

LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL DERECHO PERSONALISMO DE LOS DATOS PERSONALES

SANTOS CUERVEN

I. LOS REGISTROS INFORMÁTICOS

Vale la pena insistir sobre el parqué de la actual preocupación en tutelar los datos personales, en una medida de los pensadores que todavía no arraiga en el legislador ni en la jurisprudencia de nuestro país, no obstante que esa tutela se ha aceptado en otros Estados y regiones, así como en convenciones, acuerdos y tratados. Quizá pueda decirse que la llamada "globalización" con sus polos regionales, que abarca no solamente el flujo y refugio de capitales, de intercambios financieros, transacciones y emprendimientos comerciales, las políticas económicas locales y macroeconómicas, sino también la transmisión de informaciones y de datos, muchos de los cuales son de las personas, sus cualidades y proyectos de vida y, desde ya, de sus patrimonios, demanda un aspecto del ser en el que se pone en verosimilitud la dignidad como valor sustancial y los derechos que de ella provienen¹. El bienvenido —por ser una herramienta del progreso en el conocimiento— *software*, es la muestra irrefutable de esa "globalización" de la noticia, al que seguramente seguirán otros sofisticados países también al servicio de la información. Vale decir que las informaciones y los datos se han vuelto, *esencialmente*, de todos y para todos, pero entonces debemos fortalecer dicha dignidad humana frente a la expansión informativa que está en condiciones de hacerse, hasta el extremo de poner a disposición de la persona toda clase de herramientas jurídicas, provisionales y

¹ Sobre este tema de la dignidad humana como valor que de fundamento a los derechos personales, me he expresado en "Derechos personales a los datos personales", I.A., 1997-1998, trabajo al que me remito.

razonables que prevengan y eviten, si es necesario, los perjuicios ocasionados en el uso de tales medios.

¿Por qué antes de la informática semejante reacción defensiva no había aparecido en los anales de los derechos en juego con la peregrinación y alarma de esta hora? Registros hubo desde hace tiempo en el mundo del papel, el cartón, la ficha y los libros. Errores y comunicaciones fuera de lugar también los hubo. Inscripciones antojadizas, peticiones, de datos íntimos y que hoy se llaman "mensajes", sin control especial salvo los ocultos resguardos que no trascendían, fueran de siempre y de todos los días. Los registros civiles, los prontuarios policiales, las historias clínicas, los libros de las dispensarias, sanatorios, morgues y neuropsiquiátricos, de las parroquias, de los registros de propiedad, los protocolos notariales, el ordenamiento de las entradas de las demandas en tribunales de primera y de segunda instancia, los archivos de los expedientes judiciales, las fichas crediticias y bancarias, guardaban los mismos datos que hoy nos alarma que estén en las memorias computarizadas, datos que a la postre se refieren a la persona en sus múltiples actos, estados, circunstancias y situaciones. Pese a eso en dichos archivos judiciales, en donde se guardaban y se guardan, desde la más abstracta información sumaria u objetiva acción ejecutiva, hasta los muy sensibles conflictos de familia, la investigación de los delitos contra las personas, etcétera, etcétera. Entonces... ¿por qué ahora y hace apenas pocos años no?

Esta pregunta permite hacer algún tipo de comparaciones. Así, antes de la fotografía, ese invento de finales del siglo XIX, nadie se preocupó por el antiguo especial de la imagen de la persona. Había dibujantes, retratistas, caricaturistas, hasta imprentas gráficas que bien podían manipular la imagen ajena y acciones que la imitaban y recreaban en el teatro. Fue necesaria esperar la peregrinidad de la impresión automática, rápida y fidelísima producida por la máquina fotográfica para que apareciera el "derecho a la imagen" y toda la discusión que en su entorno se produjo, desde la polémica sobre su naturaleza jurídica, derechos del fotógrafo y del fotografiado, hasta los medios de protección admisibles.

Lo mismo ocurrió con la vida privada. La difusa difusión masiva de los periódicos de noticias, pues en la rama de las abstracciones, de Bourdieu en adelante, la construcción del "right of privacy" o "derecho a la privacidad", que es nuestro "derecho a la intimidad", no obstante que vida privada siempre existió y la intrusión fue posible desde que el hombre es hombre. Naturalmente que esto después se hizo más que evidente con el cinefotógrafo, la radio y la televisión. Y aparece últimamente a la vez de aquellos dos derechos que pueden decirse, junto con el del honor, ya clásicos, el "derecho a la identidad", para tutelar a través de la acción del afectado, no sólo dichas manifestaciones de la persona, sino también la del perfil verídico, subjetivamente verídico, de la personalidad política, religiosa, profesional, filosófica, familiar, etcétera, de cada uno.

La informática con sus bases de datos abre un panorama y enseña una brecha que no es la de la imagen, la intimidad, la identidad. No sólo se trata de la transmisión masiva de aquellos datos, sino de la exterioridad por segunda en su recolección; la formación de un todo interrelacionado, en el sentido de que una persona puede estar virtualmente presentada al mundo la integridad de sus datos, que antes se anotaban dispersamente en desconectados registros distanciados por su interrelación entre el profigurar al ser humano al reunir de una sola vez sus testimonios, figuras y circunstancias personales y económicas, mostrándolo en forma instantánea aquí y en muchos lugares; abarcar los tres tiempos sin mayores problemas, es decir el pasado, el futuro presente y el posible futuro; perpetuar en todos los ámbitos con el apoyo de las computadoras datos verdicos y erróneos, crudos por la sola fantasía y reales. La creación de la realidad virtual de las personas y de los grupos, atendiendo a sus gustos, dolencias, inclinaciones, hábitos, puede ser devastadora, ciega, mandar y errónea, instrumento de un enajenamiento como antecedente de la esclavitud.

No voy a repetir todas las combinaciones y peligros que esas bases de datos pueden representar para las personas. Me remito a lecciones que otras publicaciones me han dado y en donde pueden encontrarse². Pero me parece de primera línea resaltar que científicamente y a medida que se avanza en la ciencia, surgen peligros que tienen aristas propias y que nos llevan a emplear a fondo nuestra imaginación para evitarlos, sin recurrir al simple e inútil propósito de tratar de suprimir esos avances, de evitarlos o de desmarcarlos en lo que realmente valen.

II. LA BASE DE DATOS PERSONAL, UN DERECHO PERSONALÍSIMO PROPIO Y NUEVO

La recordación que antecede acerca de la imagen, la intimidad e identidad, me pone en la necesidad de explicarlas.

Dentro de la bibliografía jurídica de los derechos que comúnmente se llaman de la personalidad o personalísimos, se ha dejado de hablar de

2. Parodiato, Carlos A., *Datos en la Actividad Judicial e Informática desde la Responsabilidad Profesional*, Ayres, Buenos Aires, 1998, págs. 267; Renda, Alejandro, "Responsabilidad extrajudicial por datos informáticos en los Juicios en Honor y a Jorge Bursamano Alvar", E.D., 199-206; Llerenas de Rada, María Eugenia, "La intimidad a la intimidad a través de la informática", J.A., 1999-B-111; Arnes de Glindberg, Gloria H., "Intimidad e la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación", E.C., Actividad, 28-31-1999, Boletín de la Academia, Ecuarte, Cuernavaca Actividad en Derechos Personales, Dando, Buenos Aires, 1997, págs. 129, 131 y otras; mis artículos en E.C., 1998-B-100 y 1997-B-122, entre muchos otros trabajos y ponencias.

un "derecho general de la personalidad", figura que era rara a la teoría alemana de la persona época de la Constitución de Alemania Federal de 1949², desde la cual habrían de desprenderse diversas facultades del individuo estrechamente vinculadas con su cuerpo y espíritu. Casi sin disidencias se consideren ahora los plurales derechos subjetivos privados personalísimos (dego de todos los "derechos humanos" que representan una generalización, dentro de la cual puede ubicarse la especie de los personalísimos), clasificados y enunciados no de un modo cerrado y taxativo, sino como manifestaciones de las personas que dan cabida a otras, a medida que se vayan presentando las condiciones de su reconocimiento³. Junto con Ricardo Sabatovich-Berkman pensamos que le ha llegado el turno a los datos personales⁴. Que se levante aquí un nuevo derecho dentro del área de la integridad espiritual, enunciado según aquí en el artículo 18 de la Constitución en cuanto protege a los escritos privados, y, por mi parte, como derecho no enunciado (art. 33) que deriva del valor dignidad.

Edna este derecho los caracteres de los personalísimos, por ser innato, inherente, necesario, esencial, privado, vitalicio, de objeto interior, relativamente disponible y autónomo. Este último aspecto de su estructura me lleva a diferenciarlo de los ya admitidos y que suelen estar muy cerca unos de otros en la esfera del espíritu.

Derecho innato porque desde el comienzo de la existencia y por el solo hecho de empezar a ser, los datos en nuestras sociedades gruparias se hacen presentes (tal el dato filialista, los resultados de los exámenes, historias clínicas durante el embarazo en las maternidades, las impresiones placentas, las inscripciones sanitarias y después las de los registros). Inherente porque por su ligazón con el individuo son elementos propios de la persona e intransmisibles por herencia. Necesario pues debido al carácter social del ser humano, que bien se ha dicho que es un ser existencial y coexistencial (Fernando Savater⁵), no pueden faltar esos datos desde el principio y en casi todas las etapas de su vida. Esencial y privado por su importancia y su raíz individual que sitúan principalmente al individuo, aun cuando estén en juego intereses públicos en muchos de ellos. Válido al transcurrir el conjunto durante la vida, aunque después de la muerte queden efectos de proyección (se ocurre

² Concepto que recibía incluso Lorenz, Karl, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1962, pág. 18, y *Derecho Civil, Parte General*, págs. 157, 224 y sigs.

³ Sobre la pluralidad de derechos de esta índole ver Fernando Savater, *Carles, Derecho a la Identidad Personal*, Auténtica, Buenos Aires, 1982, pag. 27.

⁴ Sabatovich-Berkman, R., op. cit., págs. 131 y sigs. y Ceballos, S., "Derecho...", cit., L.L., 1991-D-1232.

con el honor, la imagen, la identidad). De objeto *interior*, debido a que los datos, como la imagen, aunque se instalan afuera y se inscriben exteriormente, se relacionan con el sujeto y son sobre el sí mismo, no con carácter de alteridad con otros y frente a otros. *Relativamente* disponibles al no poder disponerse más que en ajustada medida y algunos aspectos de los datos, modificando al individuo sólo parcialmente su destino. Así por ejemplo errando o defendiendo de ciertas publicidades o admitiendo el dato erráneo sin protesta, por cuanto si sólo está afectado su interés sería necesaria parcial validación. No puede confundirse con el derecho a la imagen, por cuanto con ésta se protege la captación y difusión de la figura individual y sus manifestaciones representativas (limitada la voz). Los datos personales no sólo nuclea muchas otras manifestaciones que no son la imagen, sino que debe protegerse, además de la reserva, la exactitud frente al dato inexacto, captado y expandido intencional o erróneamente. En el fondo puede decirse metafóricamente que es una imagen diversificada, compleja y unitaria de la persona que encierra también lo íntimo y la identidad del sujeto. Se faculta al titular a impedir o no su difusión, y también a reclamar al reconocimiento por la publicación y comunicación no consentida, aunque fuera mera información privada y de persona a persona, especialmente la de los datos sensibles y que están en el área de la confidencialidad, haya o no veracidad en esos datos a desactivar la registración innecesaria no querida y, en ciertos casos, tiene que aceptar la inscripción en registros públicos (no públicos para la publicación en masa, pero sí públicos para la suposición del conocimiento a interesados directos), pero que no se altera la finalidad de su creación dañando a la persona, ni se publiquen fuera de lo que marca la ley; el bien de la imagen no puede ser agotado por el titular desde que lo tiene en sí y ante sí, mientras que los datos pueden estar archivados sin que aquél se entere y, entonces, debe poder acceder a la base para conocerlos y controlarlos.

La privacidad es el último aspecto de la protección frente a la informática. Hay datos no íntimos que deben ser protegidos. Puede también haber falencias en la base de datos y el amparo requiere que se corrija, que se anulen esas registraciones. La vida privada se contrapone con verdades propias que se quieren guardar frente a terceros. La base de datos puede tener verdades o mentiras y, en todo caso, más el derecho del titular, por ejemplo, si está guardado sin su consentimiento, son en registros públicos o privados. La intimidad no se activa si requiere que se lo haga, mientras que las bases de datos deben actualizarse para evitar que el pasado, ya sin efecto frente a la actual personalidad del sujeto, reviva y se convierta en un presente hecho actual dañino o bien engañoso. Hay poca distancia entre estos dos derechos, por cuanto captan diferentes facetas personales.

En lo que hace al derecho a la identidad, éste se presenta frente a la tergiversación, la falsedad y la desnaturalización. La publicación de la iden-

tual real se lesiona ese derecho, a diferencia de la difusión de la imagen no consentida que ofrece aunque sea la verdadera y real imagen de la persona. Los datos pueden ser ciertos, pero como la imagen y la privacidad, deben poder tutelarse muchas veces por la incorpación a ilegítima difusión, especialmente de los que son veritables. Si hay datos que ya no deben estar en la base, que se les cancela y se impide toda comunicación al exterior.

La confirmación, para, de los elementos que caracterizan los datos personales no tiene similitudes con cualquiera de esos otros derechos personalísimos. Y tampoco son iguales las defensas y resacas. No se sirve lo dicho acerca de que la base de datos puede implicar no sólo el aspecto de la persona, sino la personalidad unitaria, íntegra y virtual, dado que hasta el entrecruzamiento del conjunto de datos de una persona para construir lo que es, sea por sus negocios, familia, salud y propensiones individuales y sociales.

Finalmente, si la Constitución en el artículo 43 ha creado la defensa personal de hábeas data, es porque en la sustancia de lo amparado se vislumbra un derecho del individuo que merece a considerarlo en especial. El hábeas corpus ampara la libertad corporal; el hábeas data los datos personales como entidad específica que se quiere particularmente, y lejos de todo sospecho, resguardar. En el traslado de lo adjetivo de la norma, aparece la sustancia de un derecho nuevo, hoy universalmente considerado como digno de tutela.

III. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA NUEVA FIGURA

Si se admite que en la estructura íntima del hábeas data se perfila con sus elementos la estructura de un ser protegible, formando parte de los derechos personalísimos no expresamente enunciados pero que se fundamentan en el valor de la dignidad humana, y se comprende que no es posible confundir esa entidad sustancial con las otras ya consagradas por la teoría, primero, la práctica después y la norma finalmente, habrá que sostener que no sólo el amparo del hábeas data, medida procesal limitada y cerrada por pautas muy estrechas, es una legítima para salir en defensa de los datos de la persona. Ese arte jurídico ligado a ella originariamente desde que la representación en su medio virtual, puede confundirse con el manejo y almacenamiento de la más extraíble del ser mismo, por lo que debe gozar el titular de todos los medios de defensa y resaca posterior, a la par de los otros derechos subjetivos personalísimos.

En este sentido ha de abrirse el abanico de los medios procesales y sustanciales, ya sea a través del acotado hábeas data o de otras medidas precautorias que anuncian un juicio de conocimiento posterior, pudiendo acceder a los asientos de cose o obtención, a las exhibiciones comarcal, y

bien a las acciones resarcitarias correspondientes cuando se ha producido el daño.

Así, pongo por caso, que si la jurisprudencia rechaza el amparo específico del *habeas data* frente a la difusión de datos patrimoniales u administrativos que, con verdadero afán de lucro, una persona vende y por medio de tal comercio produce daños de cualquier tipo o cuantías, la acción pertinente debe estar abierta adjetivamente, más allá del artículo 43 de la Constitución y de la interpretación reticente de la jurisprudencia, tal como hasta la fecha se ha dado respecto del *habeas data*.

Debe pensarse legítimamente que con los datos personales se preserva toda la gama de medidas tutelares, como las que se tienen con el honor, la imagen, la intimidad y la identidad. Pero respecto de aquellos, si se han cumplido las exigencias que la Constitución impone, según, repito, esa interpretación reticente que personalmente no comparto⁶, hay que convenir que se agrega un medio nuevo de defensa y protección sustentada en el artículo 43 de la Constitución.

El artículo 43 agrega, no suprime. El artículo 43 es una medida rápida y expeditiva que no inhibe al interplegado para proponer que se tornen otras de diferente factura pero que son consuesas a los derechos personales⁷, haciendo que se comprueben los elementos esenciales de las responsabilidades respecto del resarcimiento. Dado que se trata de una actividad riesgosa, establecida la relación de causalidad, el factor de atribución es objetivo, aplicándose el artículo 1113 del Código Civil⁸. El dato puede ser material, o también y principalmente moral, al tratarse de un derecho extrapatrimonial. Para el caso y abstención se impone la prueba de la acción perturbadora del tercero y su negativa a restituir el derecho violado; para la inhibición, las serias amenazas y la próxima consumación del daño. Incluso sería del caso admitir las medidas cautelares que se adelantan a una acción repulsora, y hasta las incoativas o antisubstitutivas si se cumplen las condiciones de estas medidas preventivas.

Desde luego que el afectado es el que elige al camino a seguir para la defensa de su derecho, defensa de la que no deviene la publicidad de la

⁶ Fallos de interpretación restrictiva que han rechazado el *habeas data*: CNCon, Sala II, 10-V-1996, J.A., 1997-1-28, con nota de Palazzi; Fallo A., "El *habeas data* y el derecho al olvido", *id.*, Sala II, 28-XI-1995, J.A., 1997-1-12; CNCon, Sala II, 8-IX-1996, S.D., 179-66, con nota de Larrosa; Javier Armandi y Trullas, *Adriano Dardel*, "El derecho a la exactitud de la información y el olvido", CNCon, Sala A, 8-IX-1997, S.D., 174-660; CNCon, Sala II, 4-VII-1997, L.L., 1997-P-773; CNCon, Sala A, 8-IX-1997, L.L., 1998-P-3.

⁷ *Paradiso, C. A.*, op. cit., pag. 201; *Borda, A.*, op. cit., pag. 300; *Agüero, Mario H.* - *Boragina, Juan C.* - *Morea, Jorge A.*, "Responsabilidades civil por daños causados por el procesamiento de datos personales", J.A., 1997-1-678; *Gianfilloy, Mario C.*, "Responsabilidad civil congenera de la información", L.L., 1987-D-1188; *Baglini, Gabriel A.* - *Baglini, Rosana M.*, "Responsabilidad civil por daños derivados de la información", L.L., 1987-E-195.

sentencia, por analogía con el artículo 1071, bis del Código Civil, según sea pertinente para una verdadera reposición del derecho violado.

Por otra parte este reconocimiento del derecho personalísimo a los datos personales, a medida que se avanza en la interconexión, se va captando como una realidad indispensable. Debemos, pues, los estadosos del Derecho avizorar de qué manera vamos a proveerlos del avasallamiento. Y no parece desacertado poner el centro de la cuestión en la admisión de una figura protectoral que levante las barreras de la incompreensión presente, sobre todo estimando que el derecho de datos está centrado en la protección de las víctimas. Si hemos transcurrido las concepciones preferenciales del mundo de la patrimonial al mundo de la personal como meta del orden jurídico, he aquí un nuevo hito en ese entramado de preocupaciones actuales y venideras.

El Estado, por otra parte, debe actuar efectivamente. No sólo, en nuestro caso, está retrasando en la reglamentación del artículo 40 de la Constitución, lo que se de superar se haga con amplitud de miras y no solamente atendiendo a intereses particulares y aisladas posiciones burocráticas, sino que debería pensarse en poner límites o por lo menos reglas a las entidades que aglutinan y manejan los datos públicos y privados, haciendo de ese manejo un comercio poligremioso y avasallador. Se ha pensado, y acompaña la idea, que debería haber un registro de bancos de datos, donde tendrían que inscribirse aquellas entidades públicas y privadas que almacenan datos personales de toda índole, como si se tratara de un banco de datos de los bancos de datos, con el fin de que las personas tengan un medio seguro de conocer en dónde y de qué modo están almacenados sus registros, impidiendo que la gran dispensación de ellos dificulte la defensa de los derechos en el control y rescate de las que nos concierne⁴. Quizá la imagen de las novelas 1984 de Orwell y de Un Mundo Feliz de Aldous Huxley, entre otras expresiones literarias de la posible opresión de los que ejercen el poder sobre los humanos, nos muestran la necesidad de instrumentar medios de tal índole. Sería un modo de proteger la igualdad, pues se advierte una gran disparidad de situaciones entre los que poseen o tienen acceso al poder informático y los que se hallan marginados de su disfrute⁵.

En suma y conclusión, aun forzando la estructura clásica de las figuras conciliales, viene a ser legítima arribar a metas de clara naturaleza protectoral de este devalúdo ser humano individual de la hora actual.

⁴ Rodríguez-Brizuela, R., op. cit., pág. 176.

⁵ Piero Gleijeses, Antonio E., "Las generaciones de los derechos humanos", en "Diálogo con la proporcionalidad", *Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*, año I, no. 1, Centro Jurídico, Mar del Plata, 1989, Perú, pag. 176.