

LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL DERECHO PERSONALÍSIMO DE LOS DATOS PERSONALES

SANTOS CIFUENTES

I. LOS REGISTROS INFORMÁTICOS

Vale la pena insistir sobre el porqué de la actual preocupación en tutelar los datos personales, en una cruzada de los pensadores que todavía no arraiga en el legislador ni en la jurisprudencia de nuestro país, no obstante que esa tutela es *lex receptum* 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 reflujo de capitales, de intercambios financieros, transferencias y emprendimientos comerciales, las políticas económicas fiscales y mercantiles, 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, desnuda un aspecto del ser en el que se pone en veremos la dignidad como valor sustancial y los derechos que de ella provienen¹. El bienvenido —por ser una herramienta del progreso en el conocimiento— *internet*, es la muestra irrecusable de esa "globalización" de la noticia, al que seguramente seguirán otros adelantos puestos también al servicio de la información. Vale decir que las informaciones y los datos se han vuelto, enhorabuena, de todos y para todos, pero entonces debemos fortalecer dicha dignidad humana frente a la expansión informativa que está en condiciones de jaquearla, hasta el extremo de poner a disposición de la persona toda clase de herramientas jurídicas, procesales y

¹ Sobre este tema de la dignidad humana como valor que da fundamento a los derechos personalísimos, me he expresado en "Derecho personalísimo a los datos personales", I.-L., 1997-D-1323, trabajo al que me remito.

sustanciales que prevengan y restañen, 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 peripatética 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, perniciosas, de datos íntimos y que hoy se llaman "sensibles", sin control especial salvo los comunes resguardos que no trascendían, fueron de siempre y de todos los días. Los registros civiles, los prontuarios policiales, las historias clínicas, los libros de los dispensarios, 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. Piénsese 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 amparo especial de la imagen de la persona. Había dibujantes, retratistas, caricaturistas, hasta imprenteros gráficos que bien podían manipular la imagen ajena y actores que la imitaban y recreaban en el teatro. Fue necesario captar la peligrosidad 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 diaria difusión masiva de los periódicos de noticias, puso en la mesa de las elucubraciones, de Brandeis en adelante, la construcción del "*right of privacy*" o "*derecho a la riservatezza*", 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 cinematógrafo, la radio y la televisión. Y aparece últimamente a la vera 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 ensancha 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 celeridad por segundos en su recolección; la formación de un todo interrelacionado, en el sentido de que una persona puede estar virtualmente presentada al unirse la integridad de sus datos, que antes se asentaban dispersamente en inconectados registros distanciados por su incomunicación entre sí; prefigurar al ser humano al reunir de una sola vez sus sentimientos, figura 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 fugaz presente y el posible futuro; perpetuar en todos los ámbitos con el silencio de las computadoras datos verídicos y erróneos, creados por la sola fantasía y reales. La creación de la realidad virtual de los hombres y de los grupos, atendiendo a sus gastos, dolencias, inclinaciones, hábitos, puede ser devastadora, cierta, mendaz y errónea, instrumento de un sojuzgamiento como anteceso 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 nos han dado y en donde pueden encontrarse². Pero me parece de primera línea resaltar que cíclicamente 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 enfrentarlos, sin recurrir al simple e inútil propósito de tratar de suprimir esos avances, de evitarlos o de desamerecerlos en lo que realmente valen.

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

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

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

² Pasciada, Carlos A., *Datos en la Actividad Judicial e Informática desde la Responsabilidad Profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 257; Borda, Alejandro, "Responsabilidad extracontractual por datos informáticos en las Jornadas en Homenaje a Jorge Bustamante Alaña", *J.D.*, 139-936; Llaveros de Hank, María Eugenia, "La intrusión a la intimidad a través de la informática", *J.A.*, 1989-II-916; Aron de Glilberg, Gloria H., "Intrusión a la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación", *J.L.*, Actualidad, 23-KI-1998; Rabicovich-Berkman, Ricardo, *Cuestiones Actuales en Derechos Personalísimos*, Dunken, Buenos Aires, 1997, págs. 135, 163 y otros; mis artículos en *J.L.*, 1995-E-293 y 1997-E-1323, entre muchos otros trabajos y ponencias.

un "derecho general de la personalidad", figura que era cara a la teoría alemana de la primera época de la Constitución de Alemania Federal de 1949³, desde la cual habrían de desgajarse diversas facultades del individuo estrechamente vinculadas con su cuerpo y espíritu. Casi sin disidencias se consideran ahora los plurales derechos subjetivos privados personalísimos (dejo de lado 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 reconocimiento⁴. Junto con Ricardo Rabinovich-Berkman pensamos que le ha llegado el turno a los datos personales⁵. Que se levanta aquí un nuevo derecho dentro del área de la integridad espiritual, enraizado 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.

Reúne este derecho los caracteres de los personalísimos, por ser innato, inherente, necesario, esencial, privado, vitalicio, de objeto interior, relativamente dispensable 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 gregarias se hacen presentes (así el dato filiatorio, los resultados de las ecografías, historias clínicas durante el embarazo en las maternidades, las impresiones plantares, las inscripciones sanatoriales 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 ente existencial y coexistencial (Fernández Sessarego), 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 atañen principalmente al individuo, aun cuando estén en juego intereses públicos en muchos de ellos. **Vitalicio** al transcurrir el conjunto durante la vida, aunque después de la muerte queden efectos de proyección (eso ocurre

³ Concepto que enseñaba incluso Larenz, Karl, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1963, pág. 14, y *Derecho Civil. Parte General*, págs. 157, 274 y sigs.

⁴ Sobre la pluralidad de derechos de esta índole ver Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Astres, Buenos Aires, 1992, pág. 27.

⁵ Rabinovich-Berkman, R., op. cit., págs. 135 y sigs. y Cárdenas, S., "Derecho...". cit., t. I., 1997-D-1323.

con el honor, la imagen, la identidad). De *objeto inferior*, debido a que los datos, como la imagen, aunque se instalen afuera y se inscriban externamente, 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 el individuo sólo parcialmente su destino. Así por ejemplo renunciando a defenderse de ciertas publicidades o admitiendo el dato erróneo sin protesta, por cuanto si sólo está afectado su interés sería renuncia parcial válida. No puede confundirse con el derecho a la imagen, por cuanto con éste se protege la captación y difusión de la figura individual y sus manifestaciones representativas (incluida la voz). Los datos personales no solo 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 el resarcimiento 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 lo específicos del conocimiento a interesados directos), pero que no se altere la finalidad de su creación dañando a la persona, ni se publiquen fuera de lo que marca la ley; si bien de la imagen no puede ser ignorado 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 no es el único aspecto de la protección frente a la informática. Hay datos no íntimos que deben ser protegidos. Puede también haber falsedad en la base de datos y el amparo requiere que se corrijan, que se saneen esas registraciones. La vida privada se construye con verdades propias que se quieren guardar frente a terceros. La base de datos puede tener verdades o mentiras y, en todo caso, nace el derecho del titular, por ejemplo, si están guardados sin su consentimiento, sea en registros públicos o privados. La intimidad no se actualiza ni 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 presunto hecho actual dañoso o bien engañoso. Hay pues 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-

tividad real no lesiona ese derecho, a diferencia de la difusión de la imagen no consentida que ofende 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 inconsulta e ilegítima difusión, especialmente de los que son sensibles. Si hay datos que ya no deben estar en la base, que se los cancele y se impida toda comunicación al exterior.

La conformación, pues, 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 reclamos. No se olvide 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 basta el entrecruzamiento del conjunto de datos de una persona para construir lo que es, sea por sus negocios, familia, salud y proyecciones individuales y sociales.

Finalmente, si la Constitución en el artículo 43 ha creado la defensa procesal de *hábeas data*, es porque en la sustancia de lo amparado se avizora un derecho del individuo que mueve 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 toda mezcla, resguardar. En el trasfondo 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 entretela íntima del *hábeas data* se perfigura 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 cercada por pautas muy estrechas, es arma legítima para salir en defensa de los datos de la persona. Ese ente jurídico ligado a ella encarnadamente desde que la representa en su matriz virtual, puede ofenderse con el manejo y almacenamiento de lo más entrañable del ser mismo, por lo que debe gozar el titular de todos los medios de defensa y sanción 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 acudirse a las acciones de cese o abstención, a las inhibitorias comunes, y

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

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

Debe pensarse legítimamente que con los datos personales se proyecta toda la gama de medidas tutelares, como las que se tienen con el honor, la imagen, la intimidad y la identidad. Pero respecto de aquéllos, si se han cumplido las exigencias que la Constitución impone, según, repito, esa interpretación retaceante que personalmente no acompaño⁶, hay que convenir que se agrega un medio nuevo de defensa y protección sustentado 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 interesado para proponer que se tomen otras de diferente factura pero que son comunes a los derechos personalísimos, bastando que se comprueben los elementos comunes 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 Civil⁷. El daño puede ser material, o también y principalmente moral, al tratarse de un derecho extrapatrimonial. Para el cese y abstención se impone la prueba de la acción perturbadora del tercero y su negativa a restaurar el derecho violado; para la inhibición, las serias amenazas y la próxima consumación del daño. Inclusive sería del caso admitir las medidas cautelares que se adelantan a una acción reparadora, y hasta las innovativas o autosatisfactivas si se cumplen las condiciones de estos remedios preventivos.

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

⁶ Fallos de interpretación restrictiva que han rechazado el hábeas data: CNCiv., Sala O, 10-V-1996, J.A., 1997-I-26, con nota de Palazzi, Pablo A., "El hábeas data y el derecho al olvido", *id.*, Sala M, 28-XI-1995, J.A., 1997-I-42; CNCiv., Sala C, 6-IX-1996, E.D., 173-88, con nota de Lorenz, Javier Armando - Truffet, Edgardo Daniel, "El derecho a la exactitud de la información y el crédito", CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, E.D., 174-680; CNCiv., Sala B, 4-VII-1997, L.L., 1997-F-777; CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, L.L., 1998-B-3.

⁷ Parellada, C. A., *op. cit.*, pág. 257; Barla, A., *op. cit.*, pág. 326; Aguiar, Marta M. - Beragino, Juan C. - Noza, Jorge A., "Responsabilidad civil por daños causados por el procesamiento electrónico de datos personales", J.A., 1991-I-878; Gianfelice, Mario C., "Responsabilidad civil emergente de la informática", L.L., 1987-D-1188; Stigitz, Gabriel A. - Stigitz, Rosana M., "Responsabilidad civil por daños derivados de la informática", L.L., 1987-K-186.

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 intercomunicación, se va captando como una realidad indispensable. Debemos, pues, los estudiosos del Derecho avizorar de qué manera vamos a precavernos del avasallamiento. Y no parece desacertado poner el centro de la cuestión en la admisión de una figura proteccional que levante las barreras de la incompreensión presente, sobre todo estimando que el derecho de daños está centrado en la protección de las víctimas. Si hemos trasvasado las concepciones preferenciales del mundo de lo patrimonial al mundo de lo 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 retrasado en la reglamentación del artículo 43 de la Constitución, lo que es de esperar se haga con amplitud de miras y no solamente atendiendo a intereses particulares y áridas posiciones lucra-