

PRIVACIDAD E INTIMIDAD, GARANTIDAS POR LA ACCION DE CLASE

PRIVACY AND INTIMACY GUARANTEED BY THE ACTION OF CLASS

Por Ricardo S. Bianciotti^(*)

Resumen: El trabajo analiza la operatividad del artículo 43 de la Constitución Nacional, garantizando la privacidad e intimidad de los habitantes de la Nación Argentina, por medio de la Acción de Clase en el caso Halabi, sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con su efecto expansivo de alcance general. La victoria de la Privacidad sobre la seguridad y el orden público pretendidas por el Estado relacionadas con la declaración de inconstitucionalidad de la ley espía N° 25873, que dispuso la intervención general de todas las comunicaciones telefónicas y correos electrónicos por Internet, grabándolos por 10 años, violando el derecho a la intimidad cuando los datos podían ser usados por la SIDE para una finalidad distinta de la perseguida por el legislador y sin control judicial, garantizado por los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional y por los Tratados internacionales con rango constitucional, imponiéndole límites al poder del Estado y rescatando la libertad como valor constitucional.

Palabras clave: Acción de clase - Privacidad - Ley nacional de telecomunicaciones 25873 - Intervención de líneas de teléfono por la SIDE - Límites al poder del Estado Nacional.

Abstract: The work analyzes the operability of Article 43 of the National Constitution, guaranteeing the privacy and intimacy of the inhabitants of Argentina, by means of the Class Action, pursuant to Case Halabi and sentence of the Supreme Court of Justice of the Nation with expansive effect of general scope. The victory of the privacy over the safety and the public order invoked by the State, was result of the declaration of unconstitutionality of the spy law N° 25873, which provided the general intervention of all the telephonic communications and e-mails for Internet, recording them for 10 years, violating the right to the intimacy, allowing the information be used by the SIDE for a purpose other than the intended by the legislator, without judicial control guaranteed by the articles 18 and 19 of National Constitution and international treaties with constitutional status. The judgement imposed limits on state power and restored the freedom as a constitutional value.

Key words: Class Action - Privacy - National law of telecommunications 25873 - Intervention of lines of telephone for the SIDE - Limits to the power of the National State.

^(*) Abogado. Especialista en Derecho Procesal, con mención en Derecho Procesal Civil. Profesor Categoría CONEAU de Docente Investigador: III. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Juez de Concursos y Sociedades N° 5 del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail de contacto: rsbianciotti@hotmail.com

1. Introducción

El amparo interpuesto por el abogado Ernesto C. Halabi cuestionando la constitucionalidad de la ley 25873 (1) y su decreto reglamentario (2), de la comúnmente denominada “ley espía”, que autorizó la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, al entender que eran violatorias de las garantías de los art. 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional, fue resuelto a su favor en Primera Instancia Federal en lo Cont. Adm. (3) y confirmado en Segunda Instancia por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (4), la cual dispuso su inconstitucionalidad, estableciendo, además, los efectos de alcance general (*erga omnes*) de su decisión en beneficio de

(1) Ley N° 25873 (Boletín Oficial del 09.02.04) introdujo una modificación relevante en el texto de la ley N° 19798 que regula las telecomunicaciones. Su art. 2°, resolvió incorporar como art. 45 ter de la norma reformada, el siguiente: “Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información requerida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años”. A su vez, el art. 1°, incorporado como art. 45 bis de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, impuso, a los prestadores de tales servicios, la obligación de instrumentar los recursos y medios humanos y técnicos que permitieran captar y derivar las comunicaciones transmitidas para su observación a pedido de los jueces o fiscales. Asimismo, el Poder Ejecutivo debía reglamentar los aspectos operativos, tecnológicos y de seguridad que les correspondía implementar a los prestadores para dar cumplimiento a la ley.

(2) Decreto N° 1563/04 del 08.11.04. Estaba dirigido a contemplar las formas de cumplimiento de la ley por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, asignando la obligación de instrumentar los medios que permitan conocer a los usuarios y sus condiciones personales, la hora de inicio de una comunicación y su lapso, y la individualización con iguales alcances de su destinatario. Asimismo, las comunicaciones debían ser codificadas, y en caso de ser interceptadas, se procedería a su decodificación mediante procedimientos fijados por la autoridad (art. 2°, inc. J-8). El órgano estatal encargado de ejecutar las interceptaciones dispuestas por el juez o fiscal, era la Dirección de Observaciones Judiciales dependiente de la Secretaría de Inteligencia de la Nación (SIDE). Con motivo de su sanción, la norma fue objeto de diversas críticas, entre otras la de Lisando E. NOVILE en Nuevas formas de intromisión en la vida privada en ADLA 2005-C, 3589; porque se vulneraba el derecho de privacidad e intimidad de las personas en sus comunicaciones telefónicas y por vía de Internet. Ello motivó que la aplicación de la ley fuera suspendida por el decreto N° 357/2005 (B.O. 25.04.05) no derogando el decreto anterior, razón por la cual el Poder Ejecutivo cuando estimara necesario podía tornar operativa a la ley derogando la suspensión.

(3) Resuelto por la Juez Dra. Liliana Heiland, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 el 14.06.05, hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surge que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad -por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos- que no fueron consideradas en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dictar el decreto 1563/04.

(4) Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, integrada por los Vocales Dres. María Inés Garzón de Conte Grand, Marta Herrera y Jorge Argento. “Aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido “por tiempo indeterminado” mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido “expulsado del plexo normativo vigente”. En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En cuanto a la viabilidad de la acción de amparo, sostuvo que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos invocados, además de que la cuestión no requería una mayor amplitud de debate o prueba por resultar “prácticamente” de puro derecho. Respecto del fondo del asunto, hizo suyos los argumentos desarrollados por la jueza de grado a los que, con citas de jurisprudencia nacional y extranjera, añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que éstos debían primar (en situaciones como la que presenta el sub lite) más allá de que el objetivo general de las normas impugnadas hubiera sido el

todos los usuarios de telefonía o Internet que podrían haber visto intervenidas sus comunicaciones en virtud de la norma cuestionada, aun cuando no hubieren participado en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante el recurso interpuesto por el Estado Nacional desafiando específicamente los efectos *erga omnes* de la sentencia, confirmó lo decidido por la Cámara (5); contra las disposiciones de ésta ley que con disimulo escuchaba y grababa todas nuestras comunicaciones telefónicas y nuestros correos electrónicos por Internet, y que autorizaba la intervención de nuestras comunicaciones; por entender que las mismas son violatorias de las garantías constitucionales establecidas en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental, pronunciándose sobre una distinta forma (acción de clase) de protección de las libertades fundamentales (6).

La Corte en “Halabi” consagra de esta manera las acciones de clase y establece pautas, parámetros y lineamientos que los tribunales inferiores habrán de merituar en el futuro.

Se trata de cuestiones de índole sustancial, ya que se define el alcance y los límites que el Estado puede imponer al ejercicio de estos derechos, la relación entre los mismos y otros bienes jurídicos; como así también aspectos de derecho procesal constitucional.

Se reitera, la sentencia confirma las decisiones de Primera y de Segunda Instancia las que ya habían hecho lugar a los argumentos del amparista declarado inconstitucional la normativa vigente, aspecto que el Estado Nacional no cuestiona en su recurso extraordinario, el que se centra en la legitimación del accionante y los efectos *erga omnes* de la sentencia. Es precisamente en esta materia en la que la CSJN se explaya, dando así lugar a la incorporación de la nueva herramienta procesal a nuestro derecho positivo (7).

En rigor, bajo el pretexto de ser un instrumento necesario para investigar la comisión de ciertos delitos como el lavado de dinero, el tránsito y comercialización de estupefacientes y los secuestros de personas, la norma colocaba, elípticamente, a disposición de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo el conocimiento de los contenidos de las comunicaciones telefónicas, o Internet, efectuadas por todos los usuarios, aunque no llegaran a estar involucrados en aquellos hechos delictivos. Una cosa es registrar a los emisores y destinatarios de las comunicaciones, que de por sí configura una lesión al derecho a la vida privada, y otra mucho más grave es permitir el funcionamiento de un sistema mediante el cual se pueden registrar los contenidos de tales comunicaciones y conservarlas durante diez años (8).

2. Operatividad del artículo 43 de la Constitución Nacional

El artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina, fue sancionado con carácter operativo, como una modalidad del amparo, con un procedimiento sumario y rápido; ello en consonancia con el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de

de “combatir el flagelo de la delincuencia”. Subrayó que “en nada cambia la conclusión a la que se arriba que la ley establezca (en su art. 3°) la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los eventuales perjuicios que se derivaren para terceros”. Por lo demás, estimó que la legitimación del actor “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2° párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional” por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio”.

(5) El voto de la mayoría reproduce casi textualmente, sin citar, los considerandos 8vo. a 12do. de la disidencia del Ministro Lorenzetti in re: Mujeres por la Vida —Asociación sin fines de lucro— filial Córdoba c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Amparo del 31.10.06, Fallos 329:4593.

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, (C.S.J.N.) in re: Halabi, Ernesto c. P.E..N. Ley 25.873, Dto. 1563/04, en La Ley del 02.03.09, mayoría integrada por los Dres.: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni; y disidencias parciales con matices, en similar sentido de la mayoría por los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay.

(7) SABSAY, DANIEL ALBERTO, “El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’”, en La ley 2009-B, 401.

(8) BADENI, GREGORIO. “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos”, en La Ley 2009-B, 255.

San José de Costa Rica, con rango constitucional. En casos excepcionales, cuando la complejidad de la cuestión lo amerite, podrá imprimirse el trámite de juicio ordinario, con la amplitud de prueba y alegatos que permite. Aun interpuesto ante juez incompetente, corresponde, en primer término, darle curso y luego definir la cuestión de competencia (9).

El artículo 43 de la Constitución Nacional programa al amparo para discutir actos lesivos realizados “con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, de tal modo que si ellos fuesen contrarios a derecho, pero sin padecer de una arbitrariedad o ilegalidad palmarias, el asunto debería discutirse por otra ruta procesal, y no por el amparo (10).

Reafirmando la operatividad del art. 43 C.N. en la Acción de Clase, el más alto Tribunal patrio (11) precisó: “Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art.43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva *no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como -en esa ocasión- el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla* (12). Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el *sub examine*, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano” (13).

La cita al derecho americano es la Regla 23 de Procedimiento Civil para los Tribunales Federales de EEUU, que reglamenta la acción de clase (14). Debe asegurarse “*la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo*”. Es éste uno de los prerrequisitos para la procedencia de una acción de clase bajo la Regla 23 (a) del derecho de los Estados Unidos. Los prerrequisitos son: 1) debe tratarse de una cuestión de derecho o de hecho común a una clase de personas en una situación similar; 2) para las que juntarse es impracticable; 3) cuyos intereses serán adecuadamente protegidos, y 4) por alguien cuyo reclamo o defensa es típica de la clase (15).

3. La Acción de Clase y su efecto expansivo de alcance general

Los antecedentes de las acciones de clase se remontan al siglo XVIII, cuando las cortes de equidad inglesas las admitieron bajo el nombre de *Bills of Peace* (16). Este instrumento procesal

(9) CNCiv., Sala H, del 25.09.95, In re: Rossetti Serra, Salvador c. Dun & Brandstreet S.R.L., en J.A. Nro.5964 del 20.12.95

(10) Sobre el carácter manifiestamente arbitrario o ilegítimo del acto lesivo en el amparo, derivamos al lector a: SAGÜES, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*. Ed. Astrea 1995, t.3, 4ta.ed. Bs. As., parág.54, p.117 y parág.103, p.245 y ss.

(11) CSJN. in re: Halabi cit., considerando Nro.19.

(12) Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16.

(13) Confrontar el fallo referido en la cita antecedente, considerando 17 y sus citas.

(14) Federal Judicial Procedure and Rules, West Group, 2000, pags.116 y 117.

(15) Rule 23 (a), Prerequisites to a Class Action.

(16) YEAZELL, S., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (1987); “In re Joint Eastner and Sothorn Dist. Asbestos Litigation”, 129 B. R. 710, 803 (E.D.N.Y. 1991). Ver también fallo de la Corte Suprema

se trasladó luego a los Estados Unidos donde tomó forma de ley en 1842, y tras una larga evolución adquirió la forma bajo la que actualmente se conoce y utiliza: la Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil (17).

Cassagne (18) precisa que con criterio didáctico, el fallo describe tres categorías de derechos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva (19) que tienen por objeto bienes colectivos o comunes y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. *Los derechos individuales*, aparte de las acciones procesales ordinarias, se hallan protegidos por la acción de amparo a que hace referencia la primera parte del artículo 43 de la Constitución Nacional. Esta acción que es la tradicional acción de amparo instituida por vía pretoriana a partir de los precedentes “Siri” y “Kot” la cual está destinada a la protección de derechos divisibles, no homogéneos caracterizándose por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados. A su vez, *los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos* son ejercidos, continúa diciendo la Corte “por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado”. Los bienes que se protegen por esta acción que deriva del art. 43 de la C.N., no pueden ser objeto de apropiación individual en cuanto por pertenecer a toda la comunidad son indivisibles. La Corte sostiene que para probar si se configura una causa o controversia que abra la tutela judicial, debe acreditarse la lesión a un bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa. La tercera categoría de derechos tutelados por la acción de amparo (art. 43, segundo párrafo de la C.N.) es la de *los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*, como “el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”. En este supuesto, no hay un bien colectivo sino derechos individuales divisibles, no obstante existir “un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos” siendo, por tanto, *identificable una causa fáctica homogénea o normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte*, salvo en lo que respecta a la prueba del daño, que concierne a cada sujeto individualmente considerado.

Sobre los efectos expansivos de la cosa juzgada con alcance general (*erga omnes*) del caso *Habibi*, entendemos que los Jueces de nuestro más alto Tribunal patrio, no se han convertido en legisladores, sino que sólo han ejercido el poder otorgado por la Constitución, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes; si los jueces en nuestro sistema de control difuso de constitucionalidad, podemos declarar la inconstitucionalidad de una ley en cualquier caso particular; no se explica porque tanta inquietud doctrinaria cuando la sentencia se proyecta *erga omnes*, al calificar al amparo como acción de clase. Como enseñaba Bidart Campos “*no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitu-*

de los Estados Unidos “*Hansberry v. Lee*”, 311 U.S. 32, 61. Un antecedente aislado pero interesante en nuestro país es el caso “*Catan, Alberto E. y otro c. Poder Ejecutivo Nacional*” Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Federal, N° 2, 1983, E.D., 105-245, en el que un particular planteó un amparo contra la caza de toninas; cit. por DE LA RUA, Fernando y SARAVIA FRIAS, Bernardo en “*Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*”, en *La Ley* del 06.05.09.

(17) Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos “*erga omnes*” de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”; en *La Ley* del 06.04.09, 4.

(19) LORENZETTI, Ricardo L., “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA*, 2002-II, ps. 237-238; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, *LA LEY*, 2008-E, 1021; ver también CAFFERATA, Néstor A., “Los derechos de incidencia colectiva”, *LA LEY*, 2006-A, 1196, vid además: GOZAÍNI, Osvaldo A., “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, *LA LEY*, 2005-B, 1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo, “La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare”, en OTEIZA, Eduardo (Dir.), *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 21 y ss; cit. por CASAGNE, Juan Carlos. *Ob. Cit.*, 4.

*ción; invalidar un acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido la Constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario, conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la Constitución manda o permite” (20). La Corte no está investida de competencia para juzgar el acierto de las políticas de gobierno; sí para controlar que sean respetuosas de la Constitución Nacional. No existió ruptura del equilibrio de poderes cuando el Poder Judicial privó de validez con carácter *erga omnes* a una ley que conculcaba las garantías constitucionales.*

4.- El conflicto de derechos: Privacidad versus Seguridad, y el control constitucional

Los investigadores creemos tener utopías en torno a nuestros proyectos, y cuando podemos cristalizar en realidades nuestros anhelos, nos sentimos satisfechos. Una investigación nuestra cimentó el proyecto de Habeas Data del constituyente Francisco Delich (21), sobre el Art. 43 C.N., presentado con el fin de garantizar los derechos individuales, al regular el derecho de las personas a controlar la inclusión y tratamiento de sus datos preservando su intimidad (22).

Se ha detectado que la sociedad moderna asiste al surgimiento de tres nuevas formas de poder: el informático, el de los medios de comunicación y el de la ciencia.

El poder de la informática, en particular, requiere de contrapoderes para evitar que ella pueda atentar contra la vida privada, la dignidad, y las libertades públicas e individuales (23). En los sistemas constitucionales hay una regla de oro subyacente, no necesariamente escrita pero que se infiere de la propia estructura del equilibrio que suponen los sistemas de democracia constitucional, según la cual *a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un mejoramiento de las garantías y un acentuamiento de las responsabilidades*. Uno de los avances del pensamiento jurídico institucional del tercer milenio, es precisamente entender y hacer entender que *un derecho sin garantías es un eufemismo*.

La Corte en “Halabi” así lo reconoce: “Frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos—, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independien-

(20) BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II (El Derecho Constitucional del Poder), p. 366, Buenos Aires, 1991; cit. por CASAGNE, Juan Carlos, Ob. Cit., 4.

(21) DELICH, Francisco. En oportunidad de su discurso ante la Honorable Convención Nacional Constituyente expresó: “A continuación quiero referirme puntualmente al proyecto que ha dado lugar a esta cláusula. Comenzaré por rescatar el trabajo de un grupo de investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que estudiaron y fundamentaron este proyecto. Ellos son el Doctor Ricardo Bianciotti y un grupo de investigadores junior: Patricia Marcela Etienne, Andrea Isabel Fornagueira, María Raquel Martínez de González, Carlos Luis Monzó, Gustavo Murugarren, Carla Saad de Bianciotti, Héctor Mario Silvestro, Juan Carlos Torres y Andrés Vassallo. No necesito decir que me honra, tanto como Rector de la Universidad como Convencional Constituyente, este aporte de la Universidad a la nueva Constitución. Convención Nacional Constituyente, versión taquigráfica de la sesión ordinaria del 12.08.1994, Diario de Sesiones, Tomo IV, pags. 4.107/8.

(22) BIANCIOTTI, Ricardo y SAAD DE BIANCIOTTI, Carla. “Hábeas Data”, en Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1994, pags.111 a 129.

(23) FAUVET, Jaques. “Hay que defender las libertades individuales” en Boletín de la Secretaría de Ciencia y Técnica, 1987/13, Buenos Aires, pág. 27.- El Dr. Fauvet participó en la Segunda Guerra Mundial, en su calidad de oficial de la caballería blindada; en 1945 ingresa como redactor al diario Le Monde, del que será director hasta 1982; en junio de 1984 es nombrado miembro de la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia.

temente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva” (24).

Y dirime el conflicto en favor de la privacidad por sobre la seguridad declamada en la ley 25.873 y su Dec. Reg. 1563/04, al confirmar su inconstitucionalidad; porque la captura y derivación de las comunicaciones telefónicas fijas, celulares y por Internet a través de la web, pretendida por el Estado Nacional para resguardar la seguridad y el orden público, constituyen una violación del derecho a la Privacidad e Intimidad de las personas y una violación a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar en su extensión al correo electrónico. Como la interacción existente en el sistema de telecomunicaciones relaciona de manera no individualizada a todos los usuarios, limitar los efectos de la sentencia al accionante podía conducir al desconocimiento de los derechos que había invocado y que fueron tutelados por la misma. Se podía frustrar el contenido de la sentencia, pues no se había acreditado la existencia de una tecnología que permitiera preservar los derechos del peticionante, si la medida no se extendía a todos los usuarios.

Con un fino razonamiento, en la disidencia parcial de los Ministros Petracchi y Argibay (25) y Fayt (26) explicitaron: “Que, en este sentido, resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista, pues —sostiene— *“no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general”.* En efecto, tal afirmación prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión. Si bien la “privacidad”, desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, *lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones.* Ello, por definición, presupone la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección —por ser ajenos al juicio— derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo. Desde este punto de vista, *la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la “propia” esfera de privacidad.* En consecuencia, al no haber sido invocada por la recurrente razón o argumento alguno acerca de cómo sería posible satisfacer la pretensión del reclamante manteniendo la injerencia a la privacidad de terceros, ajenos al pleito, pero potenciales interlocutores, el recurso extraordinario presenta falencias en su fundamentación de entidad suficiente como para impedir su procedencia”. “Que, por lo mismo, *frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida,* no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente” (27).

Surge nítida la victoria de la garantía de la privacidad e intimidad de todas las personas, por sobre la seguridad y el orden público planificado con una intromisión inaceptable, que otorgaba un poder ilimitado a la SIDE, intentados por la ley y su decreto reglamentario.

5. Intercepción de las comunicaciones y protección del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad abarca la identidad, la voz, la imagen, la edad, la nacionalidad, la salud, los hábitos sexuales, las ideas religiosas, políticas y filosóficas y la situación patrimonial (28). El

(24) CSJN. in re: Halabi cit. en el sumario Nro.3 y en los considerados Nros.12, 16 y 19, reseñan el carácter operativo del art.43 de la Constitución Nacional.

(25) CSJN. in re: Halabi cit., considerandos 8vo. y 9no. de los Ministros Petracchi y Argibay.

(26) CSJN. in re: Halabi cit., considerandos 10mo. y 11mo. del Ministro Fayt.

(27) Fallos: 329:2060, 4535; 330:4399, entre muchos otros.

(28) FROSINI, Vittorio. “Il diritto nella società tecnologica”, Ed. Giuffré, Milano, 1981. Cornú, Gerard, “L’ evolution du droit des contrats en France”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. I, año 1979, pág. 447, en Bianciotti, Ricardo; «Marco Conceptual de las Transferencias Electrónicas de Fondos», Anuario del Centro

bien tutelado es *“la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”* (29).

La Corte rescata los fundamentos considerados por la Juez y por la Cámara intervinientes que reseñáramos en las citas 4 y 5; en orden a la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales, cuando manifiestan (30). Tal como ha sido apreciado por los magistrados de los tribunales intervinientes en las instancias anteriores, es evidente que lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que *una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad*, por cuanto sus previsiones *no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán* las interceptaciones, toda vez que *no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet* en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas *tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales*. En suma, como atinadamente ha sido juzgado en autos, *resulta inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos*, afirmación que adquiere primordial relevancia si se advierte que *desde 1992 es la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actúa bajo la órbita del poder político*, la que debe cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos. Ello es así por cuanto, *en el marco de la transferencia de la prestación del servicio de telecomunicaciones de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones a licenciatarias privadas, el decreto 1801/1992 dispuso que la Dirección de Observaciones Judiciales de aquella empresa estatal pasara a depender de la SIDE, a los fines de cumplir con dichos requerimientos de los jueces*.

Esta protección del derecho a la intimidad en defensa de la libertad e independencia de las comunicaciones, y su no intervención absoluta e irrestricta, pretendida por el Estado Nacional para resguardar la seguridad y el orden público, tiene su garantía constitucional en esta acción de clase, protección extendida genéricamente a todos los ciudadanos de la Nación Argentina, al confirmar la inconstitucionalidad la ley 25.873 y su Dec. Reg. 1663/04, en relación a que la captura y derivación de las comunicaciones telefónicas fijas, celulares y por Internet a través de la web en la extensión de la correspondencia epistolar al correo electrónico, cuando los datos pueden ser usados para una finalidad distinta de la perseguida por el legislador y sin control judicial, constituyen una violación del derecho a la Privacidad e Intimidad de las personas.

6. La garantía de la Privacidad por sobre la vaguedad de la ley

La Corte (31) reseña la ley atacada y los fundamentos que no fueron apelados, destacando que: 1ro.) la ley exhibe vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial, y 2do.) tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que aquéllos en ella previstos. Señalando que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda *“injerencia” o “intromisión” “arbitraria” o “abusiva” en la “vida privada” de los afectados*.

de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1993, pág. 42.

(29) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. «Derecho a la intimidad», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p.87.

(30) C.S.J.N. in re: Halabi cit., considerando 25.

(31) C.S.J.N. in re: Halabi cit., considerandos 22 y 23.

Este es el *quid* de la cuestión, la defensa de la intimidad, la garantía de la Privacidad establecida por los arts. 18 (32) y 19 (33) de la C.N. por sobre la vaguedad de una ley que atenta contra éstas garantías constitucionales.

7. El impacto tecnológico sobre el derecho

El impacto tecnológico junto a los nuevos modos de agregación social, ejercen sobre el derecho una notable influencia (34).

Esto hace que los datos sean posibles de capturar cada vez más rápidamente, de circular con mayor velocidad y de expandirse en forma casi inmediata a una multiplicidad de lugares en un mismo tiempo. Todo esto trae aparejada la posibilidad que la "privacidad e intimidad" de una persona sea perturbada por la acción indebida de terceros.

Entonces, no es suficiente la protección frente a la violación del secreto, la inviolabilidad del domicilio, etc., sino que es necesario dar un paso más hacia los derechos positivos de la persona en orden a sus datos y al conocimiento de toda información de que se dispone para la toma de decisiones (35).

La doctrina de la Corte ha conceptualizado la intimidad como el "derecho a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal" (36).

El control de la información constituye en la actualidad la faceta más importante de la intimidad y se erige como medio más eficaz para proteger la reserva de la vida privada en todas sus formas; por una lado, a través de la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida privada de una persona, y por otro el control que cada individuo tiene sobre el manejo y circulación de la información que sobre su persona ha sido confiada a un tercero (37).

Como novedad absoluta dentro de las garantías constitucionales introducidas por la reforma constitucional de 1994 se encuentran la "Acción de clase" y el "Hábeas Data" (38), el art. 43 de la Constitución Nacional ha receptado ambos institutos, como una variable de la acción de amparo, como vía procesal constitucional (39); para nosotros ambas son acciones constitucionales, enmar-

(32) Art.18 C.N.: (...) *El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (...).*

(33) Art.19 C.N.: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

(34) BIANCIOTTI, Ricardo. "Informática y Derecho a la Intimidad. Su tutela constitucional", en Libro de ponencias del I y II Coloquio Nacional de Docencia e Investigación en Informática y Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Colegio de Abogados de Córdoba y Colegio de Escribanos de Córdoba, abril 1987 -abril 1988, pág. 16.

(35) PARRELLADA, Carlos. "El derecho de la persona y la informática" en Responsabilidad por Daño, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág. 352-360.

(36) C.S.J.N., in re "Ponzetti de Balbín, Indalia E. c/Ed. Atlántida S.A.", 11.12.84, considerando 8 del voto de la mayoría y considerando 20 del voto del Dr. Petracchi, Fallos 306-1892.

(37) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. "El derecho a la intimidad - Análisis del art. 1071 bis del Código Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, Mayo de 1982, pág. 44.

(38) QUIROGA LAVIE, Humberto. "El Amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus", en La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Octubre 1994.

(39) SAGÜES, Néstor Pedro. "Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus" en la Reforma Constitucional en Rev. Jurídica La Ley 1994-D,1151, Bs. As. Argentina. Posición receptada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en pleno, in re: Costa Esquivel, Oscar A. c/ Co.de.me., (Dres.: Kemelmajer de Carlucci, Romano, Böhn, Nanclares, Salvini y Llorente) en LL. 1999-B, 588, con nota a fallo de Beatriz Martorello y Silvia V. Guahnon, Cuestiones procesales para la interposición de la Acción de Hábeas Data.

cadadas en los derechos humanos de tercera generación, dado que poseen particularidades propias y una proyección superior al amparo genérico, que receptó los derechos humanos de segunda generación, y por ende al hábeas corpus que comenzó con los derechos humanos de primera generación; su ubicación dentro del capítulo segundo sobre “Nuevos derechos y garantías”, consagran la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general y la protección del derecho a la intimidad, la vida privada, el derecho al honor, el derecho a la identidad, a la voz y a la propia imagen.

La consagración constitucional, operativa por la Corte, antes con el habeas data en el caso “Urteaga” dictada antes de la sanción de la ley de hábeas data (40) y hoy con la acción de clase en el caso “Halabi”, son vallados que previenen contra los posibles abusos de los poseedores de información sensible en sus bancos de datos y los abusos del Estado Nacional, en todos sus estamentos y en especial de la SIDE (41), en el registro de las comunicaciones telefónicas y por Internet de los ciudadanos.

8. El derecho a la autodeterminación informativa o a la libertad informática

Hace más de una década que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, lo garantiza mediante la acción de Hábeas Data como “un instituto entrañablemente vinculado al derecho a la intimidad, como un instrumento destinado a evitar injerencias extrañas en la vida privada, pero también a fin de proteger el honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen” (42).

La Corte en forma unánime había reconocido la obligación del Estado de producir información objetiva sobre la que posea en sus bancos de datos; consagrando el derecho a la información objetiva; el Dr. Petracchi en el voto de mayor sustancia del caso “Urteaga” dijo: *“El objeto específico de la acción intentada es la obtención de datos y por lo tanto sólo resulta viable mediante hábeas data, es decir, el recurso tendiente a facilitar el acceso a la información en virtud del derecho consagrado por la norma constitucional (art.43 C.N.). “(...) “se solicita el acceso a datos, ámbito específico del hábeas data.”* Posteriormente reseña la evolución del Tribunal Constitucional Alemán (sentencia del censo) y hace presente: *“A esta decisión se le atribuye la configuración del concepto de “autodeterminación informativa” o libertad informática, que es reconocido actualmente en forma predominante como el fundamento del hábeas data en las legislaciones que contemplan derechos análogos”* (43).

Profundiza el Ministro Petracchi en “Urteaga” sobre la autodeterminación informativa y ahondando expresa: “El punto fundamental de la argumentación de la Bundesverfassungsgericht fue la consagración de la “autodeterminación informativa”. Según este concepto es el ciudadano quien debe decidir sobre la cesión y uso de sus datos personales. Este derecho —se dijo— puede ser restringido por medio de una ley por razones de utilidad social, pero respetando el principio de proporcionalidad y garantizando que no se produzca la vulneración del derecho a la personalidad. Que, de acuerdo con esta concepción, en un estado de derecho, el ciudadano es propietario de los datos que sobre el se registran; por lo tanto, ellos deben estar a su disposición para que sea él quien decida si los cede o en qué condiciones lo hace. Según Hassemer— actual juez del Tribunal Constitucional alemán, y Comisionado para la Protección de Datos de Hesse (*Datenschutzbeauftragter*) durante varios años—, en los países con un alto grado de desarrollo en sus esquemas de derechos fundamentales se ha con-

(40) Ley Nro.25.326 (B.O.02.11.00).

(41) El decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05. El tribunal a quo observó al respecto -mediante un señalamiento que ha quedado firme ante la ausencia de agravio- que la suspensión del reglamento no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resulta susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor. Tal dispositivo, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad. “Halabi” cit. Considerando 22 in fine.

(42) C.S.J.N., *in re* “Urteaga, Facundo R. c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, octubre 15-998, Fallos 321, p. 2767.

(43) C.S.J.N. Voto del Dr. Petracchi, considerandos 7, 8 y 10, *in re* Urteaga cit., p. 2795-2796.

vertido en algo natural y evidente que la protección de la privacidad del ciudadano está íntimamente unida al derecho a la información”. “Para decirlo con las palabras del Tribunal Constitucional alemán, “*si un ciudadano no tiene información sobre quien ha obtenido información sobre él, qué tipo de información y con que medios la ha obtenido, ya no podrá participar en la vida pública sin miedo*” (44).

En el caso Halabi, en el voto de la mayoría de la Corte, se sitúa al fenómeno de las telecomunicaciones privadas dentro de esta órbita. Destaca la vaguedad de los términos de la norma, una redacción que permitiría que los datos puedan ser utilizados para una finalidad distinta de la perseguida por el legislador y la ausencia de suficiente debate legislativo. La Corte refuerza el principio de legalidad, el que no se limita en este caso a la existencia de una norma escrita que ha sido el producto de la sanción del Poder Legislativo, sino además de la necesidad que la deliberación haya existido con la intensidad que permite la conformación de la causalidad al momento de legislar (45).

De la dignidad y libertad, entendida como libre autodeterminación deriva la facultad de la persona de decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida. Por ello el tribunal constitucional alemán entendió que “sería contrario a dicha facultad de autodeterminación un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él ... esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la persona individual sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos” (46).

Frosini concibe libertad informática como el nuevo derecho “de autotutela de la propia identidad informática”: o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales consignados en un sistema informático (47). En el plano jurídico la intimidad se vincula al concepto de libre desarrollo de la personalidad, reconocido como valor fundamental (*Grundwert*) por distintas Constituciones actuales, por ejemplo la *Grundgesetz* de la Constitución Alemana proclama el libre desarrollo de la personalidad (*freie Entfaltung der Personlichkeit*) en su art. 2.1; este valor se desglosa, en opinión de Adlbert Podlech (48) en dos libertades básicas: la libertad general de acción (*allgemeine Handlungsfreiheit*), entendida como libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos y la consiguiente facultad para comportarse o actuar de acuerdo con esa decisión; y la *autodeterminación informativa* (*informationelle Selbstbestimmung*), que se refiere a la libertad para determinar quién, qué, con qué motivo y en qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto.

El derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), construcción de la doctrina y la jurisprudencias germanas equivalentes a la *libertad informática*, tiene en la sociedad tecnológica la función de garantizar a los ciudadanos las facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Esa forma de intimidad no se concibe como

(44) Voto del Dr. Petracchi, considerandos 10 in fine y 11, in re Urteaga cit.

(45) SABSAY, Daniel Alberto, ob. cit.

(46) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica”, en Cuadernos y Debates, Nro.21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág.140.

(47) FROSINI, Vittorio, “Il nuovo diritto del cittadino”, en el vol. a cargo de F. Riccobono, “Nuovi diritti dell’età tecnologica”, (Atti del Convegno tenuto a Romo presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5/6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp.75 y ss.

(48) PODLECH, Adalbert, Art.2 Abs.1, en Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984; cit. por Antonio Enrique Perez Luño, en “Vittorio Frosini y los nuevos derecho de la sociedad tecnológica”, en Informática e Diritto, Atti della giornata celebrativa in occasione dei 70 anni di Vittorio Frosini (Pisa, Scuola superior S.Anna, 27.03.92) Edizioni Scientifiche Italiane, XVIII annata - Seconda serie - vol.I (1992) - n. 1-2 (fascicolo doppio), pág.106 y ss..

un valor intrasubjetivo, sino como autodeterminación del sujeto en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público.

El derecho a la libertad informática constituye una modalidad de la libertad personal reconocida a los ciudadanos, tendiente a proteger jurídicamente su “identidad informática.” Para el ejercicio del derecho a libertad informática se precisa reconocer y garantizar las facultades de: conocimiento y acceso por parte de los ciudadanos de las informaciones que les conciernen contenidas en bancos de datos. Por ello, indica Frosini, que al tradicional hábeas corpus corresponde en las sociedades tecnológicas el hábeas data (49).

El *habeas corpus*, el *habeas data* y la acción de clase, representan, tres garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, el *habeas corpus* se circunscribe a la libertad física y externa de la libertad; el hábeas data protege aspectos internos de la libertad: la identidad personal, su autodeterminación, su intimidad, etc., y la acción de clase garantiza el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones por la interacción que con otros interlocutores excede la protección de la propia intimidad; concretadas en las garantías de acceso y control de las informaciones procesadas en bancos de datos (*habeas data*) y de protección genérica de todos los ciudadanos (acción de clase). La relevancia de la libertad informática como nuevo derecho destinado a garantizar jurídicamente la “identidad informática” de las personas, es decir, su facultad de acceder (*habeas data*) y controlar sus datos personales; así como a restablecer el equilibrio de poderes (acción de clase) en la sociedad tecnológica.

9. Los tratados internacionales y su rango para-constitucional

Culmina en el considerando 23 la Corte citando el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (tratados, ambos, *con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional* y art. 1071 bis del Código Civil) (50).

Esta cita de los tratados internacionales y resaltado de que tienen jerarquía constitucional, es porque la Corte considera que los mismos son para-constitucionales, ocupando el mismo lugar en la pirámide de jerarquía constitucional que la C.N.; la Corte viene resolviendo en este sentido la discusión que existía entre dos constituyentes de 1994: Rodolfo Barra indicaba que los tratados internacionales eran infraconstitucionales, que estaban por debajo de la C.N., y Liliana Carrió señalaba que eran supraconstitucionales, por sobre la C.N.; desde su nueva integración en el año 2004 ésta Corte especifica que los tratados incorporados por el art.75 inc.22 son para-constitucionales, son como la letra misma de la Constitución Nacional al unificarse en un mismo escalón de igualdad.

10. Límites al poder del Estado

La Corte fija límites al poder del Estado y establece que la ley debe fijar estrictamente los procedimientos objetivos bajo los cuales podrán ser interceptadas las comunicaciones (51), cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que recordando el caso Bulacio “su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos con-

(49) FROSINI, Vittorio, “Il nuovo diritto del cittadino”, ob. cit. pág. 77.

(50) Art.1.071 Bis del Código Civil Argentino: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley Nro.21.173(B.O. 22.10.1975).

(51) C.S.J.N. in re: Halabi cit., considerando 24.

forme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma” (52). Y subraya que *sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen* (53). Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, *la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado* (54), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. *Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que “la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”*. En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional de España (55), ha sostenido que “si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones (...) quedaría materialmente vacío de contenido”. Así, el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde “existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave” (56) o donde existan “buenas razones” o “fuertes presunciones” de que las infracciones están a punto de cometerse (57).

En este razonamiento se sustentan los límites del poder del estado para llevar a cabo la interceptación de las comunicaciones personales a fin de garantizar la seguridad y el orden público; entre los que se destacan, la existencia de una ley, la intervención de un juez y la finalidad razonable, cuando ellos estén reunidos no resultarán afectados los derechos fundamentales (58).

11. La libertad como valor constitucional

La libertad como valor constitucional, ha garantizado la independencia, autonomía y emancipación de todos los ciudadanos por contraposición a la opresión, esclavitud y limitación de todas las formas de autoritarismo. La Corte en su mayoría brinda una clase magistral cuando recuerda (59) que la libertad, en cada una de sus fases, tiene su historia y su connotación (60); de ahí que las consideraciones en particular sobre el tema en discusión deban mantener un muy especial apego a las circunstancias del caso. El Tribunal tiene dicho que los motivos que determinan el examen de la correspondencia en el caso de un delincuente, pueden diferir de los referentes a un quebrado (61), a un vinculado al comercio, a un sujeto de obligaciones tributarias, etc.; por ello ha interpretado que el art. 18 de la Constitución no exige que la respectiva ley reglamentaria deba

(52) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, n° 100, caso “Bulacio v. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003, ptos. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801.

(531) Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros.

(54) Confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760.

(55) Sentencia del 5 de abril de 1999 (STC 49/1999), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (TEDH).

(56) TEDH, Caso K., núm. 51.

(57) TEDH Sent. del 15 jun. 1992, caso L, núm. 38.

(58) SABSAY, Daniel Alberto, ob. cit.

(59) C.S.J.N. in re: Halabi cit., considerando 25.

(60) Fallos: 199:483.

(61) Ley 24.522. Art. 114: Correspondencia. La correspondencia y las comunicaciones dirigidas al fallido deben ser entregadas al síndico. Este debe abrirlas en presencia del concursado o en la del juez en su defecto, entregándose al interesado la que fuere estrictamente personal

ser “única y general” (62). Cabe recordar que se afirmó (“in re” Dessy) (63) que, *para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia*, supuesto que cabe evidentemente extender al presente, se requiere: a) *que haya sido dictada una ley que determine los “casos” y los “justificativos” en que podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia;* b) *que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión;* c) *que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y* d) *que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro.* A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes.

Es decir, que en este terreno la calidad del tejido social, la pluralidad de fuerzas y el juego de contrapoderes, derrotan a las trampas liberticidas a que pueda tender la tecnología (64), y una ley que pretendió, la escucha y grabado irrestricto de nuestras comunicaciones y correos electrónicos por diez años.

12. Conclusiones

El *habeas corpus*, el *habeas data* y la acción de clase, representan, tres garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, el hábeas corpus se circunscribe a la libertad física y externa de la libertad; el hábeas data protege aspectos internos de la libertad; y la acción de clase resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Halabi, garantizan la privacidad e intimidad de los habitantes de la Nación Argentina, por su efecto expansivo de alcance general. La protección de la Privacidad sobre la seguridad y el orden público pretendidas por el Estado relacionadas con la declaración de inconstitucionalidad de la ley N° 25873, que había dispuesto la intervención general de todas las comunicaciones telefónicas y correos electrónicos por Internet, grabándolos por 10 años, violaba el derecho a la intimidad cuando los datos podían ser usados por la SIDE para una finalidad distinta de la perseguida por el legislador y sin control judicial; surge nítida la victoria de la garantía de la privacidad e intimidad de todas las personas, por sobre la seguridad y el orden público planificado con una intromisión inaceptable, que otorgaba un poder ilimitado a la SIDE, intentados por la ley y su decreto reglamentario. La Corte garantiza el derecho a la intimidad tutelado por los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional y por los Tratados internacionales con rango constitucional, imponiéndole límites al poder del Estado y rescatando la libertad como valor constitucional.

(62) Fallos: 171:348; 318:1894, en este último una persona privada de su libertad interpuso hábeas corpus por considerar que el Servicio Penitenciario Federal había agravado ilegalmente sus condiciones de detención, en cuanto se le obliga a entregar abiertas las cartas que se propone despachar, para permitir a las autoridades del penal ejercer la censura de su contenido. Las instancias inferiores rechazaron la acción intentada. Interpuesto recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la mayoría integrada por los Dres.: Carlos S. Fayt. - Enrique S. Petracchi. - Antonio Boggiano y Eduardo Moliné O'Connor, revocó la sentencia apelada, in re: Dessy, Joao Gustavo G. del 19.10.95.

(63) Fallos: 318: 1894 precedente en el voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano.

(64) NORA, Simón y MINC, Alain. “La informatización de la sociedad”, Trad. castellana de P. García de Pruneda y R. Ruza, Fondo de la Cultura Económica México-Madrid, Bs.As., 1980.