



INTRODUCCIÓN

El Habeas Data y los derechos de tercera generación

El derecho, como realización humana, no ha escapado al influjo de los cambios producidos en el mundo contemporáneo, que se exteriorizan en el orden institucional, se manifiestan en los procesos tecnológicos, se hacen ostensibles en la economía y notorios en la comunicación social. Todos estos hechos solo evidencian el tránsito hacia otro estadio de la historia humana, bautizando con el sugestivo nombre de post modernidad¹.

Sin duda, vivimos un nuevo ciclo de la razón, que pronto ha impactado sobre el derecho y la legislación. Ya percibimos las modificaciones que se producen en la idea de la familia, se abandona la otrora sólida forma patriarcal y nuclear, y se conforma una institución hogareña más predicable, con la concepción *in vitro* y potenciada en sus posibilidades por la clonación, que hoy en algunos países como Inglaterra ha sido expresamente prohibida para los seres humanos, y el dominio de los genes -a través del reconocimiento del ácido desoxiribonucleico (ADN) -o proyecto de investigación del Genoma Humano- cuyo objetivo se cumplió de manera anticipada al poder descifrar los tres mil millones de códigos bioquímicos. Todo ello, sin duda, dará crecientes satisfacciones a la familia, empero, esto nos pondrá ante más complejas relaciones de progenie (inseminación artificial, banco de espermias, bebés de probetas, entre otros) que el derecho con discrecionalidad busca normar para establecer los límites razonables a la manipulación tecnológica, que hoy se expresa en la polémica sobre la donación reproductiva o terapéutica.

¹ Lyotard, Jean Francois.: “La condición Postmoderna”. Ediciones Cátedra S.A. Madrid, (1989). p. 108.

Ghersi, Carlos Alberto.: “Manual de la Postmodernidad y Tercera Vía”, GOWA. Ediciones Profesionales. Buenos Aires, (2001), p. 244.

Kaufmann, Arthur.: “La Filosofía del Derecho en la Postmodernidad”. Editorial Temis. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá, (1998).

En “Revista temática de Filosofía del Derecho”. Ponencia presentada para el XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del derecho y de Filosofía social (1997).

Los avances científicos en la biología y la medicina han dado paso a una nueva disciplina la biotecnología, que requiere en sus variadas manifestaciones ser regulada, como por ejemplo en el intento de patentar de manera privada las secuencias claves de la maquinaria molecular y de otro lado de normas que garanticen reserva sobre nuestra información genética ante compañías que aseguren nuestro riesgo de vida. Algunos se han preguntado, si acaso la exclusión social dará paso a un nuevo tipo de discriminación esta vez ya no pigmentaria, sino genética. Todo ello debería ser contemplado por la bioética, novísima reflexión que alienta las experiencias científicas, empero sin renunciar a los límites axiológicos que impone toda razón sensata.

Los avances en la investigación genética y su inmediata aplicación práctica, productiva y comercial ha conllevado en algunos casos, como en los alimentos, el aparente abaratamiento y las ganancias súbitas de los productores, a través de los denominados organismos vivos modificados (OVM) o transgénicos. No obstante, contra la creencia generalizada de los consumidores de estos alimentos son inocuos, algunos prestigiosos laboratorios de países desarrollados han llegado a identificar tras rigurosos análisis que sus hormonas o derivados han causado daño irreparable a decenas de consumidores examinados.

Los transgénicos o alimentos mutantes, se podrían convertir así en una flagrante violación al derecho a la salud de los seres humanos, mucho más aún cuando el norte manipula y comercializa especialmente hacia el sur, evitando controles sanitarios calificados. El 70% de la soja que se comercializa a nivel planetario es transgénica, hoy existe papa, maíz y trigo transgénico, de los que resultan más de 30 mil productos derivados entre los que encontramos alimentos *light*, comidas rápidas, papas fritas, galletas, alimentos para bebés, etc. Así los OVM, exigen la máxima precaución en su uso, existiendo pedidos para establecer límites razonables en su producción cuando pongan en riesgo la salud planetaria. En estos hechos cotidianos y domésticos aparece el derecho para defender la dignidad humana².

Los cambios en la economía y los progresos en las comunicaciones, han hecho surgir relaciones contractuales novedosas como el *factoring*, el *commodities* o el *sponsorship*, se ha masificado el uso de la *credit card*, se ha potenciado el *leasing* y el *joint venture*, así como el uso del *now how* no solo en el proceso productivo, sino

² Chanamé Orbe, Raúl: “Juicio al Sándwich”, en “Expreso”, Lima, 6 de Abril de 2003, p. A 26.

además en el *marketing*. Como caso paradójico, entre empresas otrora rivales, se producen coaliciones o se realizan fusiones empresariales; todo ello se resume en la idea transitoria de cambio organizacional, que actualiza el derecho empresarial.

A diferencia de otros ciclos de desarrollo tecnológico -como el que dio origen a la rueda, la flecha, el papel, la imprenta o la usina industrial-, el informático es autoacelerado, masivo e inmediato. Los inventos precedentes demoraron siglos en expandirse y universalizarse. El vertiginoso desarrollo de la informática -ingeniería del software- ha puesto en repliegue al papel y, con ello, al documento como instrumentos formales por excelencia; hoy asistimos a la desmaterialización de los títulos-valores, a la desaparición del dinero metálico y su sustitución por otro electrónico, asimismo, la propia vulneración de la intermediación financiera vía la red inalámbrica, que ha creado hasta entes bancarios on-line como el *Sony Bank*. Así los ordenadores, descubrimiento tan importante como el papel, expanden sus usos, crea necesidades de regulación con los nuevos derechos intelectuales con el discutido *habeos data*, en este horizonte, el sentido de expediente se enriquece con los bancos de datos jurídicos y los bancos de datos de gestión, alentando la labor del magistrado, aligerando el tiempo de los abogados y economizando los costos de las *litis*.

La aparición de las nuevas tecnologías de la información (*internet, intranet, extranet*, etc.), con sus 400 millones de usuarios ³, ha generado mayor homogenización cultural, nuevos sistemas de intercambio -comercio electrónico o economía digital- y necesidad creciente de normas que protejan la libertad de las comunicaciones, consumo y privacidad; pues ésta se ve acosada por un neocriminal, quien provisto de técnicas y códigos cifrados, puede producir irreparables daños a individuos concretos como eventualmente catástrofes globales -más allá de las soberanías tradicionales- contemplando esas amenazas reales, la legislación penal ha sido reformada y ha incluido la figura tipo del delito informático -cuya arma es el modem- en los ámbitos nacionales, pero ella se presenta insuficiente si no son posibles

³ “En noviembre de 2000 había más de 400 millones de usuarios, cerca del 69% de ellos se encontraban en Estados Unidos, Canadá y Europa. La densidad de Internet aumento a más del 53% en Estados Unidos y Canadá, pero es de solo 1% en Oriente Medio y de 0,4 % en África. En total, solo 7% de la población mundial usa Internet, lo que indica a la vez su expansión y lo mucho que falta para establecer un acceso universal”. Ashfaq Ishaq.: “La brecha Informática Mundial”. Revista “Finanzas y Desarrollo”. Publicación Trimestral del Fondo Monetario Internacional. Septiembre (2001). p.45.

acuerdos multilaterales que comprometan a todos los usuarios de la red mundial, cuya amenaza más latente es el terrorismo informático, que no demuele edificios, sino dinamita las venas organizacionales del cibercapitalismo.

Hemos afirmado que las nuevas tecnologías son muy rápidas en su propagación, generando nuevos estilos de la vida, empero, con una legislación precedente que aun no contempla los conflictos que de ella derivan; como por ejemplo, el comercio electrónico o *e-commerce*- el cual requiere de un alojamiento - tienda- *en* internet a través de una página web. Pero dentro de esta figura, el regular operaciones como, la compra-venta exigen un conjunto de operaciones digitales, como por ejemplo optimizar el reconocimiento certero de la firma electrónica, nos coloca ante el reto urgente de armonizar y actualizar nuestra legislación con esta nueva civilización postmoderna -genómica, virtual y planetaria- en la que vivimos también los peruanos⁴.

* * *

Históricamente la norma nació en correspondencia con la moral, ella era la expresión del consentimiento colectivo en sociedades gregarias y homogéneas. Hoy asistimos a una crisis del concepto moral, pues el consentimiento colectivo se ha difundido en millones de valores individuales, en sociedades crecientemente plurales y heterogéneas. Se afirma, que asistimos a un reconocimiento ético con la preponderancia individual y la emancipación subjetiva. A este proceso complejo, algunos economistas llaman crisis, los abogados lo denominan desjuridización de la vida contemporánea, los psicólogos la califican de trance anómico y algunos filósofos la designan como *postmodernidad*. En síntesis, este es el complejo nuevo orden, que requerimos reconocer sin temor ni prejuicio.

⁴ De Trazegnies Granda, Fernando. "Postmodernidad y Derecho". ARA. Editores. Lima, (1996). p. 61

Ramos Núñez, Carlos. "Codificación, Tecnología y Postmodernidad". ARA Editores, Lima (1996). p. 29.

Ureta Guerra, Juan. "Introducción al Derecho Postmoderno". Fondo editorial de la Universidad Garcilazo de la Vega. Lima, (2000). p. 21.

Ortiz Caballero, Rene. "El derecho en la Sociedad Postmoderna". Fondo Editorial de la PUC. Lima, (1996), p. 76.

Así, el hombre mediante los avances de la medicina, ha prolongado el momento de la propia muerte, en algún caso. En otro extremo se ha dado paso a la polémica sobre la eutanasia -ya regulada jurídicamente por algunos países como: Holanda, Suiza, el estado de Óregon en EE.UU.⁵, o la ley de Voluntades Anticipadas, aprobada por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia, y con debate para ser aprobada próximamente en Andalucía, Extremadura y Aragón, en el derecho español- y donde han surgido defensores de la adistanasia y ortotanasia- radicalmente diferente de la repudiada eugenesia- como nuevo derecho del ser humano. Incluso en Estados Unidos se ha discutido legalmente sobre el proyecto criogénico -o el congelamiento de cuerpos humanos- con afanes futuristas.

También el niño y el adolescente han reclamado derechos propios, como queriendo emanciparse de la jerarquía paterna. La prolongación de la vida, ha hecho surgir una sociedad de ancianos (que superan el promedio de 65 años), que han alentado el surgimiento de los derechos de la tercera edad o de los gerontos; tras los derechos de la mujer, con justa razón, han surgido los derechos de los minusválidos o discapacitados (que demandan reformas políticas, educativas, de salud, arquitectónicas, de transporte, etc.), de los pacientes y dentro de ello de los enfermos -en el caso concreto de aquellos portadores del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)-, de las minorías políticas, étnicas, económicas, laborales, religiosas, lingüísticas y sexuales, que configuran un nuevo rostro de la sociedad civil contemporánea. En este último caso, se expresan demandas que implican superar arraigados prejuicios y reconocer sensibilidades distintas. Por ello, en algunos países no sin encendidas discusiones se ha legalizado las uniones de hecho, para parejas heterosexuales, pero este derecho en la práctica ha sido extendido por la judicatura también hacia aquellos, que tienen preferencia por seres de su mismo sexo, a través de uniones estables; procedimiento que genera apasionadas polémicas, pero a la vez, expresa la nueva época normativa que nos ha tocado vivir. Estos derechos no surgen, sino tras arduos debates académicos, políticos y jurídicos, que en algunos casos se han expresado de manera cruenta.

Existe una explosión de derechos, que van desde los derechos individuales (a la paz, al ambiente, al consumo, a la petición, a la no-discriminación, etc.) hasta una gama de derechos supra individuales: derecho ultraterrestre (expertos de 61 países

⁵ Lizama, Orlando: “Se reaviva el debate sobre la eutanasia” en “El Nuevo Herald, Miami, 21 de marzo de 2002, p. 16-A.

reunidos en las Naciones Unidas, en febrero de 1999, aprobaron por consenso un plan de acción con el propósito de detener la acumulación de desechos en el espacio que se calculaba un 3 millones de chatarra espacial), derecho del mar (el 98% del agua de la tierra es marina), derecho ecológico, etc. que sin oponerse a los primeros, forman parte de esta nueva percepción de las obligaciones individuales y un nuevo sentimiento de responsabilidad colectiva.

En todo ello se evidencia la necesidad de armonizar demandas individuales con requerimientos grupales. Por citar un caso, en el derecho ambiental, la tecnología industrial al haberse universalizado ha vulnerado de manera grave el medio ambiente local, poniéndose en tela de juicio nuestro modo de vida basado en la sobreexplotación de la naturaleza, hecho que ha repercutido incluso en el deterioro de la capa de ozono, con el surgimiento de nuevos males que afectan la salud pública. Esta preocupación se manifestó en la Convención de Río de 1992 (donde participaron 180 países) y se avanzó consensualmente a través del Protocolo de Kyoto, en el compromiso multilateral de reducir las emisiones tóxicas hasta el año 2010, a pesar de la silenciosa oposición de las superpotencias industriales.

Este conjunto de hechos, son la negación de que los que en una visión historicista, afirmaban que el derecho era un hecho institucional inmóvil e inapropiado para encarar los cambios sociales y culturales, toda vez, que él sería representación de lo tradicional y conservador; sin embargo, una vez más, corresponde a los hombres de derecho, encarar el reto de hacer compatible un orden justo, humanitario y postmoderno, con las demandas del mundo social que busca legalizar una nueva conciencia cívica e institucional.

En el recuento de la vida humana, el surgimiento del derecho correspondió a un momento de cambio de la vida nómada y primitiva, gobernada por la arbitrariedad y la naturaleza, a una nueva etapa dirigida por un razonamiento avanzado (religioso, moral, normativo, jurídico, etc.), buscando un nuevo contenido a la vida tribal, acompañado el salto institucional, primero, de *la polis* y, después, de *la civitas*. Por siglos, estos valores normativos que fueron vanguardia reflexiva en la antigüedad, se mantuvieron inmutables. Hoy asistimos a un cambio universal, que influye sobre



todos los valores que proyecta el advenimiento de un orden jurídico renovado e integrado.

Empero, la post modernidad no siendo un proceso único y simultáneo, presenta diversas características allí donde busca desencadenar la razón de toda dominación tradicional. Sin embargo, en esta historia milenaria, el hombre parece haberse hermanado en el ascenso hacia esa emancipación de toda modernización promete: *la libertad*. En el siglo XXI, la utopía de la libertad, solo será posible realizarla si los hombres nos autorregulamos con responsabilidad a través de una de las expresiones de racionalidad contemporánea: *el derecho*, que en el mundo actual se convierte en la condición necesaria para alcanzar la sociedad justa.

Norberto Bobbio, a fines del siglo XX, predijo que la centuria que se inaugura estaría signada por una explosión de derechos -síndrome legal la han denominado algunos- que fue precedida por el siglo de las luces (XVIII), el siglo industrial (XIX) o el siglo informático (XX), este, a su vez, sería superado por una época cuyo dinámico será la búsqueda humana del reconocimiento -thimos- jurídico.

El transcurrir histórico parece darle la razón al nonagenario pensador italiano. Si revisamos los últimos dos siglos a pesar que existen varios textos de derechos previos, es consensual admitir que con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada por la Asamblea Nacional de Francia, el 26 de julio de 1789, surge el paradigma jurídico que proclama que: "Los hombres nacen libres e iguales en derechos..." (Art. 1), pero además otorga la gracia de su durabilidad en el tiempo: "El objeto de toda sociedad política es la conservación de derechos naturales imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (Art. 2). La Declaración de Derechos, no era en puridad una constitución, pero contenía, la parte irrenunciable de toda Carta Magna: los derechos o parte dogmática, que dan contenido esencial a toda constitución moderna.

Así la Constitución de Filadelfia (1787), la Constitución Francesa (1791), la Constitución Polaca (1792) o la Constitución de Cádiz (1812), buscaban en distinto fraseo establecer las libertades públicas, los derechos constitucionales, los derechos ciudadanos, los derechos fundamentales, las libertades ciudadanas, los derechos del hombre -como se les ha generalizado hace dos siglos- los derechos humanos -como algunos lo consignaran en este siglo-, tratando de establecer la esencia del nuevo

orden subjetivo que había surgido de manera planetaria, en cuyo motor no debía estar el estado, sino el hombre.

Los franceses fueron los primeros que introdujeron el sintagma derechos fundamentales ("droits fondamentaux"), plasmado en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (1789) y alcanzó singular relieve doctrinal con la Constitución de Weimar (1919), en su sentido "Ley fundamental" (GRUNDGESETZ). En todos estos años los hombres han pugnado por hacer cada día más eficaz y tangibles los derechos fundamentales y ensanchando su contenido a través de la oportunidad legal. George Jellinek (1851-1911), esbozó una evolución de estos derechos en cuatro fases de desenvolvimiento:

- a. **EI STATUS SUBJECTIONIS**, que expresa la situación puramente receptiva o pasiva de los destinatarios de la norma emanada del poder político.
- b. **EI STATUS LIBERTATIS**, que expresa el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos, es decir, el límite de la intervención del estado en determinadas materias reservadas ahora al individuo.
- c. **EI STATUS CIVITATIS**, que se expresa a través de la pretensión o exigencia de los ciudadanos frente al estado, lo que equivale a poder reclamar un comportamiento de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles.
- d. **EI STATUS ACTIVAE CIVITATIS**, momento activo en la cual un ciudadano goza de derechos políticos delimitados socialmente, y participa de manera activa en la formación de la voluntad del Estado de Derecho.

Esta evolución está inmersa en la perspectiva de las libertades individuales que corresponde a la época de Jellinek -inicio del siglo XX- antes del surgimiento del constitucionalismo social. Por ello, con propiedad el profesor español Antonio E. Pérez Luño, señala que "... se hace inevitable añadir a la calificación de Jellinek un nuevo estado: el status positivis socialis" ("Los derechos fundamentales", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24 y 25), que agregue el reconocimiento positivo a los derechos económicos, sociales y culturales de nuestra época.

En resumen, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos humanos reconocidos en el ordenamiento positivo que son vitales para el respeto de la dignidad y que poseen las características de ser: inalienables (pues son intransferibles), inviolables (no deben ser transgredidas sin sanción adecuada), irrenunciables (no se anulan ni por voluntad individual), imprescriptibles (pues el tiempo no anula sus alcances), integrales (pues no se explican parcialmente) y efectivos (pues el hombre, la sociedad y el Estado deben garantizar su concreción).

Además, los derechos fundamentales tienen una dimensión axiológica (pues afirma el valor supremo de la dignidad humana), poseen una concepción histórica (fruto de la evolución social), representa una tendencia doctrinaria en expansión (pues su comprensión tiende a expandirse en sus alcances normativos) y son universales (pues traspasa los entornos locales y/o nacionales).

Hoy en la doctrina constitucional, se ha llegado a generalizar esta parte esencial (o dogmática) de la Constitución, como la de derechos fundamentales, que sin duda ha avivado el razonamiento para conceptualizar en términos doctrinarios estos derechos básicos. Así los derechos fundamentales, para algunos, son los derechos humanos positivizados jurídicamente, que norman la convivencia social y que nacen como acuerdo entre el individuo y la sociedad, y entre ésta y el estado, que incluye las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, entre los ciudadanos y/o los seres humanos.

Bajo este marco son derechos reconocidos o creados directamente por la propia norma constitucional, y sienta las bases del ordenamiento constitucional, allí radica su "fundamentalidad", por ello su protección constitucional reforzada y su garantía cualificada. Sin ellos no existe Constitución y menos Estado de derecho y hoy podríamos decir que no existiría nuestra civilización.

Los derechos fundamentales son normas, pero a su vez valores culturales, que se han homogenizado en el devenir del tiempo en determinados instrumentos que se comparten universalmente, por ello, esta prolongada extensión de la dignidad humana en textos como: La Declaración Universal de los derechos humanos (1948), Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), Declaración y programa de acción de Viena (1993), Convención sobre los derechos del niño (1989), Declaración

mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño (1990), Declaración sobre los derechos del retrasado mental (1971), Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991), Declaración de los derechos de los impedidos (1975), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981), Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1951), Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993), Declaración de Beijing (1995), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969), Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (1978), Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1987), Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (1990), Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1990), Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de Riad) (1990), Salvaguardias para la prevención de los derechos de los condenados a muerte (1984), Convención sobre el estatuto de los refugiados (1954), Convención para reducir los casos de apátridas (1975), Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1993), Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas (1994), Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960), Declaración mundial sobre educación para todos: satisfacción de las necesidades de aprendizaje básico (1990), Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales, y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales (1974), Educación para la paz, los derechos humanos, la democracia, el entendimiento internacional y tolerancia (1995), Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional (1994), Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra (1978), Declaración de principios sobre la tolerancia y plan de acción de seguimiento del año de las Naciones Unidas (1995), Convenio sobre el fomento del empleo y la protección



Hábeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona. Chanamé Orbe, Raúl.

contra el desempeño (1991), Convenio sobre la libertad sindical y la protección sobre el derecho de sindicación (1948), Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986), Declaración de Copenhague sobre desarrollo social (1995), Declaración de Midrand (1995), Programa de acción de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo (1994), Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos (1996), Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo (1992), Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad (1975), Declaración Universal sobre el genoma y derechos humanos (1997).

Todos estos instrumentos refuerzan el consenso sobre la dignidad humana, no solo centrada sobre el hombre -sino como lo propuso José Ortega y Gasset, más allá del yo en su circunstancia jurídica- para garantizar los derechos fundamentales y dar fe de los derechos humanos del siglo XXI⁶, como lo anunciará Norberto Bobbio.

⁶ Chanamé Orbe, Raúl: “Los Derechos del siglo XXI” en Revista Bibliotecal, Colegio de Abogados de Lima, año 2, N° 3, noviembre 2001, pp. 265 – 274.