

DERECHO A LA INFORMACIÓN
vs.
DERECHO A LA INTIMIDAD

Existe un hilo invisible que hilvana los acontecimientos históricos en la tierra, generando consecuencias de efectos imprevisibles y trascendentes.

Hacia el *Oriente*, cruzando el río Indo (“el río sagrado”), por mucho tiempo se desarrolló una compleja y aislada civilización. Para el año 581 d. J.C. los chinos ya habían inventado la *xilografía* (impresión con caracteres grabados en tablas de madera) –que más tarde tuvo caracteres móviles– y utilizado papel de trapo.

En *Occidente*, para ese entonces, la compleja escritura ideográfica de los chinos y de los egipcios había sido substituida por la *escritura cursiva* de los fenicios, construida sobre un alfabeto de 22 letras. Con razón se dice que los fenicios han ensañado al mundo a leer y escribir.

Escritura e imprenta constituirán hitos trascendentales en la historia de la búsqueda del conocimiento.

Pese a esto, toda la información de aquellos tiempos remotos se concentraba en las grandes bibliotecas reales o en poder de los sacerdotes; el hombre común estaba ajeno a ella. El conocimiento, por lo general, era patrimonio de los sacerdotes. Desde el *Oráculo de Delfos* hasta los iluminadores y copistas de los monasterios medievales la sabiduría se concentraba en unos pocos, y la edición de libros estaba limitada a esos reductos de sabiduría. Había dos tipos de información; la que provenía de los sabios y la que se utilizaba para controlar al hombre. Una y otra estaban al servicio del poder.

A través de los *Ojos y Oídos del Rey*, de los *Missi Domínicí* o de satélites interestelares, siempre el hombre ha buscado la forma –y no descansará en el intento– de hallar una manera de acumular información. Desde los sátrapas persas pasando por Carlomagno hasta nuestros días, la información ha sido fuente de poder. En definitiva, esos centros de información antiguos no eran sino bases de datos equivalentes a los que hoy procesan los ordenadores modernos. Toda esa información acumulada por siglos, antes y ahora, en papiros, tablillas de barro o en impulsos electrónicos, fue utilizada por los hombres para satisfacer sus ansias de poder.

Pero toda la información y el conocimiento acumulado durante siglos por el hombre hubiesen permanecido empolvados en los anaqueles de oscuras bibliotecas medievales si no hubiesen ocurrido dos hechos que revolucionaron el mundo. El invento de la imprenta en el año 1454 por Juan Gutemberg (el primer libro impreso fue la *Biblia Mazarina*) y las computadoras en el Siglo XX. Estos dos acontecimientos hicieron del conocimiento una fuente de poder insuperable. Al alcance de todos.

Por un lado la información se busca y por el otro se provee; hay información que va y hay información que viene; se pide información y se brinda información; por poder, por dinero, o por conocimiento. La información se ha convertido en una garantía de

los estados democráticos de derecho y en un bien jurídico y económico. No se comprende un sistema democrático que no tenga garantizada la libertad de información, y nadie duda hoy en día que el poder se ejerce a través de la información, o que la información es dinero.

Desde la modesta *acta diurna* de la antigua Roma, los *avvisi* Venecianos, los *Zeitungen* alemanes o *corantos* holandeses de los Siglos XVI y XVII, reconocemos la fuerza y la influencia de la prensa en las sociedades modernas.

El cambio es producto –repito– de la revolución de la imprenta y de las computadoras. Ahora, como antes, todos buscan y procesan información. Esta tiene dos vertientes: la prensa y las bases de datos.

Limitaremos el análisis del tema en este Congreso a la *información* concentrada en las bases de datos y sus consecuencias.

1. La *información* como fuente de poder

ALVIN TOFFLER, en sus obras: *El "shock" del futuro* y *La tercera ola*, anunciaba un mundo de computadoras, donde la *información* sería el centro del *poder*. En *El cambio del poder (Powershift)*¹, el autor eslabona las fuentes de poder: músculos, dinero y mente; o –lo que es lo mismo– fuerza, riqueza y conocimiento, para concluir, que "el poder de mejor calidad se deriva de la aplicación del conocimiento", reconociendo que la lucha es por el acceso y la distribución del conocimiento. Pero, esta fuente de poder supone *información*.

Cuando la vida de los pueblos se desenvolvía en los valles, aislada por fronteras naturales, constituidas por ríos, montañas y selvas, *saber algo* no representaba un hecho que pudiera interesar al Derecho. Los hechos sólo son objeto de tutela jurídica cuando afectan derechos de las personas. Es así como, cuándo la *información* invadió el *derecho a la intimidad* adquirió relevancia jurídica; es decir, cuando saltó los límites que protegían los *derechos personalísimos*. En sus orígenes, en que se dijo *the right to privacy is the right to be let alone*" (el derecho a la privacidad es el derecho a estar solo)²,

¹ ALVIN TOFFLER. *El cambio del poder (Powershift)*. Plaza & Janes Editores S.A. 1990.

² XAVIER O' CALLAGHAN. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (pág. 86/7). El origen de la concepción moderna sobre el derecho a la intimidad se halla en la doctrina y, por su influencia, la jurisprudencia norteamericana. El concepto, en Estados Unidos, de la intimidad, conocida bajo el nombre de *privacy* aparece en 1890, con el artículo de WARREN Y BRANDEIS, "The right to the privacy", que mantienen la intimidad como derecho autónomo, *privacy-personality*, abandonando el concepto de *privacy-property*. Los primeros casos que se presentan en la jurisprudencia, versan sobre el derecho a la imagen, que era considerado y lo es todavía, como un simple aspecto del derecho a la intimidad, del que forma parte (los casos más significativos son expuestos al tratar de las relaciones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen).

Tal como destacaba, años ha, GEORGINA BATLLE en el concepto de intimidad palpita una idea de la comunicación total, de la publicidad, del conocimiento o de la intervención de los demás, a no ser que éstos, por razones especiales de convivencia, se encuentren llamados a participar de algún modo en nuestra vida elemental y reservada.

no se advertía la profunda transformación que traerían la ciencia y la tecnología de la información al campo del Derecho.

Al derecho de informarse (artículo 28 CN³) se opone el derecho a la intimidad (artículo 33 CN⁴). Y en este conflicto de derechos, vale el estudio (no editado aún) sobre *Balance de derechos* de DANIEL MENDONCA, en el que nos remite al sistema de *pesos y balances* de ROSCOE POUND (*Sociological Jurisprudence*) según el cual "resulta necesario imaginar principios de valoración de intereses que permitan decidir acerca del peso que debe acordarse en cada caso concreto a los diferentes intereses en pugna". Este criterio permite sostener que los derechos –siempre– pueden ser superados (derrotados) por otro, según las circunstancias del caso, prevaleciendo el uno sobre el otro, lo que no importa –según señala MENDONCA, citando a RONALD DWORKIN– "que el principio derrotado no sea un principio del sistema jurídico considerado, porque en el caso siguiente, cuando las consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo para ese caso".

La información es fuente de poder para el poderoso y para los que no lo son. Por la información se controla, y por ella se libera. Quien la posee domina o es libre. De ahí que, un patrimonio jurídico tan versátil exige regulación. No pueden las naciones organizadas bajo *Estados de Derecho* dejar de reglar la información, garantizando su libre expresión, con sujeción a ciertos principios básicos de respeto a los derechos del hombre.

2. El “derecho–deber” de informar

En el mundo *Occidental* no concebimos un *Sistema Democrático* en el que el “derecho” a la información no sea un “deber”, considerado como el soporte indispensable de todas las demás garantías constitucionales. La información es un patrimonio colectivo y un presupuesto democrático. Por lo mismo, es de interés general.

Esta idea de exclusión subyace en el concepto de derecho a la intimidad desde sus mismos orígenes, en que se dijo *the right to privacy is the right to be let alone*" (Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid. 1991).

³ Art. 28. *Del derecho a informarse*. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios (Constitución Nacional de la República del Paraguay).

⁴ Art. 33. *Del derecho a la intimidad*. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estará exenta de la autoridad pública.

Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas (Constitución Nacional de la República del Paraguay).

Hablamos de información *veraz*. No admitimos protección jurídica para aquella información falsa o injuriosa. Sólo aquella que goza de *veracidad* goza de protección constitucional. Quien recoge y procesa información tiene el deber de asegurar que la misma se ajuste a la verdad. Y asume la responsabilidad inherente al daño que pudiera ocasionar el error contenido en la información equivocada.

Debe distinguirse la información de aquello que es *público* de la información de aquello que es *privado*. Simplemente porque el “derecho–deber” de informar sobre la *res publica* debe considerarse más extenso, más amplio, sin perder su obligación de ser *veraz*. La *cosa pública* es de interés general, pues afecta a todos, aumentando el “deber” de informar y el “derecho” a la información del ciudadano. Sin embargo, este “derecho–deber” de informar no es absoluto; halla su límite en el Derecho a la Personalidad. Derecho que varía según la posición *pública* de la persona, cuyo *honor* (entendido como derecho a la intimidad) se debilita frente a la libertad de información, cuando la actuación de la persona se relaciona con asuntos de relevancia pública.

Independientemente del carácter de interés público o privado de la información, el ejercicio de la información como “derecho” debe detenerse ante los *derechos fundamentales del hombre*. Debe reconocer un límite en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la familia y de la niñez. En consecuencia, el Estado debe proteger tanto los derechos de ida y como los de vuelta; el de la información y el de la intimidad. No existen derechos absolutos. Es necesario reconocer que todos ellos siempre deben hacer concesiones bajo un régimen de convivencia social y armónica.

Por eso, "el Tribunal Constitucional –dice XAVIER O' CALLAGHAN, en *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*– tiene la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone a un derecho está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho de la otra parte, es decir, si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales en conflicto, el de los demandantes en el proceso civil a la intimidad y el honor y el de los demandados en ese proceso y actora recurrentes, a la libre información.... El T.C. se hace eco de la concepción que fue seguida por la jurisprudencia norteamericana, conocida por la expresión *balancing of interest* (pág. 15).

De todas maneras debemos reconocer como principio general el “derecho–deber” de informar, y como excepción el límite y las restricciones, buscando el equilibrio y el balance entre el principio expuesto y la limitación señalada. Para hallar ese equilibrio, sin embargo, las leyes deberán determinar –a su vez– los nuevos conceptos de responsabilidad que se derivan del uso de la información.

3. El derecho a la intimidad

Pese a la dificultad y el riesgo que conllevan las definiciones, se atribuye a ALBALADEJO la siguiente definición de *derecho a la intimidad*: "poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar,

poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado" (*Derecho Civil*, t. I, vol. 2º, pág. 65). Por su parte, IGLESIAS CUBRÍA, dice: "íntimo es lo reservado de cada persona, que no es lícito a los demás invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento; y que forma parte de la intimidad, todo lo que una persona puede lícitamente sustraer al conocimiento de los demás".

Conceptos tan abstractos son siempre difíciles de establecer. Pero este derecho se funda en la inviolabilidad de la persona humana; en su dignidad. Aquello que de cualquier modo vulnere la dignidad del hombre debe considerarse violatorio de sus derechos fundamentales.

A partir del artículo de WARREN Y BRANDEIS, "The right to the privacy" (1890), se modificó substancialmente el concepto de *intimidad*. Desde entonces, es reconocido como un derecho de la *personalidad* y no como un derecho de *propiedad*. En el derecho a la privacidad, el concepto moderno de protección de derechos desborda la simple propiedad de las cosas para extenderse a los derechos inherentes a la dignidad humana. Así, pues, el concepto original ha ido mudando hacia un concepto más moderno de administración de la información. O sea, *the right to be let alone* (el derecho a estar solo) ya no es suficiente. Bajo tan novedosa doctrina se considera al derecho a la privacidad como un modo de "excluir" de los demás cierta información que es propia y exclusiva de la persona.

No obstante las dificultades por establecer cuánta zona reservada posee una persona, considerada como un derecho fundamental y patrimonio exclusivo, la doctrina a establecido el concepto de *datos sensibles*, para referirse a aquellos que tienen que ver con pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias. Estas cuestiones están fuera del interés general, salvo cuando se trate de un hombre público, cuyos actos y decisiones afectan a una nación.

Muchos piensan que la Teoría de la Relatividad de EINSTEIN, ha tenido su mayor impacto en el principio aceptado –y no pretendido por el científico– de demostrar que todo es *relativo* en el mundo. El mismo concepto de "intimidad" es relativo, como todos los derechos del hombre y, por lo mismo, de muy difícil delimitación. No obstante esta dificultad, no podemos dejar de establecer que existe una clara vinculación entre lo que se entiende por "intimidad" y el círculo más reducido de la persona; aquél al que sólo debieran poder acceder quienes la misma persone autorice.

Este concepto alcanza también a los archivos. Así los archivos serán también públicos y privados. Aquellos datos contenidos en archivos públicos pueden ser difundidos. Los otros, deben hacerse con las reservas que las leyes establezcan. Aunque respecto de información pública la doctrina ha reconocido el "*derecho al olvido*", para referirse al derecho que tiene toda persona a que pasado el tiempo cierta información no reservada sea olvidada. Esta suerte de derecho de amnesia informativa, tampoco puede ser defendida más allá del interés general, por lo que bajo ciertas circunstancias puede (y muchas veces debe) ser exhumada y puesta a la consideración pública.

Como en todas las cosas, el medio y el tiempo condicionan el derecho de las personas. En otros tiempos lo que hoy se consideran datos sensibles, era información vital para el Estado. Los usos y costumbres y las circunstancias de tiempo y lugar determinarán en cada caso cuál es la línea divisoria entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, que dependerá además de las personas involucradas en la cuestión.

Por último, cuando existe interés histórico, científico o cultural debemos hallar la forma de reducir o eliminar la protección del derecho a la intimidad de una persona individual.

4. Los límites de la *información*

El crecimiento desbordado de la *información*, que permite la posibilidad de acumular cantidades ilimitadas de datos que afectan a circunstancias personales, de almacenarlos ordenadamente, de recuperarlos en forma inmediata y de transmitirlos sin problemas de distancia, ha generado un tipo de dominio que antes era desconocido. Aquel a que aludimos al iniciar este trabajo. Es así como los autores se preguntan: ¿ el fin jurídico tutelado en las leyes de protección de datos son los datos o las personas ?.

"En las sociedades informatizadas del presente –dice PÉREZ LUÑO– el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos"⁵. Esto hace absolutamente necesario una correcta regulación legislativa del tema como condición de funcionamiento del propio sistema democrático; como garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales, dado que su manipulación con fines ilícitos pone al ciudadano en clara desventaja frente al poder de quien controla la información. Así lo entendieron las sociedades más avanzadas, dictando leyes como la germana de *Datenschutz* o la más reciente *Data Protection Act* británica.

Y es aquí donde debe tenerse bien claro que el fin jurídico que se debe tutelar no son los datos en si mismos, sino los derechos y libertades de las personas, mediante normas que eviten –repito– la manipulación, pérdida o destrucción de los datos, a los que sólo debe atribuírseles una función meramente instrumental. Este interés ha quedado claramente definido en la forma que el Consejo de Europa en esta materia ha enunciado sus normas bajo la denominación de *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal* (Convención de Estrasburgo, 1976). Así también la *Privacy Act* norteamericana o la *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* francesa, que muestran de manera inequívoca, su finalidad al aludir expresamente a la intimidad o a las libertades.

Sin embargo, resulta importante señalar que el sistema europeo de protección de datos se asienta sobre el principio según el cual no pueden procesarse datos personales,

⁵ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, pág. 134 (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989).

salvo que esté expresamente permitido. En cambio, el sistema americano se asienta sobre el principio según el cual pueden procesarse todos los datos, salvo que estén expresamente prohibidos⁶.

Esta libertad de información, que permite a las personas *conocer* y *acceder* a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos (a través del *habeas data*); *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión, está fundada en la doctrina y la jurisprudencia germanas bajo la denominación del "derecho a la autodeterminación informativa" (*Recht auf informationelle Selbstestimmung*)⁷.

Todas estas tensiones desarrolladas entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad crecen y se desarrollan en el *mercado*, a la luz de la evolución de los derechos fundamentales. Cuyos principios quedaron enunciados en los derechos del hombre de la Revolución Francesa: *libertad*, *igualdad* y *fraternidad*. Marcadamente individualistas (*libertad*), en un principio, producto de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, ceden ante una segunda generación de derechos económicos, sociales y culturales, que substituyeron al Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho (*igualdad*). Pero, el llamado fenómeno de la "contaminación de las libertades", producto del uso de las nuevas tecnologías, fundado en la tercera generación de derechos

⁶ FRANCISCO GONZÁLEZ HOCH. *Privacidad de la Información Digital: Autodeterminación vs. Commodity*. La explicación para las diferencias entre el modelo europeo y el americano se encuentra, en palabras del profesor italiano Vittorio Frosini, en que: en la legislación federal de los Estados Unidos, se afirmó en la práctica el principio según el cual *todo está permitido, salvo lo que está prohibido* por una interdicción expresa y motivada de la ley, en el otro extremo, la ley federal de la República Alemana parece basada, al contrario, en la regla según la cual cualquier actividad relativa al procesamiento de datos personales *está siempre prohibida, salvo cuando está permitida* por una autorización expresa del poder público (pág. III-70 – SELA 1998. El Seminario en Latino América de Teoría Constitucional y Política. Mar del Plata, Argentina).

⁷ Según las tesis del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe, en su célebre sentencia del 15 de diciembre de 1983 sobre la *Ley del censo de población (Volkszählungsgesetz)*, el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre. De la dignidad y de la libertad, entendida como libre autodeterminación, deriva la facultad de la persona de "deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida". Por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación "un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él... Esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad 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".

El derecho a la autodeterminación informativa entraña una facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que abarca "todas las fases de elaboración y uso de datos, o sea, su acumulación, su transmisión, su modificación y su cancelación".

La libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa pueden considerarse, por tanto, como sinónimos. Es cierto que en algunas formulaciones doctrinales del derecho a la autodeterminación informativa se le concibe como una categoría más restricta, al entenderlo como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad o como una faceta de la intimidad. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial y teórico del derecho a la autodeterminación informativa lo hacen coincidir con el alcance de la libertad informática en cuanto se concreta en la garantía y acceso y de control de la información por parte de las personas concernidas" (ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, pág. 137/141 (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989).

fundamentales (*solidaridad*), ha reconocido los derechos del hombre frente a las agresiones que sufre en sus bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la vieja óptica de la lesión individualizada.

5. El mercado

Los defensores del *mercado* como único regulador de las relaciones comerciales, exigen un grado de *libertades* irrestrictas en materia de información, sin olvidar el derecho a la privacidad, pues consideran que el acceso a la información es "un elemento fundamental para el buen funcionamiento del libre mercado...., (exigiendo) un alto grado de información entre los agentes económicos" ⁸. De nuevo nos encontramos con las tensiones que produce el área de intimidad que debe ser garantizado a las personas frente al derecho del mercado a liberar la información, obligándonos a reconocer que si nos inclinamos demasiado hacia las doctrinas liberales de MILTON FRIEDMAN y FREDERICH VON HAYEK, sin contrapesos, ignoraríamos la advertencia contenida en la frase: *la libertad del tiburón es la muerte de las sardinas*. Para evitar estos excesos el Estado debe regular, entre otras cosas, el derecho a la información. La intervención del Estado es siempre peligrosa por esa tendencia innata de avanzar sobre el ciudadano. Pero no hallamos otro modo de evitar que el tiburón simplemente se coma a las sardinas. Ya el *Contrato Social* de ROUSSEAU reconocía la renuncia de cuotas de libertad en defensa de la libertad. ¿ Cuánta libertad debe ser cedida en aras de la libertad ?. MARX recomendaba hacer las concesiones indispensables al Estado que garantizaran el "orden socialmente necesario". Aquellas que excedieran este "orden" debían ser consideradas "orden sobrante" y, por lo mismo, debían entenderse que se establecen sólo en beneficio exclusivo del Estado y en perjuicio del ciudadano.

Aceptemos las reglas del mercado, bajo el equilibrio que otorgan leyes enunciadas según los principios de un estado social de derecho, donde los agentes económicos tengan derecho a aquella información necesaria para el negocio, y a la que no podrán darle otro destino que el específicamente establecido en el acuerdo celebrado. Modificando, de esta manera, el concepto primigenio del derecho a la privacidad, entendido como el derecho a negarse a dar información no deseada, por un concepto moderno positivo, que autoriza a la persona a conocer, corregir, quitar o agregar datos personales (principio de autodeterminación informativa).

6. El Hábeas Data

El *Hábeas Data* nace como una necesidad de conocer la información que las dictaduras habían recogido y almacenado durante años sobre sus perseguidos políticos. Derrocadas las dictaduras de Antonio de Oliveira Salazar en Portugal (1968) y concluido el proceso militar iniciado con Joao Goulart hasta Ernesto Geisel en Brasil (1974), desde Europa (1976) el *Hábeas Data* llega a América (1988), para instalarse definiti-

⁸ RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR. *Privacidad, Mercado e Información* (SELA 1998. El Seminario en Latino América de Teoría Constitucional y Política. Mar del Plata, Argentina).

vamente como una garantía constitucional, siendo incorporada en todas las constituciones democráticas de nuestro tiempo.

La protección de los derechos a la intimidad (art. 33 CN), a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada (art. 36 CN), a la dignidad y a la imagen (art. 22 y 25 CN), consagrados en la Constitución de la República del Paraguay, requerían de un mecanismo legal que permitiera a las personas conocer, corregir, actualizar o cancelar información personal que les afectara. Este mecanismo fue consagrado como una *garantía constitucional* en el artículo 135 de la Constitución paraguaya (1992), bajo la aceptada denominación de *Hábeas Data*⁹.

Para un correcto ejercicio del recurso de *Hábeas Data* proponemos aceptar el principio del *derecho a la autodeterminación informativa*, reconocido internacionalmente a partir de la célebre sentencia del 15 de diciembre de 1983, dictada por el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe, sobre la *Ley del censo de población (Volkszählungsgesetz)*, que está fundado en el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación al formar parte de una sociedad libre, según la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania. "De la dignidad y de la libertad, entendida como libre autodeterminación –sostiene el Tribunal alemán–, deriva la facultad de la persona de "deducir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida". Por ello, el Tribunal entiende que sería contrario a dicha facultad de autodeterminación "un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él... Esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad 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"¹⁰.

También proponemos aceptar el *decálogo* de principios básicos elaborado por el llamado *Younger Committee*¹¹, de Inglaterra, para determinar cuáles son las facultades

⁹ Artículo 135. *Del Hábeas Data*. Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí mismas, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

¹⁰ ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*, pág. 140 (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989).

¹¹ MARIO G. LOSANO, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO Y M^a FERNANDA GUERRERO MATEUS. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, pág. 31/6 (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1989). El decálogo del "Younger Committee" (1972). Definición de privacy del "Committee on Privacy of Justice": "First and foremost, the notion of privacy has a substantial emotive content, in that many of the things which we feel the need to preserve from the curiosity of our fellows are themselves irrational. Seldomly the scope of privacy is governed to a considerable extent by the standards, fashions and mores of the society of which we form part, and these are subject to constant change, especially at the present time... We prefer instead to leave the concept much as we have found it, that it as a notion about whose precise boundaries there will always be a variety of opinions, but about whose central area there will always be a large measure of agreement".

judiciales que permitirían –a través del *Hábeas Data*– corregir, actualizar o cancelar información personal. Para ese efecto, los legisladores y los tribunales deberán considerar la finalidad específica para la que fue suministrada la información, prohibiéndose su uso para fines distintos⁽¹⁾; verificar que no se recoja mayor cantidad de información de la necesaria para la finalidad perseguida⁽²⁾; distinguir los datos de libre acceso de aquellos que se consideren sensibles⁽³⁾; determinar el libre acceso a la información para la persona afectada⁽⁴⁾; limitar en el tiempo la conservación de información⁽⁵⁾; cuidar, actualizar y corregir errores⁽⁶⁾; y prohibir los datos que conlleven juicios de valor⁽⁷⁾.

Por último, proponemos igualmente aceptar los principios que orientan la regulación de la información contenidos en las leyes españolas, según los cuales la recolección de datos debe contar con el consentimiento del afectado, salvo excepciones [de uso oficial, por ejemplo]⁽¹⁾; debe excluir los datos de información sensible⁽²⁾; debe establecer un nexo entre la finalidad perseguida y la información recabada⁽³⁾; deben ser verídicos, exactos y actuales⁽⁴⁾; deben recogerse por medios lícitos⁽⁵⁾; el interesado debe tener fácil y libre acceso a los mismos⁽⁶⁾; deben tener un plazo de vigencia⁽⁷⁾; deben ser seguros⁽⁸⁾ y deben estar sometidos al deber de secreto profesional⁽⁹⁾.

Quienes defienden la necesidad de una mayor y fluida información como garantía de eficiencia del *mercado financiero*, aseguran que con ello se lograría la reducción de costos en las transacciones y se aumentaría la seguridad de las mismas, mejorando el *bienestar social* debido al aumento de la eficiencia del sistema, como consecuencia de un acceso rápido, efectivo y barato al crédito. Enfrente se instalan quienes sostienen que priorizar el *mercado* implica reducir el espacio de *privacidad* de las personas e ignorar el principio de *autodeterminación informativa*. La defensa de un sistema de amplia información sobre la solvencia económica de las personas se enfrenta a quienes abogan por la preservación de la *autonomía del individuo* frente a la sociedad. Aunque se sostiene que el concepto de *información personal* es más amplio que el de *privacidad*, pues, no toda la información necesariamente debe considerarse *secreta o confidencial*, aceptarla de manera indiscriminada violaría el principio de *autodeterminación informativa* señalado, según el cual se reserva al individuo el control final de la información que le concierne y el derecho a que la misma sólo sea usada con su consentimiento.

-
1. La información se considera suministrada para una finalidad específica: no puede, por ello, ser usada para fines distintos sin expresa autorización.
 2. El acceso a la información debe ser limitado a las personas autorizadas para adquirirla de acuerdo con la finalidad para la cual la información ha sido suministrada.
 3. La cantidad de información recogida y memorizada será la mínima necesaria para la consecución de la finalidad indicada.
 4. En el diseño y programación de sistemas informatizados que tratan de informaciones destinadas a la elaboración estadística se deben tomar las medidas adecuadas para separar los datos de la identidad del resto de los datos.
 5. Se deben fijar reglas mediante las cuales el sujeto puede ser informado sobre las informaciones memorizadas que le conciernen.
 6. El nivel de seguridad de un sistema debe ser especificado con antelación por el gestor del banco de datos y debe incluir una serie de precauciones contra cualquier forma de abuso de la información.
 7. Se debe organizar un sistema de control para facilitar el descubrimiento de cualquier violación del sistema de seguridad.
 8. En la estructura de un sistema informático se fijarán también los términos más allá de los cuales las informaciones no quedarán conservadas en la memoria.
 9. Los datos memorizados deben ser cuidados; deben disponerse de unos instrumentos y de una organización para corregir los errores y para actualizar las informaciones.
Se debe poner mucha atención al memorizar juicios de valor.

En definitiva, proponemos inclinar las legislaciones modernas hacia el sistema americano, en el que se aplica el principio de *libertad*, según el cual "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe*" (art. 9 CN), permitiendo recoger, almacenar y procesar toda aquella información que no esté expresamente prohibida, sin ignorar el principio de la *autodeterminación informativa*, buscando normas que regulen la correcta utilización y los límites de la información, todas bajo el control de la garantía del *Hábeas Data*.

7. Deber de informar en el Sistema Financiero

El deber de informar en el *Sistema Financiero* es una obligación recíproca; tanto el agente financiero como el usuario del *Sistema* tienen obligación de informarse. Las normas obligan a las instituciones de servicio financiero a brindar información necesaria en seguridad de los consumidores, y a los consumidores de proveer información necesaria para la evaluación del riesgo.

La doctrina en general se ha ocupado de proteger al *consumidor*, considerándolo la parte *débil* de la relación contractual en los negocios de compraventa de bienes y servicios. Sin embargo, no es menos cierto, que aquellas personas que venden servicios o realizan negocios (v.g. los financieros) no pueden operar con seguridad si no cuentan con información suficiente (necesaria) de los consumidores sobre su solvencia económica y patrimonial. Es así como, a la par del *derecho a la información* que la legislación —en general y casi uniformemente— otorga al consumidor, está el derecho de las instituciones financieras, normalmente establecido a través de cláusulas contractuales, de obtener la mayor cantidad de información necesaria del cliente para poder celebrar el negocio. Esa información, por lo general, es proveída por el mismo cliente o por terceras personas (públicas o privadas).

Creemos que el mismo principio de seguridad y protección de los intereses económicos del consumidor deben valer para el proveedor del servicio. Es decir, jurídicamente deben considerarse tanto al consumidor como a la entidad financiera dignos de ser protegidos en sus intereses económicos, pues, si así no fuera estaríamos estableciendo una *discriminación* a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra, aunque se pretendiera defender la situación sobre la tesis de la llamada *discriminación positiva*. Sin embargo, repito, soy de parecer que la seguridad y defensa del patrimonio debe ser considerada en ambos extremos.

Si el objeto del derecho a la información del consumidor pretende el adecuado conocimiento del negocio, de la misma manera, al agente financiero le asiste el mismo derecho de conocer la solvencia patrimonial o el origen de los fondos depositados del consumidor para evitarse un daño económico por falta de debida información (no debemos olvidar la responsabilidad de las instituciones financieras respecto de las leyes de lavado de dinero). En la búsqueda de este equilibrio debe centrarse el punto de equidad entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, mirando las dos partes involucradas en los negocios financieros.

Este derecho a la información, en primer lugar, incumbe a las partes (consumidor y proveedor del servicio), al Estado (centrales de riesgo, etc.), en segundo lugar, y, por último, a las instituciones de protección de los consumidores.

La obligación de informar varía según las etapas de formación del negocio. Al proveedor del servicio incumbe la obligación de informar en la etapa de oferta, mediante la identificación correcta de los productos ofrecidos a través de la publicidad. En la etapa precontractual, ambas partes deben negociar de buena fe proveyéndose recíprocamente información adecuada, detallada, veraz, suficiente sobre el servicio ofrecido y pretendido y sobre la capacidad del consumidor de adquirir el servicio deseado. Es así como, tanto la oferta como las negociaciones deben integrar el contrato, como una manera de determinar la verdadera intención de las partes en el acuerdo concertado.

La doctrina y la jurisprudencia aún no han analizado exhaustivamente el *exceso de información*. Principios constitucionales establecen que la información debe ser “veraz, responsable y ecuánime”. Leyes diversas exigen la permanente actualización de los datos. Pero, puede ocurrir que la información dada al consumidor, sin violar las obligaciones impuestas citadas, sea excesiva, sea exorbitante y, por lo mismo, desborde la capacidad de análisis del consumidor o abruma al extremo de impedir su comprensión. Por lo que me inclinaría a sostener que la información –además de veraz, responsable, ecuánime y actualizada– debe ser *imprescindible, adecuada, suficiente, eficiente y necesaria* para permitir al consumidor evaluar debidamente el negocio propuesto. Si se proveyera información exageradamente técnica, ininteligible, inadecuada, compleja, confusa, que no permita distinguir lo importante de lo superfluo, lo principal de lo accesorio o lo relativo de lo necesario, generando confusión o el mismo desgano por su lectura, deberá considerarse que no cumple con el *deber de informar* por su dificultad para “acceder” a la misma o por generar mayor confusión e incertidumbre¹².

8. Derecho de daños

Creemos que toda la doctrina sobre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, exige una redefinición del concepto de *daños*, como un modo de encontrar un límite a la tendencia natural del hombre a extender las fronteras de los derechos que tiene en detrimento de los bordes que la otra persona tiene en la defensa de sus derechos. La justa reparación de los daños causados a alguien por el exceso o la falta de información permitirá establecer un autocontrol de excesos incurridos en aras del principio general invocado del “derecho–deber” de informar frente al carácter de excepción de sus limitaciones.

La evolución del Derecho en materia de *responsabilidad por daños* está transitando del criterio *punitorio*, donde se buscaba castigar al culpable, hacia un sistema *reparador*, que pretende reponer a la víctima el daño injustamente sufrido, fundado en el deber genérico de no dañar. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones modernas han superado el principio según el cual “no hay responsabilidad sin culpa”.

¹² GRACIELA I. LOVECE. *El daño por el exceso de información y la responsabilidad empresarial*, pág. 161. Edit. Rubinzal–Culzoni. 2000.

LORENZETTI analiza la evolución de la doctrina señalando que la protección gira alrededor del acto dañoso; que se aleja de los tipos, diluyéndose los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual, antijuridicidad material y formal; que surge el principio *favor victimae*; y que evoluciona hacia un microsistema estatutario sustentado en la teoría de la reparación¹³.

En el tema que nos ocupa, sin embargo, las leyes específicas no definen si la *responsabilidad* derivada del daño causado al *derecho a la intimidad*, como consecuencia del deber de informar o de la información indebida, es de naturaleza *subjetiva* u *objetiva*.

En principio, para que haya responsabilidad civil deben darse varios presupuestos:

- 1) Un *acto voluntario* manifestado a través de hechos exteriorizados, en forma positiva (*acción*) o negativa (*omisión*). La excepción a la regla reconocida generalmente está contenida en la obligación de reparar los daños causados por hechos involuntarios "si con el daño se enriqueció el autor del hecho, –pero sólo– en la medida en que se hubiere enriquecido" (principio del enriquecimiento sin causa).
- 2) El acto voluntario (conducta o comportamiento humano) debe ser *antijurídico*, es decir, contrario a derecho, constituyéndose en un *ilícito* civil (delito o cuasidelito, incumplimiento o acto abusivo), y causar un daño (no hay responsabilidad sin daño). Será *formal* cuando esté expresamente prohibido en una ley que manda hacer o no hacer (antijuridicidad *formal*); o será *material* porque tiene una manera de ser contraria al derecho (antijuridicidad *material*).
- 3) El acto antijurídico y dañoso debe ser *imputable*, de manera *subjetiva* (culpa o dolo) o de manera *objetiva* (riesgo creado); es decir, debe ser un factor de atribución. En caso contrario no habrá imputabilidad.
- 4) Debe haber *daño*. Este es el presupuesto central. Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. El daño debe ser real y cierto, material o moral, y puede ser presente o futuro.
- 5) Por último, debe haber *causalidad* entre la acción antijurídica y el daño causado. Hoy la doctrina –con casi ninguna resistencia– acepta la teoría de la *causa adecuada*, abandonando las teorías de la *causa próxima* y de la *causa eficiente*. Las consecuencias anormales "según el curso natural y ordinario de las cosas" no deben ser indemnizadas.

¹³ RICARDO LUÍS LORENZETTI. Seminario de actualización LA LEY. Responsabilidad por daños (Agosto/Setiembre. 2000). Aula Magna Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (Asunción – Paraguay).

La incorporación de la “teoría del riesgo” en las legislaciones modernas ha complementado (sin eliminar) el principio original según el cual: “sin culpa no hay responsabilidad” (*pas des responsabilité sans fault*).

Con la obligación de reparar los daños derivados de los hechos ilícitos, está la obligación de reparar los daños producidos por incumplimiento de los contratos que, en definitiva, es un modo de ilícito, porque contraría el principio *pacta sunt servanda*. En este supuesto, la responsabilidad por daños alcanza a los hechos y actos vinculados con los contratos, aunque estos se hayan producido antes de la firma; es decir, a aquellos actos que condicionan los acuerdos celebrados, a los que se conocen como *precontractuales* (ej: deber de buena fe en la formación del contrato, deber de información, etc.).

“El deber precontractual de información parece integrar uno más amplio, el de cooperación, aún cuando uno y otro sean derivados necesarios de la buena fe debida. Si bien la colaboración se sitúa en todo el intercontractual, desde los tramos preliminares hasta el período de ejecución, la información cobra especial relieve en las negociaciones previas a la conclusión del contrato. Y ello es de tal trascendencia que la información suministrada en período de tratativas, una vez perfeccionado el contrato, se integra al contenido del mismo”¹⁴. La responsabilidad “precontractual” está comprendida dentro de la responsabilidad “contractual” o “extracontractual”. No existe una tercera¹⁵.

Tratándose del *derecho a la intimidad*, existe responsabilidad *objetiva* del autor de los daños ocasionados por los hechos y actos antijurídicos que le son imputables, independientemente de que la relación sea “contractual” o “extracontractual”, tanto en el “deber de informar” como en la “información indebida”.

La importancia de distinguir si la responsabilidad es *subjetiva* u *objetiva* es trascendental a la hora de la prueba, pues, en la *subjetiva*, el fundamento de la responsabilidad es la *culpa*, en cambio, en la *objetiva* rige la presunción de culpa y se invierte la carga de la prueba (ya que ella no es necesaria para realizar la imputación), salvo que existan causas eximentes. Este criterio también vale para el ámbito contractual, donde la culpa del deudor en el incumplimiento se presume, aunque se admita la prueba en contrario. Como consecuencia de esta tesis, no puede permitirse que las partes contratantes puedan incorporar a los contratos cláusulas limitativas de responsabilidad por *dolo*. Podrán admitirse aquellas que dispensan la *culpa*, siempre que no violen normas de orden público o que por su extensión no importen un verdadero desequilibrio en la relación, vulnerando el principio de equivalencia de los contratos. Por estas razones, igualmente deben considerarse nulas las cláusulas predisuestas que supongan este desequilibrio, a las que deberán considerarse *abusivas*.

A todas estas consideraciones, no debemos olvidar agregar la distinción entre obligaciones *de medio* y *de resultado* (contractuales o extracontractuales). BELLUSCIO, señala que la distinción entre una y otra está en la existencia o inexistencia de un álea en

¹⁴ RUBÉN S. STIGLITZ. La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejero. J.A. 1997-II-764.

¹⁵ ATILIO A. ALTERINI. *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, pág. 345. Abeledo Perrot. 1998.

la ejecución de la obligación; “de haber álea –dice–, la obligación sería de medios, de no haberla, de resultado”¹⁶. Esta distinción resulta fundamental, porque “en las obligaciones de medios –en las que tiene vigencia la no culpa– el criterio legal de imputación es la culpa, mientras que en las obligaciones de resultado –en las cuales la diligencia del *solvens* queda fuera de cuestión–, el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.)”¹⁷.

9. Daños en la información

En nuestra opinión, la responsabilidad derivada de los daños causados por haber violado el derecho a la intimidad es *objetiva*.

La obligación de dar información veraz, ecuánime, actualizada, adecuada, eficaz, suficiente y eficiente hace este deber una obligación “de resultado” a la que se debe aplicar la “teoría del riesgo”. Alguien dijo: *la verdad existe, sólo se inventa la mentira*. Ya sea porque la responsabilidad es contractual o extracontractual, la obligación de reparar el daño debe ser “objetiva”; es decir, probada la acción u omisión antijurídica imputable, el daño y el nexo de causalidad adecuada, el deudor tendrá responsabilidad y, por lo mismo, obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

El deber de informar obliga a las personas a dar conocimiento completo, veraz, adecuado, eficaz y suficiente al consumidor o al usuario. La violación de este deber legal, impuesto *ministerio legis* o contractualmente, constituye un *ilícito* civil (delito o cuasidelito, incumplimiento o acto abusivo), que cuando causa un daño, debe considerarse de naturaleza *formal*. Vuelve innecesaria la prueba de la *culpa*, pues, la responsabilidad es consecuencia de una acción u omisión *formal*. Habrá culpa contractual, en cuyo caso ésta se presume, admitiendo prueba en contrario, pero invirtiendo su carga.

Cuando el daño se ocasiona por violación del *derecho a la intimidad*, no existiendo relación contractual, derivándose la responsabilidad del daño causado por un hecho o acto antijurídico, imputable en virtud de una causa adecuada a una persona, física o jurídica, es necesario recurrir a la “teoría del riesgo”, para establecer la responsabilidad objetiva.

Según PIZARRO, “La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: *quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo genera riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan*”¹⁸. Quien incorpora a la sociedad una fuente de peligro debe asumir el daño que esta pueda ocasionar. En igual sentido, dice MOSSET ITURRASPE, “Una organización o empresa es creada con fines de lucro, para la obtención de ganancias o beneficios, y si en el ejercicio de

¹⁶ AUGUSTO C. BELLUSCIO. *Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los satorios* (LL 1979-C-24).

¹⁷ ALBERTO J. BUERES. *Responsabilidad contractual objetiva*. (JA 1989-II-977).

¹⁸ RAMÓN D. PIZARRO. *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, pág. 37. Ed. Universidad. 1983.

sus actividades propias surge la posibilidad de un riesgo, al margen de todo comportamiento culposo o doloso, que se traduce luego en un daño, es justo que sea indemnizado por quien "conocía y dominaba en general la fuente del riesgo"¹⁹. Quien se aprovecha de los beneficios deba soportar los males.

Bajo estos criterios creemos que quien busca, registra, almacena, procesa y da información crea un riesgo social que puede causar daños. En nuestra opinión, toda persona que hace de "la información" un negocio, crea una actividad riesgosa y, por lo mismo, está sometida –en general– a un deber de *responsabilidad objetiva* y –en particular– a la *teoría del riesgo creado*, tanto en sus relaciones contractuales, como extra-contractuales. En las primeras, por los principios de la presunción de culpa o la obligación de resultado, y, en las segundas, por la instalación de un riesgo social, en cuyo caso no se requerirá prueba de culpa o dolo, bastando probar el daño y la relación de causalidad adecuada.

Principios de equidad y justicia, teorías del riesgo–provecho, de justicia conmutativa, o el deber de protección de las víctimas son razones suficientes para sostener que en el ámbito de *la información* la responsabilidad debe ser *objetiva*.

10. Conclusiones

La lucha de hoy es por el acceso y la distribución del *conocimiento*, y por las fuentes de *información*. Cuyo límite es el derecho a la intimidad (ambos constitucionales). Obligando a los tribunales a establecer judicialmente un sistema de *pesos y balances*.

En consecuencia, se hace cada vez más necesaria una correcta regulación legislativa del tema como condición de funcionamiento del propio sistema democrático; como garantía básica para cualquier comunidad de ciudadanos libres e iguales, dado que su manipulación con fines ilícitos pone al ciudadano en clara desventaja frente al poder de quien controla la información, reconociendo que los fines jurídicos que se deben tutelar son los derechos y libertades de las personas.

Para ello es necesario modificar el concepto primigenio del derecho a la intimidad, recogiendo la doctrina de la "autodeterminación informativa", de manera a permitir a las personas *conocer y acceder* a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos (a través del *habeas data*), *controlar* su calidad y *disponer* sobre su transmisión.

También es necesario reconocer el llamado fenómeno de la "contaminación de las libertades", producto del uso de las nuevas tecnologías, y, fundados en la tercera generación de derechos fundamentales (*solidaridad*), defender los derechos del hombre frente a las agresiones que sufre en sus bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la vieja óptica de la lesión individualizada. Es decir, hagámoslo bajo el nuevo concepto *reparador* en materia de *responsabilidad*

¹⁹ JORGE MOSSET ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*. Tomo I, Parte General, pág. 123. Edit. EDIAR. 1982.

por daños, que pretende reponer a la víctima el daño injustamente sufrido, fundado en el deber genérico de no dañar.

Definamos como *objetiva* la responsabilidad derivada de los daños causados por no haber cumplido con el deber de informar o por haber violado el derecho a la intimidad, considerando la acción o la omisión la violación de un deber legal (*acto antijurídicos*) y, por lo mismo, la comisión de un *ilícito* civil (delito o cuasidelito, incumplimiento o acto abusivo), de naturaleza *formal*, que vuelve innecesaria la prueba de la *culpa*.

Sostengamos también que toda persona que hace de “la información” un negocio, crea una actividad riesgosa y, por lo mismo, está sometida a un deber de *responsabilidad objetiva* y a la *teoría del riesgo creado*, tanto en sus relaciones contractuales, como extracontractuales.

En definitiva, en la sempiterna lucha por establecer la línea divisoria que separa el derecho de uno del derecho del otro, entre la *libertad* a la información y la *intimidad* como modo de protección de la *personalidad* del hombre, sólo se sitúa la personalidad del juez. Volvemos a los Griegos: *La medida de todas las cosas es el hombre* (PROTÁGORAS de Abdera – 485 a. J.C.). LUÍS COUSIÑO MAC-IVER, dijo: “Uno de los aspectos fundamentales radica en las condiciones personales del juez. Las leyes e instituciones, por buenas que sean, pueden quedar desvirtuadas por un mal juez. “Sería preciso repetir la frase según la cual no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez”²⁰.

Octubre 5, 2001

²⁰ MÁXIMO PACHECO G. *Teoría del Derecho*, § VIII, pág. 184. Edit. Jurídica de Chile. 1990.