

# El hábeas data en el Derecho Electoral

*Alberto Ricardo Dalla Via\**

## **Resumen**

Con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el artículo 43 en cuyo texto se consagran las garantías constitucionales del Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data. Aunque aparezcan legisladas en forma conjunta, la historia del Hábeas Data en nuestro Derecho Constitucional es muy distinta de la del Amparo y el Hábeas Corpus. Mientras que estas surgen como resultado de una creación pretoriana y sin estar contempladas específicamente en la Constitución, el Hábeas Corpus deviene del constitucionalismo clásico y reconoce su fundamento en el artículo 18 de la Carta Magna; al Amparo lo ubicamos con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en México, contemporáneamente al nacimiento de los llamados derechos sociales y económicos; el Hábeas Data es una garantía que constituye una novedad en nuestro derecho interno y en el derecho en general, es plasmada en nuestra Carta Magna como una necesidad sociológica, puesto que estaba contemplada ya en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países y en algunas Constituciones provinciales.

Ahora bien, si bien se puede encontrar diversos precedentes jurisprudenciales sobre la garantía que en esta oportunidad nos ocupa, nos interesa destacar muy especialmente algunos casos que fueron resueltos por la Cámara Nacional Electoral mediante Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/ queja”), Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/ Habeas Data”), y sentencia del 14 de mayo de 2015 en los autos: “Asociación

\* Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral; Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA); Director del Departamento de Derecho Público I (UBA); Director de la Maestría en Magistratura (UBA); Académico de Número de la Academia Nacional de Cs. Morales y Políticas; Alberto.Dalla-Via@pjn.gov.ar. Este artículo fue realizado con la colaboración de Paula S. Suárez.

por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1).

Palabras clave: Derecho Constitucional, Derecho Electoral, garantismo, Habeas Data, Cámara Nacional Electoral.

## **Habeas data in electoral law**

### **Abstract**

With the 1994 constitutional reform, the article 43 is incorporated in which the constitutional guarantees (amparo, habeas corpus, habeas data) are consecrated. Although they may seem legislated in the same manner, the history of the habeas data in our Constitutional Law differs from that of the amparo and habeas corpus. While these arise as a result of a praetorian creation, without being contemplated specifically in the constitution, habeas data comes from classic constitutionalism and has its basis in article 18 of the Magna Carta. The amparo is set after First World War in Mexico and is contemporary to the birth of social and economic rights. On the contrary, habeas data is a novelty in our internal law; in the Constitution it is written down as a sociological necessity, since it was already contemplated in different countries and in some provincial constitutions.

There are many precedents but this paper will study some that were resolved in the National Electoral Council: Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/queja”), Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/Habeas Data”), y sentencia del 14 de mayo de 2015 en los autos: “Asociación por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1).

Keywords: constitutional law, electoral law, habeas data, National Electoral council.

## I. Introducción

La expresión “garantismo” podría ser confundida, en una primera aproximación, con un capítulo o parte del Derecho Constitucional, concretamente con la denominada “parte dogmática” si nos referimos a la Constitución de la Nación Argentina o a las grandes declaraciones de derechos que contienen otros textos que pueden considerarse históricos o clásicos en ese sentido, como la Constitución de Virginia o la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

De ese modo, una primera aproximación “clásica” vendría a decirnos que en la parte dogmática de la Constitución es donde se encuentran las declaraciones, derechos y garantías (*rule of law*); en tanto se reserva a la parte orgánica lo referido al estatuto del poder (*frame of government*) y a sus divisiones “verticales” y “horizontales” si usamos la terminología de Lowenstein.<sup>1</sup>

Pero esta aproximación ofrece –además– una versión más restringida de las “garantías constitucionales” –también en términos clásicos–, de modo que los derechos declarados en la Constitución hacen a la potencialidad o atribución en cabeza de un sujeto (derecho subjetivo), un grupo (derechos colectivos) o de varios (derechos difusos), en tanto que las garantías constitucionales, en sentido estricto, tendrían una significancia más limitada a los mecanismos procesales para proteger o hacer valer los derechos, haciendo realidad la máxima atribuida a Chiovenda en cuanto “no hay derecho sin acción”, o bien, como lo señalara con especial precisión Hans Kelsen,<sup>2</sup> el verdadero derecho subjetivo existe cuando el individuo cuenta con todo un sistema a su alcance para poner en ejecución ante la violación de un derecho, que incluye desde la titularidad de una acción (legitimación), pasando por el acceso a la justicia ante Tribunales imparciales integrados por jueces naturales que respeten las reglas del debido proceso.

Destaca el gran maestro del derecho que la garantía constitucional de los derechos de libertad no puede realizarse según la forma usual, declarando que la propiedad es inviolable y que la expropiación solo puede ser posible en virtud de una ley, o que la libre emisión del pensamiento solo puede

1. Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970.

2. Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Barcelona, Edit. Labor, 1934.

ser limitada por ley, pues en este caso, la garantía constitucional desaparece desde el momento en que la Constitución delega en la legislación ordinaria las invasiones en la esfera de la libertad. Agrega Kelsen,<sup>3</sup> refiriéndose a los derechos reconocidos en las declaraciones de derechos, que “...las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico, solo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados...”.

Esa concepción ultra-restringida limitaría las garantías constitucionales a aquellas que específicamente están establecidas en la Constitución como mecanismos de protección de los derechos, es decir: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, el debido proceso (adjetivo y sustantivo), el recurso extraordinario, la acción declarativa de inconstitucionalidad y aquellas otras que surgen de la propia Constitución: división de poderes, principio de legalidad, principio de razonabilidad, derecho a la jurisdicción, etc.

Para Zarini<sup>4</sup> las garantías aparecen como instituciones y procedimientos de seguridad creados a favor de los habitantes para que cuenten con medios de amparo, tutela o protección a fin de hacer efectivos los derechos subjetivos, enumerando entre ellas al hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, defensa en juicio, demanda y excepción de inconstitucionalidad, etc.

En esa concepción estricta, llamaremos “garantías constitucionales” a las que corresponden a todos los habitantes de la Nación en ejercicio de sus derechos constitucionales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, en tanto que existen otras garantías específicas, restringidas a determinados grupos o categorías de personas que no se otorgan por su condición de tales sino en razón del cargo que ocupan y durante el tiempo en que desempeñen el mismo. De ahí que no se denominen garantías en sentido propio, sino más bien prerrogativas, inmunidades o privilegios como son los fueros parlamentarios, la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

La concepción restringida del término garantía referida a los mecanismos de protección o de tutela de los derechos en sentido procesal no es compartida por todos los autores, toda vez que el orden público constitucional

3. Hans Kelsen, op. cit. p. 248.

4. Helio Juan Zarini, *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, 1996.

no parecería ser pasible de ser sometido a subdivisiones de rango o jerarquía inferior como los que surgen de distinguir entre derecho de fondo y derecho de forma.

De ahí también que un autor tan clásico como Joaquín V. González<sup>5</sup> en su *Manual de la Constitución Argentina* utilizara los términos de manera poco clara, apareciendo cierta confusión o ámbito común entre garantías y declaraciones. Entre los autores actuales, Sagüés<sup>6</sup> relativiza la diferencia entre derecho y garantía porque entiende que quien es titular de una acción es también titular de un derecho a ejercer esa acción. Curiosamente, una posición similar a la anterior es seguida por algunos autores del Derecho Procesal que hablan del “derecho de amparo”.

Por su parte Juan Francisco Linares<sup>7</sup> distinguió entre cuatro posibilidades:

- a) Aceptación estrictísima: que comprendería solo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como los “writts” de hábeas corpus, de amparo, derecho de no declarar contra sí mismo, etc.
- b) Aceptación estricta: que incluiría, además de la connotación anterior, todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad, la “injuction”, etc.
- c) Aceptación amplia: que abarcaría también las llamadas garantías políticas, como la división de los poderes, la renovación y elegibilidad de los magistrados, etc.
- d) Aceptación amplísima: comprensiva de todas las instituciones liberales, incluso la constitución escrita, rígida o flexible y la inclusión de un “bill of rights” en la misma.

5. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*. Editorial Estrada, Buenos Aires, 1951, p. 101.

6. Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Astrea, 1993.

7. Juan Francisco Linares, “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”, citado por Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A Nueva Edición Ampliada y actualizada 1999-2000, Buenos Aires, EDIAR.

Ha advertido Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> que “...si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas, una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes...”, y agrega “...bastaría esto para desaconsejar la identificación y justificar la distinción entre derechos y garantías en el plano teórico...” destacando que “...la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar...”.

Una posición superadora de las antes citadas disquisiciones técnicas se afirmó con la labor interpretativa realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando al inscribir uno de los capítulos más notables de su historia institucional creó por vía pretoriana la procedencia de la denominada “acción de amparo”, al decidir en el caso “Ángel Siri” de 1957, señalando en tal oportunidad que todos los derechos quedaban garantizados por el solo hecho de estar en la Constitución, extendiendo la garantía ya existente del “hábeas corpus” al resto de los derechos.

Sobre la base de esa línea interpretativa abierta, algunos autores han insistido sobre la “operatividad” de los derechos constitucionales, más allá de que exista o no una garantía expresa o escrita, y más allá de que la norma que enuncia el derecho sea una norma operativa o programática. De modo que Bidart Campos<sup>9</sup> afirma su tesis sobre la “fuerza normativa de la Constitución” y otros autores llegan a posiciones aún más extremas como el caso de Quiroga Lavié,<sup>10</sup> quien considera el derecho a interponer acción de amparo contra la omisión del legislador de reglamentar una norma programática de la Constitución, ello a resultas del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

8. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal* (varios traductores), Madrid, Trotta, 1995.

9. Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

10. Humberto Quiroga Lavié, en Rosatti y otros autores, *La Reforma de la Constitución*, Rubinzal Culzoni Editores, 1994.

Si salimos de la posición que reduce el garantismo constitucional a los enunciados de la parte dogmática, podremos enfrentar la consideración del garantismo en un ámbito más amplio como el de la teoría constitucional y allí veremos que para muchas concepciones, la expresión garantismo bien puede confundirse y mimetizarse con el propio concepto de Constitución, entendida como “carta de garantías”.

## II. Del garantismo a las garantías constitucionales

Al garantismo constitucional no le son ajenas las vertientes ideológicas, de manera que la etapa inicial del constitucionalismo puso el acento en las denominadas garantías de la libertad.

Para el constitucionalismo liberal, la libertad representa la piedra angular del sistema. En tanto que para el denominado constitucionalismo social, la igualdad aparece como el valor a ser fortalecido y enfatizado a través de un conjunto de garantías en favor de los ciudadanos, con el propósito de no tornar en meras ilusiones esas promesas. Ha destacado con razón Peces Barba<sup>11</sup> que la problemática de los derechos fundamentales se da en una dialéctica permanente entre libertad e igualdad.

En ese sentido, también ha señalado reiteradamente Vanossi<sup>12</sup> que el tránsito desde el constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social supone dos ideas básicas: a) un presupuesto racional en cuanto a que el estado social de derecho continúa o *aggiorna* al estado liberal de derecho, y b) la condición o “regla de oro” en cuanto a que todo acrecentamiento del poder del estado debe ir acompañado, de manera proporcional, por el incremento de los controles y reforzamiento de las garantías.

Luigi Ferrajoli,<sup>13</sup> por su parte, distingue entre garantías liberales o “negativas” y garantías sociales y “positivas”, de manera que la diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías, puntualizando al respecto: “...Las garantías liberales o negativas

11. Gregorio Peces Barba, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudeba Universidad, Textos de Apoyo, 1988, p. 208.

12. Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba. Buenos Aires, 1994.

13. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit.

basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.

La aparición de nuevas garantías específicas como el amparo y el hábeas data van en esa dirección, y también ha corrido de modo proporcional el aumento de las garantías con respecto al incremento de los denominados “nuevos derechos”, extendiéndose el acceso a la jurisdicción, en el marco de una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judiciabilidad de los actos; apareciendo institutos que afirman el acceso a la justicia, la ampliación de la legitimación procesal cuando se trata de derechos colectivos o intereses difusos, el acortamiento de los plazos de las decisiones, etc.

Hay, incluso, quienes sostienen la existencia de garantías de primera, segunda y tercera generación; asimilando de ese modo a los medios procesales constitucionales de tutela las clasificaciones convencionales que algunos autores realizan sobre las denominadas “generaciones” de derechos. Marcella Basterra sostiene en tal sentido que el hábeas corpus y el debido proceso son garantías de primera generación, en tanto el amparo sería una garantía de segunda generación y el hábeas data y amparo colectivo serían garantías de tercera generación; fundamentando tal clasificación en la aparición cronológica de tales remedios procesales.

Coincidimos en el fundamento cronológico y en la utilidad didáctica que tiene esa clasificación a los efectos de la enseñanza del tema; pero creemos que tal asimilación no es del todo posible porque el amparo es una garantía que tutela tanto derechos de primera generación (libertad de expresión, derecho de propiedad, etc.) como de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el amparo colectivo no solamente tutela derechos de tercera generación sino algunos derechos clásicos vinculados con la igualdad, como en el caso de discriminación, conforme surge del propio texto del art. 43 C.N.

Es que el problema surge de la propia consideración de los derechos o garantías por “generaciones”, de manera que algunos como Vasak creen que

la primera generación de derechos fundamentales no estaría conformada por los civiles y políticos sino por los económicos, sociales y culturales y ello en razón de que la Carta de la OIT es anterior en el tiempo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre.

Pero creo necesario aclarar, a esta altura del relato y de la exposición del tema que venimos tratando, que el concepto de “garantía constitucional” tiene una acepción específica, determinada y particular frente a la idea común de garantía en el ámbito del derecho privado, cuando se la relaciona con el afianzamiento de una determinada obligación, para la que existen también institutos especiales como la hipoteca o la prenda, entendiéndose en términos generales como la seguridad o la protección frente a un peligro o frente a un riesgo.

Suele entenderse, en cambio, por “garantías constitucionales o individuales”, al conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute o ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen. Las “garantías constitucionales” solo pueden suspenderse lícitamente en la forma y plazos que la misma constitución preceptúa, salvo incurrir en responsabilidad los gobernantes que las suspendan sin derecho o prorroguen esto sin autorización.

Sostiene Sergio Galeotti<sup>14</sup> que la primera idea que expresa el término garantía (“garant”, del alemán “gew”hren”, “gew”hr-leinstug”, que significa “sicherstellung”) es la de una posición de seguridad que elimina un estado de precariedad e incertidumbre. “Garantía de la obligación” –dice– es una expresión elíptica que quiere decir garantía del cumplimiento de la misma o, más precisamente, seguridad del interés relativo al valor o la consistencia económica del buen objeto de la obligación; seguridad que, si faltara el cumplimiento, podrá dar lugar a la actuación de un instrumento por el cual, con anterioridad, puede estarse seguro que se concluirá por obtener el valor que debería recibirse mediante el cumplimiento.

Se pregunta el mismo autor: ¿cuáles son los elementos del concepto de garantía? En primer lugar –responde– se requiere la existencia de un

14. Sergio Galeotti, “La garanzia costituzionale: presuposti e concetto”, Milán, 1950, citado por Segundo V. Linares Quiroga, en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.

“interés asegurado”, vale decir, una relación de utilidad entre el sujeto y un bien. En la noción de garantía está implícita, en segundo término, la existencia de un “peligro”. Además, es necesario el “instrumento” idóneo para proporcionar al sujeto la seguridad respecto del interés amenazado, aplicando estos presupuestos a la órbita constitucional. Galeotti<sup>15</sup> entiende que en la “garantía constitucional”, el interés asegurado consiste en la “regularidad constitucional”, o sea, en la observancia de la norma constitucional; elemento que presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo.

Objetivamente, consiste en la existencia de una constitución formal; en el segundo en que esta consagra el principio esencial de la igual e inviolable dignidad del hombre, en su carácter de norma suprema que se impone a los poderes públicos a los cuales limita. El peligro se halla constituido por la eventualidad de la violación de la ley suprema como resultado de una actividad constitucionalmente irregular del Estado obrando por medio de sus agentes. Según Galeotti, finalmente, las garantías constitucionales son las instituciones idóneas para asegurar la integridad de la constitución, y hacer probable y menos incierta su observancia como regla suprema de los poderes públicos.

Las garantías son, en definitiva, el soporte de la seguridad jurídica como valor protegido, de manera que la real vigencia de las libertades individuales está supeditada a la existencia de garantías que las protejan en caso de ser vulneradas. Puede afirmarse que las garantías hacen al Estado de Derecho. Bidart Campos<sup>16</sup> las define como “las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”.

El artículo 18 de la Constitución Nacional tiene un rango relevante en nuestro ordenamiento puesto que ella contiene la garantía de nuestras más sagradas libertades las que hacen a la libertad física, haciendo las veces de un “escudo protector” de las mismas. Fue sancionado por la Convención Nacional Constituyente de 1853 en la sesión del 25 de abril, pero su contenido recoge una evolución sucesiva de antecedentes.

15. Sergio Galeotti, op. cit., citado por Segundo V. Linares Quintana, en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.

16. Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A. Nueva Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1999-2000.

Entre tales antecedentes se encuentra el Reglamento Orgánico de 1811 al que González Calderón<sup>17</sup> denomina como “nuestra primera constitución nacional”. Pero especial importancia reviste el decreto de seguridad individual de 1811 emitido por el Triunvirato, algunas de cuyas disposiciones (arts. 1, 2, 3, 6 y 9) son fuente del actual art. 18 C.N. El Estatuto de 1815 dedicaba en la sección VII todo el capítulo I a expresar los derechos y garantías de la seguridad individual, en tanto el Reglamento Provisorio de 1817 reprodujo en su mayor parte los textos del Estatuto de 1815, igual criterio seguido tanto por la Constitución de 1819 como la de 1826.

Señala Bidart Campos, citando una exposición de Sanguinetti en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, que en la constitución histórica aparece varias veces mencionada la expresión “garantías” (arts. 5, 23, 28 y 33 C.N.), pero en rigor no había ninguna norma específica referida a las garantías como sí aparece el art. 43 después de la reforma constitucional de 1994. De allí resulta, a su entender, que el “garantismo” representaba un contenido fuerte del sistema axiológico, de manera que permitió a la Corte interpretar la operatividad de los derechos en el caso “Siri”.

Si el constitucionalismo originario no incluyó una cláusula garantista del tenor con que formuló los arts. 14 y 20 en materia de derechos civiles, pudo haber sido porque consideró que dinámicamente debían ser –y serían– el desarrollo legislativo de la constitución y la interpretación e integración de su conjunto normativo los que, sin rigideces, irían abriendo progresivamente los espacios garantistas de acuerdo con el ritmo evolutivo de los valores y necesidades sociales.

En nuestra doctrina constitucional ha existido cierta asimilación entre las garantías de amparo y hábeas corpus, siendo frecuente denominar a esta última acción como “amparo de la libertad”. Parece visualizarse que el fundamento que da lugar a esa frase ha sido también en parte el fundamento del artículo 43 en cuanto a la consagración de un amparo genérico.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el camino ha sido inverso y que no nació el hábeas corpus como una modalidad de amparo, sino precisamente al revés, fue el amparo el que nació como una modalidad de hábeas corpus, en una creación pretoriana que culminó con las sentencias

17. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 2. J. Lajouane Editores, p. 132 y ss., 1917.

de “Ángel Siri” (1957) y “Samuel Kot” (1958), pero que fue generándose en otros precedentes, entre los que cabe citar el caso “San Miguel”, que constituyeron una extensión de la modalidad del hábeas corpus, ya aceptado, por entonces para la libertad física, hacia otros derechos que no eran la libertad física. La lectura de las referidas sentencias es elocuente en ese sentido.

A decir de Sanchez Viamonte,<sup>18</sup> “...El hábeas corpus se da en amparo de todos los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo a la dignidad humana. La libertad personal es un derecho declarado; el hábeas corpus es la garantía que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal (civil y política)”.

La amplitud del amparo como garantía principalísima arranca de la propuesta de Rejón en la carta fundamental de Yucatán (México) de 1840, consolidándose en la Constitución de 1857 (arts. 101 y 102) hasta llegar a la Constitución Mexicana de 1917, promulgada en la ciudad de Querétaro. También se destaca como acción de gran amplitud el “mandato de seguridad” brasileño, al igual que el instituto de tutela procesal en Colombia; denominándose en Perú “hábeas corpus” al instrumento de tutela de todos los derechos constitucionales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el artículo 25 bajo la denominación “Protección Judicial”, donde se dice: “...Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

En el artículo 7 se trata del derecho a la libertad personal donde se dice: “...Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención

18. Carlos Sánchez Viamonte, *El hábeas corpus. Garantía de la libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1956.

fueren ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

Conforme ha quedado redactado el nuevo artículo 43 después de la reforma constitucional de 1994, algunos autores consideran que el amparo es la figura genérica y que el amparo colectivo, así como el hábeas data y el hábeas corpus serían, respectivamente, especies diferentes del género amparista. Por nuestra parte, ya hemos señalado *ut supra* que entre amparo y hábeas corpus hay naturalezas, finalidades e historias diferentes. El lugar adecuado para ubicar el hábeas corpus debió ser inmediatamente a continuación del art. 18.

La acción declarativa regulada por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación persigue, como el amparo, una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos. Su admisión depende, empero, de que la solicitud no tenga simple carácter consultivo ni importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un “caso” y persiga precaver los efectos de un “acto en ciernes” al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, para, por último, fijar las relaciones legales que vinculen a las partes en conflicto.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en la causa “Hidronor S.A. c/Provincia de Neuquén” que “...no existen obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de causa que inviste el ejercicio de acciones declarativas regladas por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial, inclusive cuando ellas persigan la declaración de invalidez de una ley frente a los preceptos de la Carta Fundamental; y que una conclusión opuesta traería consecuencias desde todo punto de vista inconvenientes...”.

La consideración de garantías específicas en el texto de la Constitución, no descalifica, sin embargo, la existencia de otras garantías “innominadas” entre las que tiene especial significancia en nuestro sistema constitucional el llamado “principio de razonabilidad” cuyo fundamento se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Un aporte teórico de gran importancia en su defensa y fundamentación ha sido el realizado por Juan Francisco Linares, quien sostuvo la existencia de un “debido proceso sustantivo”

de manera paralela al “debido proceso adjetivo” (*due process of law*) contenido en nuestro artículo 18 C.N.

La tesis de Linares<sup>19</sup> toma fundamento en la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos que al garantizar el debido proceso toma tanto el aspecto adjetivo como el sustantivo; en tanto en aquel sistema jurídico de *common law* la vinculación de los precedentes por la regla del *stare decisis* encuentra fundamento en el derecho natural.

La existencia de derechos o garantías implícitos quedaba abierta, además, por la vía del artículo 33 al consagrar que los derechos y garantías enumerados en la constitución no niegan la existencia de otros no enumerados en tanto deriven del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, conforme reza en igual fórmula su modelo que ha sido la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

En realidad el art. 33 que a veces se ha extendido más allá de sus límites en su interpretación en cuanto a los derechos, corresponde más en su interpretación respecto de las garantías porque ese era el sentido de las primeras enmiendas en la Constitución de los Estados Unidos, más bien el establecimiento de garantías a la libertad que la enunciación dogmática de derechos.

Señala en tal sentido González Calderón<sup>20</sup> que “...el derecho constitucional de los estados, anterior y posterior a la independencia, la Constitución federal luego y la jurisprudencia adoptaron y aplicaron con éxito el sistema inglés de proteger prácticamente la libertad y seguridad individuales mediante las instituciones y procedimientos que en el país donde tuvieron origen consolidarla. Contrasta así la concepción anglosajona de la libertad civil con el teoricismo declamatorio que caracteriza al derecho constitucional de los pueblos latinos, tanto en la esfera de la doctrina como en la de su aplicación positiva. Porque mucho más pueden hacer por el afianzamiento de la libertad el hábeas corpus y el *due process of law* de los ingleses y americanos, que todas las celebradas declaraciones de derechos más o menos teóricas”.

19. Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, op. cit.

20. Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, op. cit., p. 134.

Aparece también en la obra de Bidart Campos<sup>21</sup> una cita de las denominadas “garantías institucionales” mencionadas en la Constitución. Dichas garantías institucionales irradiarían efectos protectorios hacia algunos derechos como, por ejemplo las universidades (art. 75 inc. 19), los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17), la familia (arts. 14 bis y 75 inc. 19), la Iglesia Católica (art. 2), las confesiones religiosas reconocidas (art. 14), las asociaciones sindicales (art. 14 bis), a los que se agregan los partidos políticos (art. 38), los municipios, las provincias y, finalmente, la independencia del Poder Judicial.

El Poder Judicial, como “control de los controles”, representa la mayor garantía de la seguridad jurídica en nuestro sistema; por ello la necesidad de preservar su prestigio; y de allí también que recordemos a Hamilton en la lectura N°LXXVIII de *El Federalista* cuando afirmara “...no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo [...] la libertad no tiene nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros dos departamentos...”.

### III. El Habeas Data:<sup>22</sup> marco constitucional y legal

“Hábeas data” significa “tiene tus datos”; el vocablo “hábeas” viene del latín, segunda persona del subjuntivo de *habeo*, *habere*, que significaría “ténganse en su posesión”, y “data”, que es el acusativo plural de *datum*,

21. Bidart Campos, op. cit., refiere en tal sentido la sentencia de 1ª instancia del Juzgado federal de Mar del Plata a cargo del Dr. Jorge I. Sirochinsky, de fecha 4 y 31 de diciembre de 1997, con nota de Gil Domínguez, Andrés, “Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa”, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley*, 18/VI/99 y Espinosa Saldaña B., Eloy, “¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuando frente a una garantía institucional?, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII N°16, julio-sept. 1998, y del mismo autor “Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, N°163, noviembre 1999.

22. Ver Alberto Dalla Via y Marcela Basterra, *Habeas Data y otras garantías constitucionales*, Nemesi, 1999; y Alberto Dalla Via, *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2011.

es definido por los más actualizados diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Por lo que “hábeas data” quiere decir “que tengas los registros, los datos”.<sup>23</sup>

“La difusión de la informática en todos los aspectos de la vida social, ha dado nacimiento a nuevas posibilidades, nuevos intereses, pero también nuevos peligros dando necesario nacimiento a una nueva disciplina jurídica.”

El “hábeas data”, por su parte, como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación, surge de la Constitución Brasileña de 1988 (art. 5), sin perjuicio de contar con numerosos antecedentes en el derecho comparado. Vanossi<sup>24</sup> señala dos facetas en su desarrollo: a) una clásica o tradicional, comprensiva del denominado “derecho a la información” y b) otra faceta que está dada por el gran impacto de la informática, la telemática y demás medios incorporados a nuestra cultura en tiempos recientes.

El origen de esta garantía, según Sagüés, se explica en virtud del desarrollo del llamado “poder informático”, puesto que aquellos que hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos) están amparados en otro tipo de normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer toda industria lícita, propiedad, etc., pero no están en la misma situación los registrados en archivos o bancos de datos, ya que los mismos pueden contener información equivocada, falsa, obsoleta, etc., para ser usada con fines discriminatorios o simplemente porque constituyen una lesión al derecho de intimidad de las personas. En igual sentido y con esas palabras en relación con el origen de este instituto se pronuncia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en autos “Branchi de Sáenz, Delia Ángela v. Sanatorio Greyton SA s/amparo” (sent. 6/7/1995).

Aunque aparezcan legisladas en forma conjunta las garantías constitucionales de amparo, hábeas data y hábeas corpus, la historia del hábeas data en nuestro derecho constitucional es muy distinta de la del amparo y el hábeas corpus, mientras que estas surgen como resultado de la creación

23. Alberto R. Dalla Via y Marcela Basterra., *Hábeas data...*, op. cit.

24. Jorge Reinaldo A. Vanossi, “El Habeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa”. *El Derecho*, 13-9-94, t. 159, p. 949.

pretoriana –como ya se afirmara en el apartado precedente–, y sin estar contempladas específicamente en la Constitución, el hábeas corpus deviene del constitucionalismo clásico y reconoce su fundamento en el art. 18 de la Carta Magna; al amparo lo ubicamos con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en México, contemporáneamente al nacimiento de los llamados derechos sociales y económicos; el hábeas data es una garantía que constituye una novedad en nuestro derecho interno y en el derecho en general; es plasmada en nuestra Carta Magna como una necesidad sociológica, puesto que estaba contemplada ya en diversos ordenamientos jurídicos de distintos países y en algunas Constituciones provinciales.

El art. 43 de nuestra ley fundamental hace mención de esta garantía como un subtipo del amparo, aunque no lo diga expresamente, regulándola en el tercer párrafo.

...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...

Algunos autores establecen que esto es atribuido a una decisión del constituyente, Dromi y Menem lo titulan “acción de ‘amparo’ especial”, Vanossi establece que se trata de una garantía que pertenece al “género” amparo, un amparo especializado que debe satisfacer las necesidades reparatorias que nuestro tiempo exige, y en general es considerado así por la amplia mayoría de la doctrina. Bianchi plantea, sin embargo, que no sería obligatorio considerar al hábeas data como una modalidad del amparo, que bien podría constituir una acción independiente como lo es el hábeas corpus, solo que en la Constitución está planteada claramente como una modalidad de la acción de amparo.

Con base en lo establecido en la Constitución Nacional también la jurisprudencia la ha acogido como una forma de amparo, tal lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Rossetti v Dun Bradstreet s/amparo” (sent.19/5/1995) “cuando a través del amparo, un particular ejerce la acción de hábeas data”.

Nosotros creemos que si bien está planteada como un subtipo de amparo, podríamos pensar si en realidad el motivo del ello no se debe a que se trató de una necesidad de regulación de una garantía, que no podía ser introducida de otra manera que en forma de especie de amparo en nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994, dado que no se encuentra contemplada en el art. 3° llamado “Núcleo de coincidencias básicas” de la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma; en dicho art. 3°, punto N, se establece “consagración expresa del hábeas corpus y el amparo”, mediante “la incorporación de un artículo nuevo en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional”; a simple vista parece ser que el instituto no está habilitado para el debate.

Pensamos que de no haberse regulado como una variable del amparo no había otra forma de introducción en nuestra Constitución, ya que si bien el hábeas data podría llegar a fundamentarse en los Tratados Internacionales introducidos en la reforma de nuestra Constitución de 1994, en el art. 75, inc. 22, tal el caso del art. 12 del Pacto de San José de Costa Rica, o en el art. 33 de derechos implícitos, no está establecido específicamente en ningún lugar con el nombre de “hábeas data”, ni con las características, ni especificación.

Finalmente, en el año 2000 se sanciona la Ley 25.326 que regula la citada garantía. La mencionada normativa legal “tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional [...] En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas” (cf. art. 1).

### **3.1. Finalidad y objetivos**

El HD tiene por finalidad impedir que en bancos o registros de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que se encuentren directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en

su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

Sin duda la protección de las personas contra el uso abusivo de la informática, que violente derechos fundamentales como el de la intimidad, el honor, la imagen, etc., es uno de los fines fundamentales que tuvo en miras el legislador al establecer esta garantía.

Tomando los fines y objetivos de la letra de la norma constitucional la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal estableció en autos “Farrel, Desmond Agustín c/BCRA y otro s/amparo” (5/9/95) y ratificó en autos “Gaziglia, Carlos Raimundo y otro c/ BCRA y otro s/amparo” (4/10/95):

“El hábeas data tiene cinco objetivos principales:

Que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos;

Que se actualicen datos atrasados;

Que se rectifiquen datos inexactos;

Que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros;

Supresión del registro de la llamada ‘información sensible’ (vida humana, ideas políticas, religiosas o gremiales)”.

### **3.2. Datos sensibles**

El artículo 2 de la ley 25.326 define a los datos sensibles como aquellos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Por su parte el artículo 7 de la citada ley establece que:

1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.
2. Los datos sensibles solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.
3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que

almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.

4. Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales solo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.

Finalmente, el Convenio 108 sancionado por el Consejo de Europa en 1981 explica que los datos sensibles son: el origen social de la persona, sus opiniones políticas, militancia y participación gremial, si tiene o no convicciones religiosas, datos referidos a la salud y a la vida sexual, las condenas judiciales o penales de que hubiera sido pasible.

### **3.3. Legitimación activa**

“La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que estas designen al efecto.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo” (cf. art. 34, ley 25.326).

### **3.4. Legitimación pasiva**

“La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes” (cf. art. 35, ley 25.326).

Siguiendo a Falcón, que hace una clasificación enunciativa de *tipos de registros de datos*, podemos clasificarlos en:

1. Personales
2. Comerciales

3. Impositivos o patrimoniales
4. De propiedad
5. Políticos
6. De salud
7. Públicos, privados y secretos

### **3.5. Procedimiento**

Etaa prejudicial: envío de notificación suficiente al titular del registro o banco de datos.

La vía judicial:

1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá:

- a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;
- b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la ley 25.326, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización (cf. art. 33, ley 25.326).

La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la ley 25.326 y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo (cf. art. 37, ley cit.).

### **3.6. Competencia**

“Será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Procederá la competencia federal:

- a) cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y
- b) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales” (cf. art. 36, ley 25.326).

### **3.7. Jurisprudencia**

*Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)*

Uno de los fallos emblemáticos de Hábeas Data es “Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor conjunto de las FFAA s/ amparo ley 16986”, del 15/10/98.

Allí la Corte expresó:

“9º) Que, como principio, corresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias” (Fallos: 239:459).

10) Que, asimismo, en particular referencia a la acción de hábeas data, la lectura de la norma constitucional transcripta permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual, la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente –hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación–, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos (doctrina de Fallos: 315:1492, considerando 22).

[...]

15) Que en las condiciones expuestas corresponde reconocer al apelante el derecho a la información objetiva requerida, para lo cual deberá disponerse el libramiento de los oficios necesarios a fin de que los organismos requeridos den cuenta de si en sus registros obra constancia del fallecimiento de Benito Jorge Urteaga y, en su caso, la localización de sus restos.

*Cámara Nacional Electoral (CNE)*

Fallo N°3410/2005 (Causa: “Sánchez Morteo, Susana T. - Coopoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/queja”)

5º) Que, por ello, se advirtió que el creciente almacenamiento y recopilación de datos de carácter personal en el mundo moderno, facilitado por el avance de la informática, tornaba razonable consagrar una acción especial que permitiera a las personas controlar la información que de ellas consta en los registros, archivos o bancos de datos, pues –frente a tales circunstancias– resulta insuficiente concebir el derecho a la intimidad como la facultad destinada a excluir a los terceros de la zona de reserva, sin contar al propio tiempo con la posibilidad de controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto (cf. Fallos 322:2139, voto del juez Boggiano, considerando 12º).-

6º) Que, en busca de tal objetivo, la ley 25.326 prohíbe la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revelen “datos sensibles” (cf. artículo 7, inc. 3º), entendidos estos como los que expliciten “origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual” (artículo 2), los que “solo pueden ser recolectados y [constituir] objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por la ley [...] [o] finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares” (artículo 7, inc. 2º).-

7º) Que, sentado ello, y contrariamente a lo aseverado por el a quo (cfr. fs. 3) no resulta congruente considerar que la afiliación política pueda ser incluida en tal categoría (cf. Bidart Campos, Germán J., “¿Ser afiliado a un partido político configura un dato sensible?”, *La Ley*, 24 de octubre de 2002, página 1). Ello es así, pues no es ocioso recordar aquí que “afiliarse” implica un acto voluntario (cf. artículo 23 de la ley 23.298) y complejo que

se perfecciona con la admisión por parte de la agrupación político partidaria (cf. artículo 25). Emanada pues de la voluntad concurrente de varias partes –el ciudadano y el partido– en el cual los sujetos intervinientes han de perseguir un contenido y fin únicos.-

En este sentido no resulta atendible que so pretexto de un hipotético acto discriminatorio, se pueda vedar al público el conocimiento de los padrones partidarios, ya que se perdería una herramienta valiosa y necesaria para transparentar el funcionamiento interno de las fuerzas políticas y fortalecer –con ello– el sistema representativo de gobierno, en tanto de los partidos políticos depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia de un país (cf. Fallos 310:819 y Fallo C.N.E. 3010/02).-

En efecto, la manifestación de voluntad primaria, expresada mediante la suscripción de la documentación correspondiente y por la cual el ciudadano solicita formar parte de un partido, aparece así como un elemento esencial del acto jurídico-político de la afiliación –pero no el único–, en tanto este no podría tener tal carácter sin un hecho exterior por el cual aquélla se manifieste –cf. artículo 913 del Código Civil– (cf. Fallos CNE 3374/04).-

8º) Que, entonces, el hecho de que la ley 25.326 preserve las “opiniones políticas” (cf. artículo 2) dentro del ámbito de los denominados “datos sensibles” (cf. artículo citado), no supone que esa protección deba extenderse a los registros de afiliación político-partidaria, pues –como se ha visto– esta es consecuencia de la “expresión libre [y pública] de la voluntad” del ciudadano (cf. Fallo C.N.E. 3374/04). La opinión puede ser reservada, no así la afiliación, pues esta debe ser necesariamente solicitada al partido, el cual –a su vez– la comunica a la Justicia Electoral.-

En efecto, la referida norma solo tiene por finalidad garantizar la privacidad del pensamiento político del individuo impidiendo que este se registre en bases de datos de cualquier índole, sin que sea posible asignarle otra inteligencia. La afiliación partidaria, en cambio, implica el ejercicio del “derecho político a tomar parte activa en la vida de las agrupaciones [que] está resguardado por la Constitución en su artículo 37” (Curtino, Clara Julia, “El derecho a la privacidad de las personas...”, La Ley, 22 de octubre de 2002, páginas 1 y 2). Se trata de participar en el seno de personas jurídicas de derecho público no estatal, lo que conlleva ínsita su inclusión en registros partidarios, cuyo carácter público está dado –además– por el artículo 27 de la ley 23.298 (cf. Fallo citado).-

9º) Que, en ese marco conceptual, no puede pasarse por alto que este es el criterio que se desprende, por otra parte, de los términos de la propia ley 25.326. En efecto, no caben dudas acerca de que el legislador tuvo especialmente en consideración esta cuestión pues, aun cuando pudiese tratarse de “información que directa o indirectamente revel[ase] ‘datos sensibles’”, incluyó a las agrupaciones políticas entre las instituciones autorizadas a llevar un registro de sus miembros (cf. artículo 7, inc. 3º, *in fine*).-

Fallo N°5464/2015 (Causa: “Mesa Nacional por la Igualdad y otros s/ Habeas Data”).

8º) Que, en este sentido, no es posible soslayar que de acuerdo a lo establecido en la ley 26.743 los datos a los que las recurrentes pretenden acceder son –tal como se desprende de sus propios dichos– “confidenciales” (cf. fs. 44 vta.).-

En efecto, en su artículo 6º, la mencionada ley expresa que “[s]e prohíbe cualquier referencia a la presente ley en la partida de nacimiento rectificada y en el documento nacional de identidad expedido en virtud de la misma”, y el artículo 9º dispone que “[s]ólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuentan con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la ley 18.248”.-

Asimismo, el decreto 1007/12 establece que “en la nueva partida no se podrá hacer mención alguna a la Ley N°26.743 [...] ni referencia alguna a normas de carácter local que permitan inferir el cambio de género efectuado” (cf. art. 4º); y que “[l]a estricta confidencialidad de las partidas prevista en el artículo 9[º] de la ley [...] es extensible a los legajos de identificación del Registro Nacional de las Personas” (cf. art. 10).-

En efecto, tal como se señaló en los debates legislativos de la ley “[h]ay confidencialidad; y es obligatorio mantenerla. Eso hace a este derecho” (Cámara de Senadores de la Nación, 5º Reunión, 3º Sesión ordinaria, 9 de mayo de 2012, intervención de la senadora Escudero).-

9º) Que, en este sentido, las recurrentes expresamente reconocen que “[e]l artículo 9[º] de

la [L]ey 26.743 impone la obligación de confidencialidad respecto de los cambios operados en la documentación personal de las personas trans, la que no se dará a publicidad en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los mismos” (cf. fs. 38 vta.).-

Sin embargo, de las constancias obrantes en la causa no surge que – pese a advertir su necesidad– las apelantes hubieran acompañado las autorizaciones de los titulares de los datos a los que pretenden acceder.-

Por tal motivo, su pretensión no puede prosperar, pues no se puede ir en detrimento de los derechos que las disposiciones legales aplicables procuran resguardar. Conceder la misma, no sería otra cosa que vulnerar la propia protección que las recurrentes solicitan, y en sus propias palabras “se est[aría] violentando la ley” (cf. fs. cit.).-

Causa: “Asociación por los Derechos Civiles y otro contra Cámara Nacional Electoral s/Amparo - Ley de Habeas Data 25.326” (Expte. N° CNE 1003246/2013/CA1), sentencia del 14 de mayo de 2015

6º) Que, [...] no resulta congruente –en principio– considerar que la fotografía de los electores en el padrón pueda ser incluida en tal categoría.-

En efecto, no caben dudas acerca de que el legislador tuvo especialmente en consideración esta cuestión pues, aun cuando pudiese tratarse de “información que directa o indirectamente revel[ase] ‘datos sensibles’” (cf. art. 7º, inciso 3º ley 25.326), incluyó en el Código Electoral Nacional el artículo 15 que señala –con respecto al registro informatizado– que “[l]a autoridad de aplicación determina en qué forma se incorporan las huellas dactilares, *fotografía* y firma de los electores. El soporte documental impreso deberá contener además de los datos establecidos para el registro informatizado, las huellas dactilares y la firma original del elector, y la *fotografía*” (destacado agregado).-

Asimismo, el artículo 17 del mismo cuerpo legal establece –en lo que aquí interesa– que “[e]l Registro Nacional de Electores será organizado por la Cámara Nacional Electoral, quien será la autoridad competente para disponer la organización, confección y actualización de los datos que lo componen. [...] *El Registro Nacional de las Personas deberá remitir al Registro Nacional de Electores, en forma electrónica los datos que correspondan a los electores y futuros electores.* Sin perjuicio de ello, debe remitir periódicamente las constancias documentales que acrediten cada asiento

informático, las que quedarán en custodia en forma única y centralizada, en la Cámara Nacional Electoral. [...] La Cámara Nacional Electoral podrá reglamentar las modalidades bajo las cuales el Registro Nacional de las Personas deberá remitir la información, así como también los mecanismos adecuados para su actualización y fiscalización permanente, conforme lo previsto en la presente ley, y de acuerdo a la posibilidad de contar con nuevas tecnologías que puedan mejorar el sistema de registro de electores” (destacado agregado).-

En tal sentido, debe advertirse que mediante las leyes 25.671, 26.744 y 26.774, se introdujeron diversas modificaciones al citado Código que tienen directa incidencia en la conformación del material y documentación electoral que la justicia nacional electoral debe remitir a cada mesa receptora de votos (cf. Acordada CNE N°18/13, del 12 de marzo de 2013).-

[...]

8º) Que, como puede apreciarse, resulta inevitable que con el avance de los servicios de informatización –que se han ido incrementado con mayor frecuencia en los últimos tiempos– se incluya información personal de los ciudadanos en las diversas bases de datos públicas y privadas.-

Con igual criterio se ha dicho que “[p]recisamente, el desarrollo vertiginoso en los nuevos intercambios de información ha propiciado desafíos de una intensidad y magnitud insospechada para el Estado, que ha tenido que adecuarse a estos con el fin de continuar con el desarrollo de su función pública. De modo que para el Estado moderno, la era tecnológica también se ha convertido en un aliado en cuanto a su organización, pues la información que le brinda al ciudadano y la que recibe de este, puede ser utilizada y valorada mediante el almacenamiento y clasificación de datos, ofreciendo innumerables ventajas en el proceso de tratamiento de la información”. (cf. Revista Derecho Electoral, Tribunal Supremo de Elecciones N°8, Primer Semestre 2009 ISSN: 1659-2069. Posibilidad de brindar información contenida en la cédula de identidad a otras instituciones del Estado, concretamente, la fotografía, por Juan Luis Rivera Sánchez).-

[...]

11) Que de lo antes expuesto, puede concluirse que si bien existe un derecho a la imagen que debe ser considerado y tutelado, este –como todo derecho– no es absoluto, sino relativo, pues puede reglamentarse a efectos de no vulnerar el ejercicio de otro u otros derechos.-

En el *sub examine* no se advierte la existencia de una concreta afectación de los derechos fundamentales de las personas, toda vez que los fines que se persiguen apuntan a verificar la identidad del ciudadano, garantizando de esta manera el pleno ejercicio de su derecho político, la seguridad que brinda el derecho de información y la transparencia que debe reinar en todo proceso electoral.-

De ahí que –sin perjuicio de los regímenes especiales que prevén la ley 25.520 y 25.764– resulte necesario dar a conocer a la ciudadanía los datos que figuran en el padrón electoral.-

#### **IV. Consideraciones finales**

Todo lo que hasta aquí va expuesto es bien demostrativo de la dificultad existente para elaborar un concepto unívoco y dogmático de garantismo, sin considerar las diferentes aristas o vertientes que lo nutren desde los más variados ámbitos. Pero un punto de vista que no puede desatenderse es el correspondiente a la valoración del sistema democrático como garantía del juego político y como el ámbito más favorable para el desarrollo de los derechos humanos.

Cabe señalar que más allá de los distintos “ismos” que dan cuenta de un “movimiento garantista” en materia penal o materia fiscal, para nosotros el término no se vincula con algún movimiento esporádico sino con el universo de la tutela constitucional de los derechos como conjunto y sistema que mas bien proviene de una constante y paulatina evolución, con sus marchas y contramarchas, y los aportes de distintas vertientes.

Desde esta cosmovisión genérica, el garantismo como tal encuentra fundamento en el contractualismo, que ha delegado desde la Sociedad hacia el Estado, a través del pacto o contrato originario, el uso de la fuerza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Los instrumentos para tal fin son la ley y el orden que es necesario asegurar desde la plena reconstrucción de un contrato social que hoy se encuentra en crisis. Pero como este camino o alegato a invocar una legitimidad superior a la ley puede llevar a planteos autoritarios, nos prevenimos de ello sosteniendo con Dahrendorf<sup>25</sup> la necesidad de construcción de instituciones.

25. Ralf Dahrendorf, *Ley y Orden*, Traducción de Luis María Díez-Picazo, Madrid, Civi-

El Estado de Derecho (*rule of law*) no puede probablemente funcionar –y ciertamente no puede funcionar bien– sin un sentido de las instituciones de la sociedad. Más aún, sin hacerse el mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El Derecho protege y el Derecho capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad.

## V. Bibliografía

- Bidart Campos, G.: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.
- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A Nueva Edición Ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1999-2000.
- Dahrendorf, Ralf: *Ley y Orden*, Traducción de Luis María Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- Dalla Via, Alberto y Basterra, Marcela: *Habeas Data y otras garantías constitucionales*, Nemesiis, 1999.
- Dalla Via, Alberto: *Manual de Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, 2011.
- Espinosa Saldaña B., Eloy: “¿Cuándo estamos frente a un derecho fundamental y cuando frente a una garantía institucional?”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, N°16, julio-sept. 1998.
- “Derechos fundamentales, instituciones constitucionalmente garantizadas, participación en la vida política nacional y referéndum”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Año XV, N°163, noviembre 1999.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal*, varios traductores, Madrid, Trotta, 1995.
- Gil Domínguez, Andrés: “Garantías institucionales: la consagración jurisprudencial de una nueva categoría normativa”, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, *La Ley*, 18/VI/99.
- González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1951.

tas, 1998.

- González Calderón, Juan A.: *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 2. J. Lajouane Editores, 1917.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Barcelona, Edit. Labor, 1934.
- Linares Quintana, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo VI, Plus Ultra.
- Loewenn, Kart: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970.
- Peces Barba, Gregorio: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Eudeba Universidad, 1988.
- Quiroga Lavié, Humberto: en Rosatti y otros autores, “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- Sagiés, Néstor P.: *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Astrea, 1993.
- Sánchez Viamonte, Carlos: *El hábeas corpus. Garantía de la libertad*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1956.
- Vanossi, Jorge Reinaldo A.: *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- “El Habeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa”, *El Derecho*, 13-9-1994.
- Zarini, Helio Juan: *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, 1996.