manera que allí se describe, añadiendo que tal artículo no se aplica a cuestiones que estén⁴⁰:

A) Específicamente autorizadas según los criterios establecidos por una orden ejecutiva de ser mantenidas en secreto por interés de la defensa nacional o política extranjera y B) de hecho clasificadas adecuadamente conforme a tal orden ejecutiva; relacionadas sólo con las normas y prácticas internas del personal del organismo; específicamente exentas de divulgación por ley, siempre que dicha ley: A) requiera que los asuntos sean retenidos al público de tal forma que no haya arbitrio en la cuestión, o B) establezca un criterio particular de retención o se refiera a tipos de asuntos específicos a ser retenidos; secretos de negocio e información comercial o financiera obtenidos de una persona, privilegiados o confidenciales; Memorándums o cartas interorganismo o intraorganismo que no serían disponibles por ley a una parte distinta de un organismo estatal en litigio con el organismo; archivos de personal y médicos y archivos similares cuya revelación constituiría una invasión a la privacidad personal; archivos o informaciones compiladas para el cumplimiento de la ley, pero sólo si la producción de dichos archivos o informaciones para el cumplimiento de la ley:

A) puede razonablemente esperarse que interfiera con los procedimientos de cumplimiento, B) privaría a una persona del derecho a un justo juicio o a una sentencia imparcial, C) puede razonablemente esperarse que constituyan una invasión a la privacidad personal, D) puede razonablemente esperarse que revelen la identidad de una fuente confidencial, incluyendo un Estado, un organismo o autoridad local o extranjera o cualquier institución privada que haya proporcionado información confidencialmente, y, en el caso de un archivo o información compilada por una autoridad encargada del cumplimiento de una ley penal en el curso de una investigación penal o por un organismo a cargo de una investigación legal de inteligencia de la seguridad nacional, información otorgada por una fuente confidencial, E) revelaría técnicas y procedimientos de investigaciones o procesamientos para el cumplimiento de la ley, o revelaría pautas de investigaciones o procesamientos para el cumplimiento de la ley si tal revelación pudiera razonablemente esperarse que ponga en riesgo la circunvencción de la ley, o F) pudiera razonablemente esperarse que ponga en peligro la vida o la seguridad física de cualquier individuo;

Informes contenidos en o relacionados con interrogatorios, en funcionamiento

⁴⁰ Citamos la traducción al castellano de las traductoras públicas Lucía Aguilar y Sofía Fernández Cronenbold, quienes siguieron el texto original en inglés obtenido en Internet: www.law.cornell.edu/uscode.

o a condición, preparados por, en nombre de, o para el uso de un organismo responsable de la regulación o la supervisión de instituciones financieras; o información geológica y geofísica, incluyendo mapas, acerca de pozos de petróleo.

b.2. Como vimos, en España se ha dictado la Ley Orgánica N° 15/1999 (del 13 de diciembre de ese año), abrogatoria de la LORTAD (cfr. disposición derogatoria única), y que fue publicada el 14 de diciembre de 1999 (BOE N° 298). La nueva preceptiva,⁴¹ que entrara en vigor el 14 de enero de 2000 (de acuerdo con su disposición final tercera) declara sujetos a su régimen legal general a los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la medida en que contengan datos de carácter personal que, por haber sido recogidos para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente (art. 22.1).

Prevé luego la norma que la recolección y el tratamiento de datos de carácter personal sin consentimiento de las personas afectadas, por parte de los mencionados órganos y para el cumplimiento de fines policiales, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la "prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad" (art. 22.2).

De acuerdo con el art. 22.3, la recogida y el tratamiento –por parte de los organismos preindicados– de los datos de carácter personal que revelen ideología, afiliación sindical, religión y creencias (art. 7.2) y los que hagan referencia al origen racial, la salud y la vida sexual (art. 7.3), sólo podrán

⁴¹ El nuevo plexo legal mantiene sobre el punto, en líneas generales, el diseño normativo de la LORTAD (arts. 20 y 21). Las únicas diferencias verificables radican en lo siguiente: aquélla ha eliminado la adjetivación empleada por la LORTAD en el sentido de que la previsión gira en torno de ficheros "automatizados" creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 20.1), pasando a referirse lisa y llanamente a "ficheros" creados por tales organismos (art. 22.1); otro tanto ocurre con la limitación que se cierne sobre la recogida y tratamiento por parte de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues mientras la LORTAD refería (art. 20.2) a la "recogida y tratamiento *automatizado* para fines policiales", la reciente normativa también ha prescindido del vocablo "automatizado" (art. 22.2); por último, del cotejo de los arts. 20.3 de la LORTAD y 22.3 de la L.O 15/1999, surge que a la facultad de recolección y tratamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad respecto de los datos a que aluden los aps. 2 y 3 del art. 7 *ibid.* (datos de carácter personal que revelen ideología, afiliación sindical, religión y creencias –art. 7.2– y los que hagan referencia al origen racial, la salud y la vida sexual –art. 7.3–) circunscripta a los casos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, la nueva ley ha añadido –en tramo que estaba ausente en la LORTAD– que el ejercicio de tal atribución será "sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales".

realizarse en los supuestos en que sean absolutamente necesarios a los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del respectivo control de legalidad de la actuación administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales o de la obligación que sobre éstos pesa en el sentido de resolver las pretensiones que, en su caso, hayan formulado los interesados.

Por su parte, la cancelación de los datos personales registrados con fines policiales se concretará cuando dichos datos no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento, considerándose especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos, la necesidad de mantenerlos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concretos, la resolución judicial firme –especialmente, la absolutoria–, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad (art. 22.4).

El art. 23 ha diseñado una serie de excepciones a los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales frente a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así, determina que los responsables de tales ficheros podrán denegar el ejercicio de los indicados derechos *“en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la*

seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando” –énfasis propio– (art. 23.1). La misma facultad se atribuye a los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública, *quienes podrán ejercerla cuando el acceso, la rectificación o la cancelación solicitadas obstaculicen las actuaciones administrativas encaminadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, o bien, cuando el afectado esté siendo objeto de “actuaciones inspectorias”* –subrayado añadido– (art. 23.2). Por último, el precepto acuerda al afectado, a quien se le haya denegado total o parcialmente el ejercicio de los mencionados derechos, la facultad de poner en conocimiento de tal situación al Director de la Agencia de Protección de Datos⁴² o al organismo competente de cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros mantenidos por Cuerpos policiales propios de ellas, o por las Administraciones tributarias autonómicas, *“quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación”* (art. 23.3).

b.3. La *Datenschutzgesetz* austríaca de 1978 –sobre la que volveremos– establece que *los derechos de acceso y de rectificación no pueden ser ejercidos cuando se trate de datos que afecten a*

⁴² Ésta es definida por el art. 35.1 de la L.O. 15/1999, como “un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones”. Dicha norma mantiene la caracterización que oportunamente le brindara el art. 34.2 de la LORTAD, normativa que –en su art. 34.1– dispuso la creación de tal organismo.

la defensa nacional, a órganos constitucionales y a cuestiones relativas a la delincuencia o al derecho penal.

b.4. Para finalizar esta reseña meramente ejemplificativa, traemos a colación la Ley argentina N° 25.326⁴³ ("Ley de Protección de los Datos Personales"), que permite a los responsables o usuarios de bancos de datos públicos que, mediante decisión fundada, denieguen el acceso, la 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* (art. 17.1).

c. Ya en lo atinente a ciertos *precedentes jurisprudenciales*, cabe destacar, por ejemplo:

c.1. Lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁴ *in re "Leander"*, en el que el Tribunal debía decidir acerca de la negativa del departamento de seguridad de la policía sueca a permitir al acceso de datos personales en virtud de que se encontraban en ficheros secretos y de importancia

decisiva para la seguridad nacional. Concluyó el Tribunal Europeo que no mediaba violación del derecho a la intimidad pues "teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación del que gozaba, el Estado demandado tenía derecho a considerar que en este caso *los intereses de la seguridad nacional prevalecían sobre los intereses personales del solicitante*" –subrayado añadido– (caso "Leander c. Suecia", del 26 de marzo de 1987, Serie A, vol. 116).

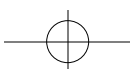
A ello cabe añadir que, si bien se resolvió que existe un margen de apreciación nacional de gran amplitud en cuanto a dilucidar la noción de "seguridad nacional", es importante la aclaración que formula Valiña, cuando afirma que tal vastedad apreciativa viene limitada por la exigencia de justificar la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos en la adopción de medidas restrictivas con el fin de protegerla⁴⁵.

c.2. Puede rememorarse brevemente, también, lo decidido por la Corte Suprema de EE.UU. en "United States vs.

⁴³ Sancionada el 4 de octubre de 2000 y publicada el 2 de noviembre de 2000 (fue observada por el Poder Ejecutivo, por medio del Decreto N° 995/2000). A su vez, ha sido reglamentada por el Decreto N° 1.558 del 29 de noviembre de 2001, publicado el 3 de diciembre de ese año.

⁴⁴ A partir de la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, operada en noviembre de 1998, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos absorbe a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (ver art. 19 del Convenio).

⁴⁵ Valiña, Liliana: "El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Bs. As., Rep. Arg., 1997, pág. 187.



Nixon", cuando –frente a la negativa del mencionado presidente a remitir a un tribunal criminal cierta documentación que consideraba secreta, basándose en la inmunidad derivada del ejercicio de sus funciones–, la Corte rechazó la pretensión de Nixon sustentándose en que el art. II –que enumera los poderes presidenciales– no confiere un privilegio absoluto de confidencialidad contra un requerimiento que resulta esencial para una investigación criminal, si sólo se expresa en forma abstracta un interés público generalizado en el mantenimiento de la confidencialidad de diálogos que no versan sobre temas militares, diplomáticos, etc.

c.3. No deja de ser interesante formular siquiera una breve referencia a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso "G. 529. XX-XIII. - Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus" (en adelante "Ganora"), fallo pronunciado el 16 de setiembre de 1999.

En tal sentencia, de gran importancia toda vez que fue pronunciada antes de la existencia de la ley reglamentaria del hábeas data (con lo cual los pronunciamientos de la Corte receptaban una innegable plusvalía), el Tribunal sentó algunos principios liminares sobre la materia, que pueden ser sintetizados (con una dosis de interpretación

personal de nuestra parte) de la siguiente manera:⁴⁶

En principio, el hábeas data es idóneo para obtener información sobre datos personales obrantes en organismos o fuerzas de seguridad, es decir, que no cabría rechazar *in limine* una acción dirigida contra aquéllos para cumplir el mencionado propósito, ya que tales órganos son, inicialmente, recipientes de legitimación pasiva; sin embargo, ello no habilita a pensar que la acción será acogida indiscriminadamente en el universo de casos que se presente, ya que el titular del organismo requerido, frente a una acción encaminada a obtener información contenida en el mismo, podría invocar razones de seguridad, defensa nacional, relaciones exteriores o investigación criminal, para autoexonerarse de la obligación de proporcionar la información o, al menos, intentar hacerlo.

5. Acerca de las hipótesis para la habilitación del "recurso"

Se han pautado con amplitud los supuestos que tornarían viable el "recurso" de hábeas data, al disponer que podría interponerlo *toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos.*

⁴⁶ Ver, para ampliar, Bazán, Víctor, por ejemplo en: "El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas", *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, CELS - Universidad de Lanús, Ed. Ad Hoc, Bs. As., Rep. Arg., 2001, págs. 175/205.



A continuación, anunciaremos algunas breves observaciones respecto de tal tramo de la norma en cuestión (ap. I). Veamos:

A. En primer lugar, habrá que determinar qué debe entenderse por *crear es - tar indebida o ilegalmente impedido de conocer, objetar u obtener la elimi - nación o rectificación de los datos*. ¿Supone ello que el peticionario está obligado a acreditar haber intentado infructuosamente agotar la instancia extrajudicial ante el archivo o banco de datos público o privado en cuestión? ¿Será condición *sine qua non* hacerlo previamente o podrá el solicitante acudir directamente a la sede judicial alegando encontrarse incluido en la hipótesis prevista en la norma? En otras palabras, ¿bastará con el mero estado de percepción subjetiva de encontrarse inmerso en alguno de los supuestos establecidos en la Ley Fundamental o deberá alegar y probar objetivamente tal *status*?

B. Por otra parte, podría también pensarse en una escisión cronológica de los propósitos funcionales del hábeas data, conjeturando imaginariamente la existencia de dos "momentos" en el ejercicio del mismo: en primer lugar, el derecho de "acceso" a la información, para *conocer* los datos; y, en segundo término, el derecho de "intervención" sobre ellos, esto es, *objetarlos u obte - ner* –según el caso– la *eliminación o rectificación* de aquéllos.

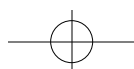
C. Otra cuestión de trascendencia radicará en determinar si la situación de

hecho que puede desencadenar la operativización del hábeas data (afectación a los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación) deberá ser *actual* o se hará extensiva también a la hipótesis de *inmi - nencia*.

D. Desde otro ángulo, y ya cotejando los dos primeros apartados de la norma, se aprecia que el precepto en ciernes no guarda correspondencia sintáctica en la conformación de ambos segmentos.

En efecto, en el primero de ellos no adjetiva los *datos* a que refiere cuando contabiliza las hipótesis de operatividad del "recurso", es decir, concretamente, no señala si se trata de datos personales o de otro tipo, lo que habilitaría a pensar en la posibilidad de acceder a, y potencialmente intervenir sobre datos propios o ajenos y otra información pública. En cambio, ya en el ap. II y al referirse a las posibles consecuencias que se desencadenarían a partir del acogimiento estimatorio del "recurso", expresamente alude a que el órgano competente ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los *datos personales* cuyo registro fue impugnado.

Sobre el punto, y si se entendiera que la norma pretende circunscribir el "recurso" a los *datos personales*, cabría indagar si aquél solamente podrá ser articulado por el afectado o titular de los mismos o si se admitirá que otros puedan hacerlo por él (v.gr., represen-





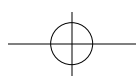
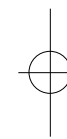
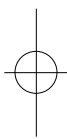
tantes en caso de personas incapaces, familiares directos y cercanos cuando el afectado estuviere imposibilitado de plantearlo⁴⁷, etc.).

nes del titular o afectado, es decir, si el hábeas data tutelaré –además de los de índole extrapatrimonial– los derechos personales de carácter patrimonial.

E. En punto a la tipología de datos que generará la posibilidad de deducir el “recurso”, se nos plantea la duda acerca de si en ella quedarían también comprendidos los referidos a los *bie*

Ello, al modo como lo hacen expresamente las Constituciones de: Paraguay, cuyo art. 135 consagra expresamente la garantía constitucional de hábeas

⁴⁷ Al respecto la Corte argentina tuvo ocasión de resolver una cuestión muy singular (previa al dictado de la ley reglamentaria del hábeas data) en la que el peticionante demandó al Estado Nacional y/o el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, persiguiendo como objetivo “obtener información que exista en los Bancos de Datos de la Secretaría de Informaciones del Estado, Servicio de Inteligencia del Ejército, Servicio de Informaciones de la Armada, Servicios de Informaciones de la Aeronáutica, Servicio de Inteligencia de la Policía Federal, Servicio de Informaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y Servicio de Inteligencia de la Provincia de Buenos Aires y/o cualquier otro del Estado Nacional, de las Fuerzas Armadas y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sobre su hermano Benito J. Urteaga, supuestamente ‘abatido’ el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires” (*in re*: “U. 14. XXXIII. - Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento emitido por la Corte Suprema el 15 de octubre de 1998). A pesar de la letra de la Constitución (que claramente señala que “[t]oda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad...” –remarcado propio–), por medio de una interpretación amplia y garantista, la Corte dio un importante paso adelante en pro del ensanchamiento de la legitimación procesal activa, al estimar procedente la acción de hábeas data incoada por quien no perseguía el derecho a informarse respecto de datos propios, sino de los de un hermano eventualmente fallecido, trasladándose así el potencial ejercicio de la acción a un familiar directo del afectado. Asimismo, resultó plausible que en el mencionado pronunciamiento se reiterara el valioso criterio hermenéutico que sostiene la innecesariedad de la existencia de ley reglamentaria cuando de viabilizar el ejercicio de un derecho o de una garantía deparados constitucionalmente se trata. De cualquier modo, en Argentina nunca podrá dilucidarse cabalmente si la solución dada por la Corte en “Urteaga” habría sido la misma si el Tribunal no hubiese dictado –mayoritariamente– la lamentable sentencia recaída *in re*: “Suárez Mason”, del 13 de agosto de 1998, es decir, alrededor de dos meses antes de “Urteaga” y que generó una unánime reacción adversa al pronunciamiento (inclusive se llegó a formular una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Concretamente, en “Suárez Mason” rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la Sra. Aguiar de Lapacó (madre de una persona desaparecida durante la última dictadura militar) contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había decidido –por mayoría– tener presente la respuesta producida por el Estado Mayor del Ejército relativa al destino de las personas desaparecidas en la jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo de Ejército entre los años 1976 y 1983, ordenando la prosecución de la causa según su estado, lo que entrañaba una denegatoria de diversas medidas de prueba impetradas en la causa. Entendió la mayoría de la Corte que no resultaba admisible la realización de diligencias investigativas que tenían por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, pues en el estado en que el caso se encontraba al momento de fallar, su objeto procesal había quedado agotado, razón por la cual la concreción de tales medidas hubiese implicado la reapertura del proceso contra quienes habían sido sobreseídos definitivamente por los hechos que dieron lugar a la formación de la causa (sobre el particular, ver por ejemplo, de Bazán, Víctor: “El hábeas data y el acceso a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Administrativo*, III, Ediciones Dike, Mendoza, Rep. Arg., 2000, págs. 113/143; “Virtualidad del hábeas data frente a registros, archivos y bases de datos de organismos estatales de seguridad en Argentina”, *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 29, diciembre de 2001, Trujillo, Perú, págs. 45/58).



data, diciendo: "Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad..." –subrayado agregado–; Ecuador, en el art. 94. En éste se lee: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito..." –remarcado añadido–. Dicha norma se localiza en la Sección Segunda: "Del hábeas data", del Capítulo 6: "De las garantías de los derechos", del Título III: "De los derechos, garantías y deberes"; y Venezuela, cuyo art. 28 dispone: "Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados ..." –énfasis propio–. El precepto de mención se encuentra alojado en el Capítulo I: "Disposiciones generales", emplazado en el Título III: "De los deberes, derechos humanos y garantías".

6. En Punto a la Excepción Explícitamente Consagrada

En su ap. IV., el precepto proyectado determina que el "recurso" no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

Del tenor literal de la cláusula pareciera desprenderse que se busca proteger el secreto profesional del periodista, en fórmula que –según se ha indicado– fue incorporada al texto proyectado luego de haber sido acordada por los legisladores con las organizaciones gremiales y colegiadas de la prensa, puesto que el proyecto primigenio no la contenía.⁴⁸

Entendiendo que la protección está dirigida a la *libertad de expresión* (para superar la tensión que sobre el particular pudiera plantearse entre ella y el bien jurídico protegido por el hábeas data), podría suponerse que la previsión se habría quedado a mitad de camino (al menos desde su conformación literal), al dejar fuera de la proscripción a los datos contenidos en los registros, archivos o bancos de datos periodísticos.

Pasamos a explicarnos: de acuerdo con la redacción textual de la norma, ¿podría incoarse el "recurso" de hábeas data respecto de información obrante en archivos o bases de datos de medios periodísticos aun cuando ello no supusiera develar el *secreto en materia de prensa*? A primera vista, y quizás *volens volens*, pareciera que sí; pero tal respuesta, ¿no contrariaría el espíritu de la norma, aparentemente protector de la libertad de expresión? Si así fuera, y en uso de una interpre-

⁴⁸ Ver, por ejemplo, en la prensa boliviana: *Los Tiempos*, de 31 de julio de 2002; *El Diario*, de idéntica fecha, etc.

tación dinámica y sistemática del precepto constitucional⁴⁹, debería obturarse tal posibilidad para evitar el menoscabo de tan preciada libertad.

Con similar sesgo protectorio a la norma boliviana en proyecto, podemos apreciar las respectivas cláusulas contenidas en las Leyes Fundamentales argentina y venezolana. En efecto, en la parte *in fine* del párrafo 3° del art. 43 de la Constitución argentina se establece que *no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*. A su tiempo, la Constitución de Venezuela, en su art. 28, estipula –en fórmula más amplia que la argentina y la boliviana– que *queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodísticas y de otras profesiones que determine la ley*.⁵⁰

En relación con los interrogantes que ensayábamos precedentemente y, al parecer, para salvar la imprecisión del texto constitucional, vale evocar que la ley argentina pareciera haber ido más allá que la propia letra de la Carta Magna, pues ha previsto en su art. 1 que “[e]n ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodística”.

En otras palabras, además del secreto de las fuentes de información periodística (artículo constitucional 43, párr. 3°), quedan fuera del radio de operatividad del hábeas data las bases de datos periodísticas (art. 1, *in fine*, de la Ley N° 25.326). El ejemplo ha sido colacionado *ex professo*, dado que puede resultar útil –*mutatis mutandi*– para el caso boliviano si se concluye que tal ha sido, en puridad, la real intención preconcebida por el legislador constituyente en punto al alcance de la cobertura tuitiva del hábeas data.

Una vez sentadas las precedentes aclaraciones, diremos que la propia importancia de atribuir protección al secreto de las fuentes de información periodística nos moviliza a efectuar los siguientes comentarios colaterales a modo de *excursus*:

En principio, nos parece que la cobertura tuitiva que habría dispensado constitucionalmente el ap. IV del proyectado art. 23 de la Constitución Política excede el mero marco puntual de oponibilidad frente al progreso de la acción de hábeas data, debiendo entenderse que la protección que modula la Ley Fundamental ha sido concebida

⁴⁹ En sentido convergente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha puntualizado que la interpretación de la Constitución Nacional debe considerar, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (causa “M. 84. XXXIII - Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos”, fallada el 10 de diciembre de 1997).

⁵⁰ En materia de secreto profesional, y como anunciáramos, la Constitución de Brasil dispone en el art. 5.XIV que queda garantizado a todos el acceso a la información y *salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional*.

como un derecho de más vasto alcance adjudicado al periodista⁵¹; no es la ocasión propicia para penetrar *in extenso* en la elucidación de la naturaleza del secreto de las fuentes de información periodística, por lo que sólo indicaremos que, paralelamente a entrañar un derecho en favor del hombre de prensa, se genera un deber ético en cabeza de éste en el sentido de proteger el anonimato de quien le proporcionó la información bajo reserva de confidencialidad; obviamente, en tanto derecho, la preservación de confidencialidad de la fuente es relativa, es decir que reconoce límites, debiendo aguardarse el devenir de la *praxis* jurisprudencial para determinar con qué tenor de relatividad se la concebirá, esto es: *en qué hipótesis deberá ceder el mentado secreto*.

Por ejemplo, y respecto de este último tópico (circunscripto a la realidad argentina) se ha establecido que el derecho a resguardar las fuentes de información periodística cede cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho a autoincriminarse, ni afecte los límites previstos en el art. 28 de la Constitución Nacional⁵², pues si no se fijaran límites a aquella facultad se afectarían los intereses del propio Estado de Derecho que motivaron el reconocimiento y la necesidad de una prensa libre, ateniéndose contra el derecho a la igualdad al imponer una especie de privilegio de unos sobre otros.⁵³ Al comentar el fallo, Ekmekdjian ha criticado la fórmula empleada (“razones de orden público de relevante jerarquía”) por considerarla ambigua y permitir que su determinación dependa de la discrecionalidad judicial; a cambio, propone lo que considera la llave para abrir la puerta por donde se filtraría alguna excepción al principio, diciendo que éste sólo debiera ceder cuando el periodista se encuentre ante la inmediata comisión de un delito que pudiera vulnerar un derecho de jerarquía superior al de la prensa: a la dignidad, a la vida, etc.⁵⁴

Para finalizar este acápite, y sin movernos del escenario argentino, recordamos que Hernández –quien como convencional constituyente de 1994

⁵¹ Lo que parece viene a complementar la previsión de la Ley de Imprenta (de 1925) que en su art. 8 indica que *el secreto en materia de imprenta es inviolable*; mientras que el art. 9 *ibid.* determina que “el editor o impresor que revela a una autoridad política o a un particular el secreto de anonimato, sin requerimiento del juez competente, es responsable, como delincuente, contra la fe pública conforme al Código Penal”.

⁵² Que dispone: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” –énfasis propio–.

⁵³ C.Fed. San Martín, Sala I, 2/5/96, *in re*: “Gorriarán Merlo, Enrique H.” (considerando 5), *La Ley*, T° 1996-C, Bs. As., Rep. Arg., pág. 641.

⁵⁴ Ekmekdjian, Miguel Á.: “El derecho al secreto de las fuentes de información”, *La Ley [Suplemento de Derecho Constitucional]*, Bs. As., Rep. Arg., 20/06/97, pág. 18.

propuso se incluyera en el texto la alusión al secreto de las fuentes de información periodística-, también entiende que se trata de un derecho no absoluto y, reenviando a Badeni, puntualiza que la mencionada protección podría ceder cuando la revelación de la fuente es realizada en forma voluntaria por el hombre de prensa o cuando se está ante la presencia de información obtenida en forma ilícita por éste o no recogida mediante un auténtico ejercicio profesional.⁵⁵

7. Un Enfoque de la Cuestión a la luz del Derecho de Autodeterminación Informativa

Sin perjuicio de que el ap. I del art. 23 refiera expresamente a que los supuestos que operativizarían el "recurso" quedan circunscriptos a la afectación del derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a la imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, creemos que es útil efectuar algunas apreciaciones referidas al derecho a la autodeterminación informativa, respecto del que venimos sosteniendo desde hace bastante tiempo constituye el bien jurí-

dico protegido por el hábeas data⁵⁶ y que –estimamos– ostenta suficiente potencialidad para recorrer unitivamente a los precitados derechos fundamentales que la normativa en ciernes específica.

Dicho derecho de autodeterminación informativa ofrece –a nuestro criterio– una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, abandonando el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase *activa* del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo interior subyace también la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne.

Sin perjuicio de ello, entendemos que en prospectiva sería muy útil quebrar *ideológicamente* en forma definitiva la presunta indisolubilidad del tándem informática-intimidad, el que, si bien ofrece una estrecha conexión de sus elementos, termina por opacar el meo-

⁵⁵ Hernández [h.], Antonio M.: "El secreto de las fuentes de información periodística", *La Nación*, diario del 10/11/94, Bs. As., Rep. Arg., pág. 9.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, Bazán, Víctor: "Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa", en el libro colectivo *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales 'Ambrosio L. Gioja', Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1999, págs. 49/158; "El hábeas data entre el misonéismo y la desprotección de los derechos fundamentales", *Voces Jurídicas*, T° 2, Mendoza, Rep. Arg., abril de 1997, págs. 35/60; "Hábeas data y autodeterminación informativa", *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 3, julio-setiembre de 1996, Trujillo, Perú, págs. 57/84.

llo del problema y conduce a una confusión entre el fenómeno y su premisa, dado que –como afirma Jiménez Escobar– en diversas oportunidades la agresión a la intimidad constituye un antecedente previo y necesario para la posterior recolección, tratamiento y comunicación ilegítimos de los datos personales⁵⁷, algunos de los cuales aun cuando no siendo *íntimos* pero sí *sensibles*, igualmente reclamarán protección jurídica. Jiménez Escobar fundamenta su posición sosteniendo que ante el problema que para el Derecho implicaba encuadrar la irrupción informática en una categoría jurídica, aquél halló en la intimidad la respuesta apropiada, desde que “el derecho a la intimidad era una libertad fundamental perfectamente estudiada, nacida como categoría jurídica el siglo pasado y sin el abo­lengo de otros derechos humanos, pero totalmente definida, acotada, documentada. Acudir a esta categoría evitaba la fatigosa tarea de crear un nuevo derecho (o el tener que prescindir de un determinado derecho) al que designar como objeto de la agresión de la nueva tecnología”.⁵⁸

Por las razones apuntadas, nos inclinamos por la consolidación del dere-

cho a la autodeterminación informativa como bien jurídico tutelado por el hábeas data, que –como verifica Lucas Murillo de la Cueva– tiene como objeto “preservar la información individual –intima y no íntima– frente a su utilización incontrolada, arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada”.⁵⁹

Con anterioridad a la precisa determinación de los perfiles del derecho a la autodeterminación informativa a cargo del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), en la afamada sentencia del 15 de diciembre de 1983 (en la que declaró parcialmente inconstitucional, es decir, violatoria de la *Grundgesetz* a la Ley del Censo de Población –*Volkszählungsgesetz*– de 1982), Lucas Murillo de la Cueva señala como antecedente el hecho de que a la percepción de la insuficiencia de la noción tradicional de la intimidad ante los riesgos que despuntaban, se le adjuntó la exigencia de incorporarle la *intimidad informativa*, expresión que aparece en los 60 en diversos autores americanos (Westin, Miller, Alpa, Hixson).⁶⁰ Indica a continuación el citado autor español que, a

⁵⁷ Jiménez Escobar, R.: “Informática y derecho a la intimidad: una concepción que debe arrumbarse”, en *Jornadas Abogacía e Informática*, pág. 85; cit. por González Murúa, Ana Rosa: “Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales”, *Informática y Derecho*, N° 6/7, UNED - Centro Regional de Extremadura, Mérida, España, 1994, págs. 242/243.

⁵⁸ Jiménez Escobar, R.; *op. cit.* nota anterior, pág. 243.

⁵⁹ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo; *op. cit.* [*El derecho a la autodeterminación...*], pág. 120.

⁶⁰ *Ibid.*, págs. 120/121.

partir de tal distinción, se construyó el sistema británico de protección de datos, ya que durante el extenso período de trabajos preparatorios se confeccionó *–inter alia–* el Informe Younger, que diferenciaba dos facetas de la intimidad: la intimidad física y la intimidad informativa.⁶¹

Si bien existe consenso en resaltar la importancia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe en la delineación fisonómica del derecho a la autodeterminación informativa, Denninger formula algunas reservas, sosteniendo que ni el objeto ni la terminología del aludido derecho pueden tomarse como una originalidad del Tribunal Constitucional Federal alemán, ya que *–en lo atinente al objeto–* se trata del producto de una extensa evolución jurisprudencial encaminada al reconocimiento y a la elaboración del derecho general a la personalidad; y, en lo concerniente a la denominación, porque la misma había sido empleada por la doctrina jurídica alemana desde 1971. No obstante las objeciones expuestas [en palabras de Pérez Luño], Denninger “reconoce que la sentencia ha supuesto una contribu-

ción muy valiosa para la garantía jurisdiccional de la protección de los datos personales, así como para la concreción del derecho a la autodeterminación informativa, entendido como el presupuesto para el funcionamiento de los sistemas informatizados de tratamiento de datos en un Estado de Derecho inspirado en los principios de la libertad y la democracia”.⁶²

Acertadamente, se ha postulado que la necesidad de establecer jurídicamente medidas de protección de los datos personales frente a la informatización, se debe no tanto al carácter privado que algunos de ellos puedan tener, sino a las múltiples posibilidades de elaboración e interrelación propias de la tecnología informática, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán en la citada sentencia sobre la Ley del Censo, “un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ninguno ‘sin interés’”.⁶³

Para evitar la parcialización del enfo-

⁶¹ *Ibid.*, pág. 121.

⁶² Vid. Pérez Luño, Antonio-Enrique: “La defensa del ciudadano y la protección de datos”, *Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública*, Herri-Anduragarit, Zaren Euskal Erakunde, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Colección Administración y Autonomía, 1986, pág. 61. El autor y el trabajo citados por Pérez Luño se ajustan al siguiente detalle: Denninger, Erhard, “Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und inhere Sicherheit”, en *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat. Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte im Computerzeitalter*, Actas del Symposium celebrado en Wiesbaden del 3 al 5 de septiembre de 1984, Hessendienst der Staatskanzlei, Wiesbaden, RFA, 1984, págs. 291 y ss.

⁶³ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo; *op. cit.* [El derecho a la autodeterminación...], pág. 122.

que que intentamos trasuntar, entendemos que el de la autodeterminación informativa es, en tanto derecho, relativo. El límite que se erige frente a su despliegue vivencial viene marcado por el innegable valor que asume la información como bien colectivo en el conjunto social. Asimismo, no debería soslayarse la necesidad de imponer un tratamiento democrático de la información, procurando conglobar los esfuerzos (públicos y privados) para lograr un sano equilibrio axiológico de los bienes en interacción.

En conexión con ello, está claro que la percepción que el Tribunal Constitucional Federal alemán evidenciara en la retrocitada sentencia de 1983 y que trasunta la mencionada *relatividad* del derecho a la autodeterminación informativa, pone de manifiesto la necesidad de no olvidar la perspectiva social y comunitaria de éste⁶⁴, evitando –de acuerdo con la visión de Simitis⁶⁵– que el mismo sea concebido exclusivamente bajo el tamiz individualista y patrimonial.

Hassemer señala que el desarrollo del derecho a una protección de datos personales se alimenta, en las sociedades modernas, de dos fuentes: de la tempestuosa marcha triunfal de la tecnología de la información, en conjunto con el escepticismo sobre el Estado y lo que de éste puede esperarse.⁶⁶ Añade el catedrático alemán que, en la República Federal de Alemania (RFA), la tecnología del aparato administrativo estatal (y una especial sensibilidad en contra del manejo de ella por parte del Estado a partir de las experiencias provenientes del nacionalsocialismo) y la denominada seguridad del Estado (en la RFA, la Policía estatal y el Servicio de Seguridad del Estado fundamentaban, mediante la vigilancia de los ciudadanos y la recolección de datos, las operaciones policíacas), constituyeron los importantes antecedentes tributarios de la configuración del derecho a la autodeterminación informativa.⁶⁷

No podemos omitir poner de manifiesto que, en lo expuesto en el párrafo

⁶⁴ Pérez Luño, Antonio-Enrique: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en Losano, Mario G.; Pérez Luño, Antonio-Enrique y Guerrero Mateus, María Fernanda: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en *Cuadernos y Debates*, N° 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1989, pág. 156.

⁶⁵ Simitis, Spiros: "Datenschutz. Voraussetzung oder Ende der Kommunikation?", en *Europäische Rechtsdenken in Gesichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70 Geburtstag*, a cargo de N. Horn, C. H. Beck, München, 1982, págs. 513 y ss.; aludido por Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.* nota anterior, *idem*.

⁶⁶ En Hassemer, Winfried y Chirino Sánchez, Alfredo: *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Editores del Puerto, Bs. As., Rep. Arg., 1997, pág. 28.

⁶⁷ *Ibid.*, págs. 29/32.

anterior, percibimos una indisimulada coincidencia con los aciagos momentos vividos en nuestro país –Argentina– durante la última dictadura militar (1976-1983): el acopio de información por parte del Estado, la alegada seguridad nacional y, hoy, la imperiosa necesidad de abrir los archivos de los organismos de seguridad estatales para conocer la realidad acerca de la enorme cantidad de personas desaparecidas (los casos “Suárez Mason” y “Urteaga” de la Corte Nacional –ya comentados [ver nota 47]– dan cuenta de ello), para lo cual el hábeas data puede funcionar como medio para levantar la barrera que obstaculiza proporcionar tal información y, de ese modo, operativizar el derecho de autodeterminación informativa.

Finalizaremos este acápite poniendo de manifiesto –al solo fin ilustrativo y como muestra de cierta orientación jurisprudencial en el sentido del reconocimiento del derecho de autodeterminación informativa– la variación que ha sufrido la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que –de acuerdo con lo que asevera Cifuentes Muñoz⁶⁸– en un primer momento no dudó en acomodar conceptualmente al hábeas data dentro del ámbito del de-

recho a la intimidad (Sentencia T-414, del 16 de junio de 1992), y posteriormente, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082, del 1 de marzo de 1995, rectificó el anterior criterio y atribuyó al hábeas data una configuración autónoma y propia, señalando que el núcleo esencial del hábeas data estriba en la defensa del derecho a la “autodeterminación informática” (*sic*), en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está autorizada para permitir su conservación, uso y circulación.⁶⁹

V. Balance y otras consideraciones colaterales acerca de cuestiones conflictivas que rodean o se desprenden –*inter alia*– del hábeas data, del tratamiento automatizado de datos personales y del *e-commerce*

1. Más allá de los interrogantes y dudas planteados en las líneas anteriores, que no son sino inquietudes en voz alta, aplaudimos el proyecto que propugna la constitucionalización del hábeas data en el contexto jurídico de Bolivia.

Fundamentalmente, nos parece muy

⁶⁸ Cifuentes Muñoz, Eduardo; *op. cit.*, págs. 122 y 123.

⁶⁹ También ilustrativamente, valga recordar que la reciente reforma constitucional de la Provincia argentina de La Rioja (sancionada y promulgada en marzo de 2002) ha incluido un artículo especial referido al hábeas data (el 28 *bis*), consagrando en su parte pertinente que toda persona física o jurídica podrá interponer acción de hábeas data *para garantizar su derecho de autodeterminación informativa*. La literalización del derecho de autodeterminación informativa como bien jurídico protegible por el hábeas data nos parece una solución sumamente positiva y digna de seguimiento por otras normativas constitucionales provinciales que en el futuro se reformen.

saludable que se lo independice del "recurso" de amparo constitucional, pues aquel presenta peculiaridades morfológicas y fisonómicas propias que hacen que no le sean extrapolables indiscriminadamente las pautas regulatorias del amparo⁷⁰, no obstante que se proyecte hacerle extensivos los lineamientos de tramitación procedimental establecidos para éste.

2. Otra cuestión de interés que cabe presentar aquí es la concerniente a los denominados "datos sensibles", que –genéricamente– pueden ser conceptuados como los "datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual".⁷¹

Al respecto, nos parece necesario advertir que existen datos en apariencia inocuos o irrelevantes que, de modo súbito, se convierten en extremadamente sensibles mediante un sencillo

cambio del fin que se persiguiera al momento de su recolección.

Lo anterior pone de manifiesto –como expresa Orozco Pardo⁷²– que un dato es inocuo o sensible, no ya por su contenido, sino por el uso que de él se haga. Por tanto, preliminarmente, sólo indicaremos que el énfasis debe ser puesto en el *fin para el que se emplea la información colectada*⁷³, por lo que las garantías tuitivas del derecho de autodeterminación informativa deberían focalizar la utilización que de la información se haga –dirección hacia la que apuntan ciertas tendencias jurisprudenciales evidenciadas, *v.gr.*, en Alemania e Italia–, y no tanto la calificación apriorística de si un dato es sensible o no lo es.⁷⁴

En función de todo ello, creemos adquirirá relevancia superlativa la tarea judicial para desentrañar si en el caso concreto sobre el que debe el juez fallar, la información personal de que se trate –con prescindencia de si *a priori*

⁷⁰ Respecto del caso argentino, ver Bazán, Víctor, por ejemplo en: "El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo", *Revista de Derecho Procesal*, I, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, Rep. Arg., 2000, págs. 215/268.

⁷¹ Hemos utilizado como marco referencial la definición que al respecto proporciona la Ley argentina N° 25.326 (art. 2).

⁷² Orozco Pardo, Guillermo: "Consideraciones sobre los derechos de acceso y rectificación en el proyecto de Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *Informática y Derecho*, N° 5, UNED - Centro Reg. de Extremadura, Ed. Aranzadi, Mérida, España, 1994, pág. 222.

⁷³ Ello no implica desdeñar la existencia de datos *intrínsecamente* sensibles, sino de propiciar una visualización *dinámica* de la tutela que la información de carácter personal merece.

⁷⁴ Cftar. Pérez Luño, Antonio-Enrique: 'III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho', Coloquios, Mesa N° 2, en *Informática y Derecho*, N° 5, *loc. cit.* nota 72, pág. 364.

es o no sensible–, ha sido sometida a un empleo discriminatorio, perjudicial, descontextualizado, etc.

3. Una de las cuestiones que en el futuro seguramente se plantearán para su debate en Bolivia se centra en la reglamentación de los registros que presen servicios informatizados de datos personales o que brinden servicios de información crediticia⁷⁵, tópico que genera numerosas dificultades, posee aristas conflictivas y que –por caso– en Argentina ha generado un profuso despliegue jurisprudencial en gama de sentencias no siempre coincidentes.

El problema ha motivado un incipiente despliegue legislativo para regular sus alcances, efectos, categorización de datos cuyo tratamiento está permitido, etc., al modo como lo han concretado la señalada Ley chilena sobre Protección de la Vida Privada N° 19.628; la Ley argentina N° 25.326 y su reglamentación (arts. 25 y 26); la Ley peruana que regula las Centrales Privadas de Riesgo y de Protección al Titular de la Información (N° 27.489); y la reciente Ley mexicana para regular las sociedades de información crediticia,

publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 15 de enero de 2002.

Naturalmente que, en Europa, el movimiento normativo comenzó hace bastante tiempo. Así, pueden computarse –por caso–:⁷⁶

La Ley Alemana Federal de Protección de Datos (promulgada el 27 de enero de 1977), cuya parte tercera está consagrada al tratamiento de datos personales realizado por entidades no públicas y empresas regidas por el derecho público que participan en concursos públicos; en Francia, la Ley N° 78-17 (del 6 de enero de 1978) relativa a la informática, los ficheros y las libertades, no exige como regla general el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos personales, con lo cual, dicha actividad ejercida respecto de datos personales sobre solvencia patrimonial y crédito, sin consentimiento del afectado, puede tener lugar sin contravenir la señalada legislación (*vid.* arts. 2.2., 3, 25, 26, 29, 34, 37).

La *Datenschutzgesetz* austríaca del 18 de octubre de 1978 (modificada por la

⁷⁵ Sobre el tema ver, de Bazán, Víctor: “Hábeas data, registro de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales, y saneamiento del crédito: la copa medio llena o medio vacía”, *La Ley [Suplemento de Derecho Constitucional]*, Bs. As., Rep. Arg., 29/11/99, págs. 1/11; “El hábeas data y la situación procesal de los registros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales”, *Entre Abogados*, Año VII, N° 2 (acum. N° 16), Foro de Abogados, San Juan, Rep. Arg., 1999, págs. 145/160.

⁷⁶ Dejamos debida constancia que en el recorrido que por las normativas subconstitucionales europeas emprendemos en este tramo del trabajo, tomaremos como fuente –salvo en lo atinente a España, cuya referencia precisa se formula en la nota correspondiente [77]– a Davara Rodríguez, Miguel Ángel: *La protección de datos en Europa. Principios, derechos y procedimiento*, Jacaryan S.A., Madrid, España, 1998.

Decisión 609/1989 de la Corte Constitucional), respecto de la que puede decirse, a partir de la interpretación de su art. 17, que permite el tratamiento de datos sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, puesto que –como expone Davara Rodríguez– pueden tratarse datos personales cuando el contenido y el fin de tal actividad sean necesarios para los fines legales de la persona, por tanto, las organizaciones que se dedican profesionalmente a recoger datos personales los suelen vender, interpretándose generalmente que su actividad económica es el “fin legal” del tratamiento.

En Gran Bretaña, la ley data del 12 de julio de 1984, entrando en vigor en dos etapas (el 12 de setiembre de 1984 y el 11 de noviembre de 1987). Davara Rodríguez ha afirmado que en tal Estado las agencias que prestan servicios de información sobre crédito son instituciones que ocupan un lugar importante en la sociedad y juegan un papel de fundamental importancia en la concesión de créditos.

En Bélgica, la normativa sobre protección de datos personales es la Ley del 8 de diciembre de 1992, aunque los ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias no se encuentran regulados en tal normativa sino en la Ley de Crédito al Consumidor, del 12 de junio de 1991, par-

cialmente reformada por otra del 6 de julio de 1992.

En Italia, la Ley 675 del 31 de diciembre de 1996 permite el tratamiento de datos personales sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias sin consentimiento del afectado (arts. 12.1.‘b’; 12.1.‘f’ y 20); y en España, rige la mencionada Ley Orgánica N° 15/1999, que entrara en vigor el 14 de enero de 2000 y que se refiere a la problemática de mención en su art. 29, que ha introducido algunas variaciones en relación con la previsión que contenía la LORTAD en su art. 28.⁷⁷

4. Sin ánimo de agotar las cuestiones de interés que se desprenden directa o indirectamente de la problemática en tratamiento, cabe dedicar algunas breves líneas a la problemática de la protección de los datos personales de los trabajadores o de los postulantes a lograr algún empleo que acuden a las agencias de colocación de personal.

Al respecto, y sólo informativamente, consignamos que existe un repertorio de recomendaciones prácticas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, adoptado por una Comisión de expertos reunida en Ginebra del 1 al 7 de octubre de 1996. En torno del tema,

⁷⁷ Ver sobre el particular, Pérez Asinari, María Verónica: “La protección de datos de carácter personal en el reino de España. Aproximación a una ley de reciente vigencia”, *La Ley [Actualidad]*, Bs. As., Rep. Arg., 26/06/2001, pág. 2.

valga aludir al art. 5.10 de dichas recomendaciones que, como uno de los principios generales, establece que "el tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación"⁷⁸. También hacemos referencia al art. 13 *ibíd.* que dispone que cuando un trabajador recurra a los servicios de agencias de colocación para la contratación de trabajadores, debería exigir que éstas efectúen el tratamiento de los datos personales de conformidad con las disposiciones tuitivas que el repertorio sugiere.⁷⁹

5. Por otra parte, no deja de ser interesante mencionar brevemente la problemática cuestión de los trabajadores y el uso del correo electrónico en sus lugares de trabajo, que diera origen, por ejemplo en España, a una polémica jurisdiccional cuando el Tribunal Supremo acordó –en febrero de 2002– amparo legal a una medida interna del BBVA que prohíbe a sus funcionarios sindicalizados que reciban e-mails de los sindicatos a los que están afiliados, medida judicial que fue considerada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras como retrógrada, sin sustento jurídico consistente y que inviabiliza los derechos sindicales al prohibir a los trabajadores tener acceso a las nuevas tecnologías;

además de considerar que tal resolución tiene carácter ideológico y representa un retroceso en relación con las libertades públicas garantizadas constitucionalmente.

6. Asimismo, el debate sobre el derecho del empleador de controlar el uso del correo electrónico que le proveyó a su empleado y cómo ello incide en el contrato de trabajo y, más aún, en la privacidad. En un interesante trabajo, Galdós afirma que las soluciones al respecto son dispares, citando los casos de Francia, por un lado; y de EE.UU., el Reino Unido y España, por el otro.⁸⁰

Respecto de Francia, evoca el caso de Frédéric Omof contra "Société Nikon France S.A." (de 2001), en el que la Corte de Casación decidió que el empleador viola el secreto de correspondencia si accede unilateralmente a los mensajes personales recibidos o enviados por el trabajador, aunque media la prohibición de su uso particular, concluyendo la Corte que "el empleado tiene derecho, incluso en tiempo y lugar de trabajo, al respecto de la intimidad de su vida privada; que esto implica en particular el secreto de su correspondencia; que el empleador no puede desde entonces, sin violación de esta libertad fundamental, tomar cono-

⁷⁸ Vid. *Protección de los datos personales de los trabajadores*, OIT, Ginebra, Suiza, 1997, pág. 4.

⁷⁹ *Ibid.*, pág. 15.

⁸⁰ Galdós, Jorge Mario: "Correo electrónico, privacidad y daños", *Revista de Derecho de Daños*, Bs. As., Rep. Arg., 2001-3-157.

cimiento de los mensajes personales emitidos por el dependiente y recibidos por él gracias a una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo y esto mismo en caso que el empleador hubiera prohibido una utilización no profesional del ordenador”.⁸¹

Por la senda contraria, se presentan las *praxis* de EE.UU., el Reino Unido y España: así, en EE.UU., Galdós señala que 23 empleados del diario The New York Times fueron despedidos sin derecho a indemnización por utilizar el correo electrónico con fines inapropiados, llamándose a la orden a 500 marinos de Pennsylvania por enviar mensajes de contenido sexual. Asimismo, recalca que una encuesta reveló que en Nueva York el 80% de las empresas controla habitualmente el correo electrónico de sus empleados y sus conexiones a Internet, y en algunos como se los filma regularmente durante la jornada laboral, se incrementó ese control un 35% desde 1997.⁸²

En Inglaterra, indica el autor citado, la Ley de Regulación de Poderes de Investigación permite a los patrones británicos el “acceso rutinario” al correo electrónico y a las llamadas telefónicas de sus empleados, añadiendo que el consentimiento del trabajador ya no es necesario para realizar un “barrido de

los mensajes” que éste haya enviado utilizando los medios puestos a su disposición por la empresa. Por último, consigna que los requisitos para llevar a cabo estas inspecciones van desde la sospecha de conducta criminal a garantizar el cumplimiento de las normas de conducta internas.⁸³

En España, según Galdós, se verifica una abundante y prolífica jurisprudencia, cimentada en la permisividad de fiscalizar los correos de los empleados y provistos por el empleador, sin que ello vulnere su intimidad ni privacidad. Cita los casos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que decidió que navegar con frecuencia por sitios web de ocio en horario de trabajo y con el ordenador de la empresa puede ser motivo suficiente para despedir a un trabajador, dado que esa conducta vulnera las exigencias de buena fe en que debe desarrollarse la relación laboral y resulta incompatible con la estricta finalidad asignada a esa herramienta informática; también, el caso del “Deutsche Bank”, en el que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó una sentencia de un Juzgado de lo Social de Barcelona y resolvió que es viable el despido de un empleado de tal entidad bancaria que durante cinco semanas envió 140 correos electrónicos (de carácter sexista, humorístico y, en algu-

⁸¹ *Ídem*.

⁸² *Ídem*.

⁸³ *Ídem*.

nos casos, obscenos) ajenos a la actividad profesional de su empresa; además, la sentencia admitió que la empresa accediera al correo electrónico de su empleado con la finalidad de comprobar esas irregularidades, pues se configuraba (a entender del Tribunal) un "incumplimiento laboral del trabajador sancionado", ya que su actitud "supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto del trabajador al confeccionar y enviar los mensajes como de sus compañeros al recibirlos y leerlos". Por lo demás, el Tribunal justificó la necesidad de llevar a cabo una revisión del correo electrónico por parte de la empresa respecto de los empleados "a efectos de precisar la in cuestionable naturaleza de los mensajes judicialmente apreciados".⁸⁴

7. Asimismo, es importante internalizar la conflictividad de algunos aspectos de la movilidad transnacional de datos informatizados –a través de los flujos transfronterizos–.⁸⁵

Al respecto, y asumiendo la importancia de la cuestión, deberán tomarse los recaudos respectivos, por ejemplo, a través de la suscripción de convenios internacionales o bien, por medio de la propia ley interna regulatoria, debatiendo previamente acerca de si es conveniente instaurar como principio

general la prohibición de transferir datos personales de cualquier tipo al exterior, es decir, a países u organismos internacionales o supranacionales, que no brinden niveles de protección adecuados y similares a los vigentes en el Estado transmitente.

Ello, claro está, dejando a salvo algunas excepciones a tal eventual proscripción general. Concretamente, las mismas pueden versar –v.gr.– sobre materias de colaboración judicial internacional, intercambio de datos de carácter médico, transferencias bancarias o bursátiles, o cuando la transferencia tuviera por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.⁸⁶

Sobre el particular, los "Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales", adoptados por la Asamblea General de la ONU en su Resolución N° 45/95, de 14 de diciembre de 1990, establece (como el 9° Principio relativo a las garantías mínimas que deberían preverse en la legislación nacional) que, "[c]uando la legislación de dos o más países afectados por un flujo de datos a través de sus fronteras ofrezca garantías comparables de

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ Acerca de tal problemática, ver la obra de Estadella Yuste, Olga: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos - Generalitat de Catalunya, Madrid, España, 1995.

⁸⁶ Ello, al modo como lo consagra el art. 12 de la Ley argentina N° 25.326.

protección de la vida privada, la información debe poder circular tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos. Cuando no haya garantías comparables, no se podrán imponer limitaciones injustificadas a dicha circulación, y sólo en la medida en que así lo exija la protección de la vida privada”.

8. Para concluir este acápite, no excedernos en demasía de la extensión fijada para este trabajo, y dar paso a las apreciaciones finales, sólo enunciaremos otras facetas de la cuestión dignas de interés: a) La problemática de si es o no necesario el consentimiento del titular de los datos para la captación de la información y el análisis del concepto de “consentimiento informado”; b) la cuestión relativa a la protección de los derechos de los consumidores *on line* o electrónicos, examinando *–inter alia–* los temas del *spam*, es decir, el envío indiscriminado y no solicitado de mensajes publicitarios a través del correo electrónico, y del uso de *cookies*, concretamente en punto a si es o no conveniente la prohibición de tal uso sin autorización previa; etc.

VI. Observaciones Finales

1. Hemos dejado debida constancia de nuestro beneplácito por la probable

constitucionalización del hábeas data en el Derecho boliviano, dotándolo de un *status* independiente del amparo constitucional, es decir, quebrando la percepción que visualiza a ambas figuras en clave de coexistencia simbiótica.

A partir de la posición defendida por Harb⁸⁷, podría entenderse que hasta hoy el amparo cubre supletoriamente el ámbito de tutela que queda libre como consecuencia de la falta de positividad del hábeas data.

2. Sin ánimo de ser apocalípticos, sino con el propósito de intentar un matizador de humor que, paralelamente, condense la conflictividad del problema que abordamos, recreemos una anécdota (expuesta por Martín), que patentiza la potencialidad de la información, la que, descontextualizada o utilizada desviadamente de su trascendente esencia, puede ser destructiva.

Demos paso al relato: “En Inglaterra, a principios de siglo se pusieron de moda las bromas pesadas. Un notorio bromista envió telegramas a todos los obispos y diáconos de la Iglesia de Inglaterra que decían: «¡Lárgate, lo sabemos todo!». Diecisiete de ellos tomaron el primer barco para Francia”.⁸⁸

⁸⁷ Harb, Benjamín Miguel: “El Hábeas Data en Bolivia”, en *Derecho PUC*, *loc. cit.* nota 32, pág. 148.

⁸⁸ Martín, James: *La sociedad interconectada*, Madrid, España, 1980, pág. 271. La cita corresponde textualmente a Castells, José Manuel: “Aproximación a la problemática de la Informática y Administración Pública”, en *op. cit.* nota 62 de este trabajo [*Jornadas Internacionales sobre...*], pág. 28, nota 2.

3. De regreso del toque jocoso, creemos que, una vez incorporado constitucionalmente el hábeas data en Bolivia, se habrá dado el paso inicial; sin embargo, aún quedará mucho por pensar, debatir, moldear y desentrañar, tanto a la doctrina cuanto a la *praxis* jurisprudencial que se irá prefigurando en torno de esta figura, para delinear sus contornos definitivos.

Por de pronto, y hasta tanto se dicte la normativa de desarrollo constitucional, el hábeas data podrá ser igualmente articulado no siendo factible denegar su andamio por falta de *interpositio legislatoris*, dado que la norma constitucional en ciernes brinda las pautas básicas y mínimas, desde los ángulos sustancial y procesal, para asegurar –al menos primariamente– la motorización del “recurso”.

De cualquier modo, pensamos que en prospectiva resultará necesaria la mencionada normativa para colmar algunas lagunas y zanjar ciertos aspectos conflictivos de la problemática. Sobre el punto, y para una regulación integral del instituto del hábeas data y demás cuestiones vinculadas con éste, la normativa a implementar que intente captar la integralidad de la cuestión, no debería soslayar los siguientes extremos (enunciados ilustrativamente):

Que la recolección de datos personales sea efectuada por medios lícitos (li-

cidad de la captación, consentimiento del interesado, etc.).

Que la información recogida sea utilizada para el fin (lícito) con el que se recolectó (especificidad y justificación social de la recolección).

Que sea conservada durante el tiempo verdaderamente necesario para el cumplimiento de la finalidad para la que fue captada.

Que se adopten las medidas protectivas necesarias para evitar el acceso no autorizado, la modificación, la revelación o la destrucción (aun cuando accidental) de los datos personales⁸⁹ (seguridad de la información).

Que pueda identificarse fácilmente al titular de los archivos o bancos de datos, a fin de poder –potencialmente– asignarle responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, por su accionar lesivo, etc. (autoridad de aplicación, responsabilidad de los titulares de los registros, y demás cuestiones anunciadas en el presente trabajo).

4. Asimismo, entendemos de importancia que se asuma la conflictividad de algunas aristas de la movilidad transnacional de datos informatizados –a través de los flujos transfronterizos–, tomándose las respectivas prevenciones, por ejemplo, a través de la

⁸⁹ Cfr. Losano, Mario; en Losano, Mario, Pérez Luño, Antonio-Enrique y Guerrero Mateus, María Fernanda; *op. cit.* en nota 64 [*Libertad informática y ...*], pág. 67.

suscripción de convenios internacionales, o bien, de la propia ley interna regulatoria, debatiendo previamente acerca de si es conveniente instaurar como principio general (por supuesto, con las excepciones que normativamente se establezcan) la prohibición de transmitir datos personales al exterior, es decir, a países u organismos internacionales o supranacionales, que no brinden niveles de protección adecuados.

5. Juzgamos que el concepto preinformático de la *intimidad* deviene inoperante e inócua frente a la actual ebullición tecnológica. De cualquier modo, la obsolescencia conceptual no puede ser pretexto para catapultar la desprotección sustancial del derecho a que refiere el enunciado lingüístico.

No es irrelevante la posición de Frosini, cuando suministra su visión en relación con los derechos humanos en la era tecnológica, particularizando respecto del *right to privacy*, al que juzga no ya sólo como el derecho a la pro-

tección de la esfera personal de la intimidad, sino también como comprensivo de la posibilidad de disponer en forma libre del derecho a la propia imagen informática y, por ende, de conocer los datos personales que sean registrados y electrónicamente procesados por particulares o por la propia Administración.⁹⁰

Por su parte, el derecho a la autodeterminación informativa ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos,⁹¹ pues permite abandonar el concepto de intimidad como libertad negativa y avanzar hacia una fase *activa* del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado⁹² y posibilitándole el ejercicio del "control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad" –como expone Lucas Murillo de la Cueva–.⁹³

⁹⁰ Frosini, Vittorio: "Los derechos humanos en la era tecnológica", en el libro colectivo coordinado por Pérez Luño, Antonio-Enrique: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, España, 1996, pág. 94.

⁹¹ Ver para ampliar, Bazán, Víctor: "Sobre la cobertura tuitiva del hábeas data (especial referencia al derecho federal argentino)", *Revista del Foro*, N° 2, Año LXXXVI, Colegio de Abogados, Lima, Perú, 1998, págs. 143/151.

⁹² Tangencialmente, diremos con Cascajo Castro que la génesis de la LORTAD (hoy derogada) se sitúa en la tendencia al pasaje de "la delimitación conceptual del derecho a la intimidad desde la facultad de aislamiento al poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto" (Cascajo Castro, José Luis: "Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Edición de José María Sauca, 'I Seminario Internacional sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales', Instituto Universitario de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas', Universidad Carlos III - Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1994, pág. 365).

⁹³ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: *op. cit.* ["Informática y protección..."], págs. 32/33.

No se trata solamente del control de la información personal respecto de su divulgación a terceros, sino también, sobre el uso posterior de aquella una vez que ha sido facilitada, es decir, el derecho a "perseguir" los datos personales, a conocer el camino que seguirán para vigilar la utilización correcta y lícita de los mismos en relación con los fines para los que se obtuvieron.⁹⁴

Es que, como lo manifestara la reiteradamente aludida sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley del Censo de Población, "no serían compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él".

Paralelamente, aquel derecho autode-terminativo resulta útil como coadyuvante de la necesaria superación del preconcepto que indica que el binomio informática-intimidad está inextricablemente unido, pues aun cuando ambos elementos guarden conexión, tal visión termina por opacar el meollo del problema y conduce a una confusión entre el fenómeno y su premisa, desde que, por ejemplo, la lesión a la intimidad puede funcionar como antecedente

previo para el ulterior tratamiento ilegítimo de la información personal recogida. No habrá que perder de vista que existen datos sensibles que, aun cuando no íntimos, claman por protección jurídica.⁹⁵

Acertadamente, se ha postulado que la necesidad de establecer jurídicamente medidas de protección de los datos personales frente a la informatización, se debe no tanto al carácter privado que algunos de ellos puedan tener, sino a las múltiples posibilidades de elaboración e interrelación propias de la tecnología informática, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán en el señalado pronunciamiento, "un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ninguno 'sin interés'".⁹⁶

Como acertadamente afirma Herrán Ortiz, la vida privada, la propia imagen, la igualdad del ser humano, su libre desarrollo personal, y el pleno ejercicio de sus derechos constituyen bienes jurídicos personales cuya salvaguarda se debe procurar mediante el sistema de protección de datos. Así, sólo ocasionalmente esta última garantizará la intimidad del individuo enten-

⁹⁴ Cfr. Herrán Ortiz, Ana Isabel: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, España, 1999, págs. 91/92.

⁹⁵ Vid. Jiménez Escobar, R.; *loc. cit.* en nota 57 del presente trabajo.

⁹⁶ Autor y *op. cit.* en nota 63.

dida como ámbito esencial e interior del ser humano, y ello, por cuanto esa información trascendente del individuo no supera el ámbito interior de la persona.⁹⁷ Añade la autora citada que la realidad demuestra que lo verdaderamente tutelado a través del derecho de autodeterminación informativa son comportamientos, experiencias, conductas de la persona que la descubren ante los demás y que, sin calificarse de íntimos o secretos, el individuo no desea compartir, y menos aún, que queden registrados para un posterior tratamiento automatizado, dado que ello significaría tanto como despojarse de su identidad e individualidad ante los demás, peligrando incluso el libre desarrollo de su personalidad.⁹⁸

De allí que, para concluir este subpartado y extrapolando tales conceptos al caso que nos ocupa, no vemos incompatibilidad entre el derecho de autodeterminación informativa y los derechos fundamentales a que se refiere el proyectado art. 23 en su primer párrafo. Por el contrario, creemos que aquel recorre unitivamente la médula de los mismos brindándoles (en relación con el tratamiento de datos personales) suficiente cobertura tuitiva.

6. Para evitar la parcialización del enfoque que intentamos trasuntar, enten-

demos que el de la autodeterminación informativa es, en tanto derecho, relativo. El límite que se erige frente a su despliegue vivencial viene marcado por el innegable valor que asume la información como bien colectivo en el conjunto social. Asimismo, no debería soslayarse la necesidad de imponer un tratamiento democrático de la información, procurando conglobar los esfuerzos (públicos y privados) para lograr un sano equilibrio axiológico de los bienes en interacción.

En la dirección apuntada, y nutriéndonos de las enseñanzas de Pérez Luño, sería una necedad olvidar que el Estado de Derecho requiere para su adecuado funcionamiento de un conjunto de informaciones, pues la planificación económica, la prevención sanitaria, la política fiscal, la lucha contra las actividades delictivas, etc., serían impensables sin el soporte de un completo y eficaz aparato informático; sin embargo, de una obcecación no menor sería soslayar la importancia del establecimiento de límites que, sin impedir el acopio de información por parte del Estado, concomitantemente garanticen los derechos fundamentales de sus habitantes (Pérez Luño ciñe tal objetivo a la protección de los "ciudadanos"), configurando un *equilibrio de poderes y situaciones* que se torna indispensable para una sana perviven-

⁹⁷ Herrán Ortiz, Ana Isabel; *op. cit.*, pág. 367.

⁹⁸ *Ibid.*, págs. 367/368.

cia de la comunidad democrática.⁹⁹ tecnológico-informático.

7. Se ha señalado que el Derecho no sale indemne de su confrontación con la técnica.¹⁰⁰

En tal espacio de vinculación, el hábeas data se encarama como valioso instrumento preventivo o correctivo de las disfuncionalidades que de aquella pudieran originarse, particularmente, en el arco de tensiones derivables de la coexistencia de los derechos fundamentales y el vertiginoso desarrollo

Obviamente, habrá de tenerse presente que la premisa es (como lo sostuvo la "Comisión de Informática y Libertades" francesa) *dominar, y no paralizar la informática*. En todo caso, deberán canalizarse los esfuerzos para evitar que el avance técnico y científico se configure a cualquier costo, pues sería lamentable que la *evolución* tecnológica aparejara una consecuente *involución* cualitativa de la protección de los derechos fundamentales.

⁹⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique: "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", *op. cit.* en nota 92 [*Problemas actuales de los...*], pág. 322.

¹⁰⁰ Cifuentes Muñoz, Eduardo; *op. cit.*, pág. 117.