



CONFERENCIA MAGISTRAL:

“Los Derechos Humanos en Conflicto. Protección de Datos Personales y Acceso a la Información. Confluencias, Alternativas y Armonías”

DR. JUAN ANTONIO TRAVIESO¹

Como observarán en esta materia, existen problemas y por ello debemos buscar soluciones, para lo cual la tecnología ofrece un camino para llegar a las mismas.

Así plantearé pequeñas ideas en este tema de conflicto, porque nosotros siempre nos hemos manejado dentro del conflicto.

En la Facultad generalmente el sistema de conflicto no se enseña, vamos aprendiendo en la vida, sobre la marcha. No es la teoría la vida de conflicto. Incluso en las reuniones que uno tiene con otras personas dice: no, no, no “busqués” el conflicto, “buscá” otro tipo de salidas, que no sea el conflicto.

Pero, sin embargo, la vida naturalmente es conflictiva, lamentablemente es así. Tenemos que convivir con esa idea.

Entonces siempre nos encontramos con lo que se llama las encrucijadas, y uno tiene que tomar una determinación. Es *A o B*, tengo que tomar tal camino u otro, y ahí es el momento en que uno tiene que definir qué hacer, lo cual es muy complicado.

Existe una frase de Hegel, “*Las tragedias originales no son los conflictos entre el bien y el mal, son conflictos entre dos derechos*”. Siempre el tema es conflicto entre dos derechos.

Ahora bien, cómo hacer para poder encontrar la solución a los conflictos. El primer conflicto que tenemos está en la suma de obstáculos: **es el problema del lenguaje**.

En el 1981, escribí un trabajo sobre el lenguaje en el derecho, porque es un lenguaje muy complejo, ya que trabaja en forma estricta con palabras vagas y con expresiones ambiguas, esto es, con textura abierta.

¹ Abogado y doctor en Derecho y en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Autor de 20 libros y más de 200 trabajos científicos, ha dictado más de 500 conferencias en Argentina y en otros países. Investigador catalogado con la máxima jerarquía científica, galardonado con premios nacionales e internacionales como el premio UNESCO.

Ha sido presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de Buenos Aires. Jefe de Gabinete de la Secretaría de Justicia, Jefe de Gabinete del Ministro de Justicia y de Derechos Humanos, y ha sido Director Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, cargo en el que fue designado por concurso.

Borges decía: “Si el nombre es el arquetipo de la cosa, en las letras de rosa está la rosa y todo el nido en la palabra nido”. Es extraordinario Borges, qué síntesis, qué suerte que no fue abogado, porque si no, no hubiera escrito toda esa obra, porque los abogados realmente muchas veces tenemos una visión distinta.

Lo complicado es que cuando estamos analizando el lenguaje estamos como en una lógica “hipopopereana”, sigo elevando las teorías, la teoría popperiana es la siguiente: *yo tengo que ir analizando las palabras y aplicarlas en un determinado caso.*

Entonces, no tengo todavía el concepto, entonces, qué es lo que voy a hacer. Cuando no tengo estas palabras tengo que tratar de actuar con dos temas al mismo tiempo, los cuales son imposibles para un hombre.

Lo que hace este sistema popperiano es una cuestión rarísima: *el justiciable está en la puerta y nos dice: bueno, a ver, y qué hacemos ahora.*

Y tenemos que ver al mismo tiempo actuar en este mundo dual, que ese mundo es fácil en la tecnología, pero en el derecho es muy complejo, porque el derecho es milenario y la tecnología apenas tiene menos de 50 años.

En segundo lugar vamos a analizar el segundo escalón: *la naturaleza jurídica*, es decir, cómo hacer para aplicar un concepto cuando están derechos en conflicto, lo que tengo que aplicar es la subsunción de un concepto a otro y ahí estoy jerarquizando.

En realidad todos nosotros, sin darnos cuenta, estamos actuando como detectives, detectives del Derecho, somos investigadores, tenemos que ir investigando a ver cuál es en determinado caso, cuál es el sentido, cuál la subsunción. Somos detectives con casos resueltos, no con casos irresueltos.

Vamos a ver el tercer escalón: *aparece el primer conflicto de derecho.*

Normas constitucionales y normas comunes. La norma particular en determinado caso va a primar sobre la norma general, la norma anterior y la norma posterior.

Aunque tengamos cuidado: Si la norma particular y la norma inferior ofrece más garantías que la norma constitucional, ¿Cuál tenemos que aplicar? La norma inferior, porque da más garantías.

El Derecho no puede ser tan rígido de generar un elemento cerrado, sino que tiene que buscar la flexibilidad para que los derechos sean aplicables para todos.



¿Qué pasa, por ejemplo, en algunos lados, en algunas estructuras, como en las Naciones Unidas? En las Naciones Unidas hay una Norma en la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 103, que siempre en caso de duda, se aplica la Carta de las Naciones Unidas, antes que cualquier otro Tratado. O sea, es como la Constitución de las Constituciones.

Analicemos el cuarto escalón:

Aparece el segundo conflicto del derecho: *conflicto entre normas similares constitucionales*. Estamos discutiendo una de estas normas como el derecho de acceso a la información que puede ser establecido en Constituciones y normas frente al derecho de protección de datos, que son derechos que tienen el mismo peso; después analizaremos esta cuestión, porque se presentará un verdadero conflicto y tenemos que encontrarle una solución.

Por supuesto que entre esas normas hay muchísimos ejemplos en la jurisprudencia. Si ustedes estudian los casos de la jurisprudencia mexicana o la jurisprudencia argentina o de cualquier lado, observarán que siempre aparecen estos conflictos entre normas similares y constitucionales, casos inmensos en donde por un lado tenemos que manejar la libertad de expresión, pero si la libertad de expresión se transforma en una difusión no autorizada de información, por ejemplo, fotografías de una persona que está agonizando, entonces hay que ubicar el derecho de otra manera.

O en el caso en que una Norma se encuentra por encima de la otra o las normas son dos normas constitucionales, que puede estar el derecho a reivindicación o respuesta y el derecho de libertad de expresión, hay muchísimos fallos en donde dice: ¿y qué derecho aplicamos? El derecho tiene que ser funcional.

La Convención Americana de Derechos Humanos está explicando que establece: “*Lo que atienda*”, al interés general, interés común; la palabra, parece fácil pero es bastante compleja y complicada.

Después tenemos también el tema de cómo hacemos, porque también por otro lado, tenemos otra limitación: cuando hay un tratado y hay una norma, que incluso puede ser una norma constitucional, cuando hay un tratado y una norma constitucional, el tema es cómo vamos a encontrar la aplicación entre ella.

Por ejemplo, en los sistemas, como el mexicano o el sistema argentino, tenemos el llamado control de convencionalidad, es decir, las normas de

la Convención Americana, que nosotros hemos incorporado a nuestros ordenamientos jurídicos internos, esas normas se van a aplicar sin necesidad de ningún tipo de procedimientos, son operativas directamente.

Esto es complejo de analizar, porque si no se analiza bien, es una navaja.

Entre normas internacionales como un tratado al momento de aplicarse frente a una norma interna, se complejiza más, porque el tratado, genera responsabilidad internacional.

La Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados establece, perfectamente, que una parte no puede alegar el derecho interno como causa para dejar de observar una norma internacional.

Los tribunales internacionales tienen bastantes fallos que condenan a los Estados por incumplir y por no aceptar la responsabilidad internacional.

Vamos al próximo paso.

El tema es: cómo vamos a establecer cuáles son las primeras bases para solucionar el conflicto. Nosotros tenemos que aplicar una norma siempre: la que mejor beneficie a la persona y sus derechos, eso es clave, se llama *principio pro homine*, y tiene la consagración no solamente en el marco de los derechos humanos, sino en todo el sistema internacional, dicho principio trata de jerarquizar un derecho a favor de la persona.

Sobre esta misma línea de pensamiento, existen algunos juristas que han plasmado sus ideas:

Robert Alexy generó un concepto de la aplicación de los derechos humanos en todos los órdenes, a partir del momento de la interpretación de los tribunales de *Nuremberg*.

En segundo lugar, *Pedro Cerna*, porque escribió un libro sobre la interpretación constitucional de los derechos en donde entra en el tema de los conflictos.

Él empezó a establecer el tema de los conflictos. También debe reconocerse a *Pedro Toller* y *Juan Cianciardo*; ellos cuatro forman un cuarteto infernal en materia de ideas.

Ahora bien en cuanto a la conceptualización de derechos fundamentales plasmó una crítica: "si explícito que existen derechos fundamentales, quiere decir que existen otros derechos que no son fundamentales, entonces estoy excluyendo, anulando, eliminando una serie importante de derechos.



Misma suerte sigue la idea relativa a que los derechos humanos sean de primera, segunda o tercera generación, porque se jerarquizan unos en pos de otros, o sea, se anulan por discriminación.

Las posiciones que debemos asumir son dos: O vamos al conflicto, o sea, vamos a la guerra total, destrucción de un derecho frente al otro, o hacemos lo más difícil que hay en la vida: compatibilizar.

Ustedes pueden advertir un tema muy humano: nunca queremos compatibilizar, siempre queremos ganarle a la otra persona, en materia de conflicto de derechos, por el contrario, el objetivo es tratar de compatibilizar en el derecho fundamental.

Lo que tenemos que atender es fundamentalmente la dignidad de la persona, lo demás se dará por añadidura, como dice el Evangelio. Busquen la dignidad de la persona y encontrarán, precisamente, todo.

Tenemos distintas formas de encarar la relación entre derechos en el conflicto: *primero*, jerarquizar; *segundo*, el balance *in test* o la ponderación, y el tercer lugar, la proporcionalidad de derechos.

¿Qué es la jerarquización? La jerarquización es colocar un derecho en prioridad con respecto a los otros derechos, es complejo el tema; esta cuestión la inventó un autor argentino que se llama Miguel Etmegía.

En lo personal no me gusta la jerarquización. Por ejemplo, el derecho a la vida, su importancia radica en la circunstancia. *¿Qué sería más importante que uno? ¿Qué tenga un problema al derecho a la vida o que mediante una difusión injusta, arbitraria e ilegal, estén afirmando que nosotros cometemos delitos de pedofilia, etcétera?*

La jerarquización dice: *“Los derechos se encuentran ordenados por grado o clase y los derechos ubicados, el de mayor valor logrado, se aplica en lugar del otro, o sea, se excluye uno en lugar del otro”.*

Es complicado. Otros autores empiezan a analizar, y dicen: *“Miren, el mejor método idóneo de interpretación constitucional, para el conflicto de derechos, es el balancing test”.* Esto no es ninguna novedad para nosotros que somos gente del Derecho, es la balancita del derecho, o sea, poner y aplicar en determinados casos, una determinada relación cuando así corresponda.

En el derecho norteamericano, se establece muchísimo el tema del *balancing test*, o la ponderación; pero el tema de la ponderación también genera otro problema: cuando ponderamos, qué contenido le daremos a cada derecho.



Y entonces, empieza una nueva forma de empezar a entender todos estos temas que afirma que la labor del intérprete, debe centrarse en pensar cada uno de los derechos en juego desde el contenido esencial, a efecto de determinar no el peso, sino apreciar cuál es más importante y cuál de ellos debe comparecer en el caso concreto.

Debemos precisar que un orden jurídico se construye al advertir la igualdad de los diferentes individuos que es precisamente lo que origina la concurrencia o el conflicto potencial. Si es reconocido como igual, se tratará de armonizar la propia aspiración con las ajenas sobre la base de una verdad común, construir una regla de convivencia, esto es un orden jurídico.

El tema de la proporcionalidad permite un mayor activismo judicial. Permite que el juez pueda crear, dinamizar las sentencias y, por supuesto, se hace bastante complicado. Pero lo que interesa ver es que la jerarquización no es el mejor camino, y el balance o la ponderación me lleva a otro aspecto que es el de los contenidos, y fundamentalmente no sólo de contenidos, sino también tenemos que empezar a ver, además del contenido esencial los límites de los derechos.

Cada derecho tiene su soberanía, y entonces hay que estudiar perfectamente, de qué manera, se moldea ese derecho.

La teoría aduce que los derechos humanos pueden ser limitados por otros derechos humanos, y en ese caso, la cuestión es determinar qué sucede en el conflicto entre ellos, nos vamos acercando al borde.

Vidar Campos, autor argentino, solía afirmar que si se acude al contenido del derecho, hay que acudir a la dignidad de la persona.

Cuando una persona conoce a otra, es costumbre “googlearlo”, esto es, va al *Google*: una base de datos inmensa ahí está toda nuestra información.

Se presentan dos grandes elementos, por un lado, defender el acceso a la información, pero también un defensor de la existencia de los contenidos de los derechos, de que no anulemos un derecho en pos del otro y afirmo esta frase que decía *Brandeis*, uno de los más grandes jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Brandeis afirmó “la luz del sol es el mejor desinfectante”, y entonces por supuesto, en cuanto nosotros pongamos más luz sin duda va a ser el mejor desinfectante, pero tenemos que tener cuidado con el contenido esencial.



El tema es, ¿el acceso a la información pública debe ser sacrificado en el altar de la privacidad? ¿la privacidad debe evaporarse a favor del gobierno para desinfectarse con la luz del sol?

Westing comenta que el Estado moderno totalitario se basa en la clandestinidad para el sostenimiento del régimen, pero con alta vigilancia y divulgación para todos los demás grupos; por su parte, la sociedad democrática se basa en la libertad de prensa como control del gobierno y la privacidad como protector de las personas o grupos.

No voy a dejar de recordar a mi querido amigo *Michel Jeanton* quien el Presidente de la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia, una excelentísima persona, comentaba: “*El hambre por la transparencia, por un lado, y la preocupación por la protección de la vida privada por el otro, son dos formas de protección contra el Estado Leviatán, que tienen el objetivo de restablecer el equilibrio entre el ciudadano y el Estado.*”

Lo importante, entonces, es que los derechos no tienen que autodestruirse.

Los casos de jurisprudencia no son absolutamente determinantes; en 2007, el Tribunal Europeo aplicó por primera vez como los casos contra el Estado italiano en el que la Corte Europea estableció la directiva 9546, que es la directiva de la Unión Europea, la que permite la libre circulación de datos personales y a su vez, la garantía de los derechos fundamentales de las personas físicas y en particular, el derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de esos datos.

Tenemos que luchar contra ese mundo opaco, detrás de esa lámina está una persona.

Entonces, ¿cuál es el *balancing test*? Fijense, acá ponemos una justicia diferente entre datos personales y acceso a la información; tenemos que hacer un *balancing test*, atendiendo el contenido de la dignidad de las personas, pero fíjense que es una justicia diferente.

En primer lugar, describo la justicia con los ojos vendados, no me gusta la justicia con los ojos vendados.

En realidad la justicia de la mitología griega, nunca tenía los ojos vendados; la justicia tiene que tener los ojos abiertos y yo he tenido el gusto de poder escuchar a Magistrados y jueces que me han hablado de ese tema de los ojos bien abiertos.



¿Por qué proteger los datos personales en el ámbito público y privado?

Si nosotros para satisfacer un interés de acceso a la información, vamos a dar a conocer los datos de todas las personas, con sus enfermedades, su récord médico, los seguros y todo lo demás, entonces no estamos beneficiando el acceso a la información, estamos perjudicando a las personas.

¿Y qué tenemos que hacer? Eventualmente, hay soluciones para que coexistan los derechos, es decir, armonizar a la información como corresponde, y al mismo tiempo, disociarla de manera que no se puede identificar.

Yo tengo dos lecturas a las que siempre vuelvo: *“Alicia en el país de las maravillas”*, que parece algo para niños y no es para niños. Su autor es *Lewis Carroll* y les voy a leer esto para que observen: *Está Alicia conversando con el gato, que se llama el mínimo de Cheshire, y le pregunta Alicia ¿podría decirme, por favor, qué camino debo seguir para salir de aquí? Y el gato le dice: Esto depende en gran parte del sitio al que quieras ir. Alicia le contesta: No me importa mucho el sitio. Entonces le dice el gato, fíjense la lógica: Entonces tampoco importa mucho el camino que tomes. Siempre que llegue a alguna parte, le dice Alicia, así como va avanzando. O, dice, siempre llegarás a alguna parte, le dice el gato, si caminas lo suficiente. El camino está indicado.*

Y la segunda lectura, pero claro es un poco más complicado, es *Kafka*. sobre el tema del “Proceso”, es una gran lectura: *Ay, dijo el ratón, el mundo se me hace cada día más pequeño, al principio era tan grande que le tenía miedo, corría y corría, por cierto, y que me alegraba de ver esos muros a diestra y siniestra en la distancia, pero esas paredes se estrechan tan rápido que me encuentro en el último cuarto, y ahí en el rincón está la trampa sobre la cual debo pasar. Todo lo que debes hacer es cambiar de rumbo, le dijo el gato, y se lo comió.*

Siempre se llegará a alguna parte en el derecho sin limitar ni restringir derechos humanos, y por supuesto evitando a los gatos con armonía y con confluencia.

¡Muchísimas gracias!