



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

SEGUNDA PARTE

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL



TITULO I:

EL HÁBEAS DATA

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1993 incorporó por vez primera en el ordenamiento constitucional del Perú el proceso de Hábeas Data, cuya finalidad -luego de la reforma constitucional de 1995- es proteger el derecho de toda persona a:

- a) Solicitar y recibir información por parte de cualquier entidad pública; e
- b) Impedir que a través de los servicios informáticos, públicos o privados, se suministre información que afecte su intimidad personal y familiar.

2. ETIMOLOGÍA DE LA VOZ HÁBEAS DATA

Hábeas: Segunda persona del presente subjuntivo habeo... habere, significa aquí tengas en posesión, que es una de las acepciones del verbo.

Data: Es el acusativo plural de datum, que en los diccionarios más modernos definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación o procesamiento por medios automáticos.

En consecuencia, Hábeas Data significa que se posean los datos o registros.

Para otros autores Hábeas Data es una expresión mitad latina (hábeas) y mitad inglesa (data). Miguel Ángel Ekmekdjian dice que "efecto, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del hábeas corpus, en el cual el primer vocablo significa "conserva o guarda tu" y del inglés "data" que significa información o datos. En síntesis, en una traducción literal sería "conserva o guarda tus datos".⁷

⁷ Ekmekdjian, Miguel A.: "El Hábeas Data en la Reforma Constitucional", "L. L.", 1995- E – 946 a 951.

3. ¿QUE ES HABEAS DATA?

Habeas Data significa "que tengas los datos" ó "que vengan los datos", o sea tomar conocimiento de datos propios en poder de otro.

El Habeas Data aparece a finales del siglo XX como la acción más eficaz de protección del derecho a la intimidad frente al poder de los archivos de entidades públicas y privadas que recogen datos e informaciones sobre las personas y no los actualizan y hacen uso indebido de los mismos en perjuicio de tales personas.

4. DEFINICIÓN DE HÁBEAS DATA

La acción de Hábeas Data es una garantía constitucional que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten de registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación. Esta información debe referirse a cuestiones relacionadas con la intimidad no pudiendo utilizarse por terceros sin derecho a hacerlo.

El Habeas Data presupone la existencia de cinco objetivos principales: que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos; que se actualicen los datos atrasados; que se rectifiquen los inexactos; que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y supresión en los procesos de obtención de información del requisito de la llamada información sensible entre la que cabe mencionar la vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales. Los objetivos más importantes son el reconocimiento de los derechos de acceso y control de datos y derecho a accionar en los casos en que la ley lo prescribe.

El derecho al acceso y control de datos importa la compulsión a los mismos, su verosimilitud, relación entre los aportados por el individualizado, importará la forma de obtención, y si ellos fueron obtenidos en forma irregular e ilegal, el derecho a su supresión. Si se trata de cuestiones personalísimas existe imposibilidad de difusión de los mismos.

En el caso de Perú el Hábeas Data es un procedimiento que en un aspecto se ha restringido, mientras que en otro se ha ampliado. Se ha restringido pues no se permite la rectificación de los datos de la intimidad personal como lo hace la Constitución Brasileira, ni tampoco se faculta su supresión como lo autoriza la Paraguyaya, sino que se prohíbe su suministro a terceras personas (manipulación o comercio). Y por otro lado se ha ampliado al área informativa orientando la garantía también al derecho de información y de rectificación de los medios de comunicación cuando no se cumple con la obligación de rectificar afirmaciones inexactas o agraviantes, tal como lo precisa textualmente el art. 14 del Pacto de San José, cuando dice :

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiesen incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”. En resumen: son tres los países que han incorporado a nivel constitucional el Hábeas Data: Brasil (en el año 1988), Paraguay (en el año 1992) y Perú (en el año 1993) y en los tres casos son diferentes alcances, pero siempre referidos al tema de los datos vinculados a la intimidad.

5. EVOLUCIÓN DEL HÁBEAS DATA

El instituto del Hábeas Data ha pasado por tres grandes etapas a considerar en su rápida evolución:

a. Etapa de origen:

Corresponde al Parlamento del Land de Hesse, en la República Federal de Alemania, el mérito de haber promulgado el primer texto legal de protección de datos: la Datenschut del 7 de octubre de 1970. Esta Ley pionera marcó el comienzo de un

recorrido que culminaría en la Datenschutz federal alemana promulgada el 27 de febrero de 1977.

El objeto y ámbito de esta última norma se centran en la "protección de datos, que tienen como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona, de abusos cometidos con ocasión de su almacenamiento, transmisión, modificación o cancelación (elaboración de datos) (art. 1). El eje de la ley federal, al igual que su antecesora de Hesse, viene constituido por la figura del comisario federal para la protección de datos (Bundesbeauftragter für den Datenschutz), a quien le corresponde velar por el cumplimiento de la norma y recibir las quejas de los eventuales perjudicados.

También corresponde a esta primera etapa la Data Lag sueca del 11 de mayo de 1973. En esta norma se establece el principio de la publicidad de los bancos de datos personales informatizados mediante un registro abierto a la consulta de las personas en él incluidas.

b. Etapa de desarrollo legal.

Con la promulgación de la Privacy Act. Norteamericana del 31 de diciembre de 1974, se inicia un nuevo ciclo en el desarrollo de las leyes de protección de datos. La adopción de la Privacy Act debe ser relacionada con la preocupación que se creó en el Congreso de los Estados Unidos con el escándalo del Watergate y el temor sobre el uso que el gobierno puede hacer de los ordenadores y sistemas informatizados. La existencia de esta ley federal no prohíbe a los Estados federados adoptar otros casos normativos sobre el tema siempre que no sean contrarios a las disposiciones de la Privacy Act, o que supongan una carga comercial a los otros Estados de la Unión. Así pues, diez Estados federados han adoptado disposiciones normativas sobre protección de datos, sin que ninguno de ellos tenga disposiciones legales que cubran el sector público y al privado.

El núcleo de la ley federal reside en la protección de los individuos frente al asalto a su intimidad (assault on privacy) por los sistemas de acopio y almacenamientos de datos derivados del uso de la tecnología informática por las agencias federales, es decir, los bancos de datos de la administración federal art.2. Para defender a los ciudadanos ante estas posibles injerencias en su intimidad, la Privacy Act garantiza el derecho de información y acceso que tiene toda persona respecto a aquellos datos que le



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

conciernen, así como las facultades para rectificar las informaciones erróneas y cancelar las indebidamente procesadas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, distingue en este punto según se trate de datos requeridos por el gobierno o los particulares. En el primer caso ha sostenido que el derecho a la privacidad no es el obstáculo para que el Estado pueda ejercer su derecho de recopilar datos relativos a personas particulares, como algunas excepciones. Cuando la información es requerida por particulares, en cambio, la Corte es restrictiva, incluso cuando se trata del uso de datos por medio de la prensa.

En este ciclo se ubica también la ley francesa del 6 de enero de 1978, relativa a la Informatique, aux fichiers et aux libertés. Uno de los aspectos centrales de esta norma reside en definir los datos personales como "informaciones que permiten, directa o indirectamente identificar a la persona física a que se refieren, con independencia de que su procesamiento haya sido por una persona física o moral" (art. 4). Al igual que el sistema germano, la ley francesa prevé un órgano público para ejercer el poder de policía específico. Sin embargo, a diferencia del sistema de los comisarios para la protección de datos de las leyes alemanas, en Francia se ha optado por una institución de estructura colegiada: La Comisión Nationale de l'Informatique et des Libertés.

Gran Bretaña promulgó su Data Protection Act , la orientación medular del texto británico se cifra en su carácter realista. Se trata de una norma que ha optado deliberadamente por una solución de compromiso entre su finalidad de garantía de las libertades y su objeto concurrente de no obstaculizar el desarrollo del sector informático.

El conjunto de facultades y derechos que conforman la libertad informática se hallan diseminados en el articulado del texto y responden a los postulados del Convenio 108 del Consejo de Europa, lealtad y legitimidad de los procedimientos de obtención de datos, determinación de su finalidad y uso conforma a ella, actualización, seguridad de su conservación y reconocimiento del derecho de acceso a las personas concernidas.

La ley británica no prevé, en principio, la posibilidad de extender sus garantías a las personas jurídicas.

Su art. 1ro señala, de forma expresa, que a los efectos de la tutela prevista en las disposiciones de la ley se entenderá por dato personal el conjunto de informaciones referentes a un "individuo vivo". La Data Protection Act excluye también de su ámbito a los ficheros manuales al circunscribirse a los sistemas automatizados⁸.

c. Etapa de expansión:

Es la etapa actual, en la cual un creciente número de Estados e instituciones la asumen como una nueva libertad, tan importante como los derechos procedentes.

La globalización de la información y la informática ha exigido que se busquen formas más eficientes para proteger la libertad de información pero a su vez se garantiza el derecho a la privacidad e intimidad en una sociedad interconectada.

Esta etapa está marcada por los acuerdos multilaterales para proteger estas libertades, en el caso de la Unión Europea y los propios organismos internacionales como la ONU y la UNESCO.

6. ACCION DEL HÁBEAS DATA

La acción de Hábeas Data se define como el derecho que asiste a toda persona – identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de los registros – públicos o privados – en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación.

En 1960, en los Estados Unidos, William Prosser propuso una sistematización del concepto de privacy. Lo hizo individualizando cuatro situaciones distintas de violación:

- 1) Intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados;
- 2) Divulgación de hechos embarazosos que afectan a la persona;

⁸ Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Caloggero, Hábeas Data: "El Derecho a la Intimidad frente a la Revolución Informática"

- 3) Publicidad que podría desprestigiar a la persona ante la opinión pública;
- 4) Apropiación (con ventaja de la otra parte) del nombre o del aspecto físico del querellante.

Esta teoría de Posser fue criticada porque hacía añicos el “general Righth to privacy” elaborado por Warren y Brandeis, provocando – según parte de la doctrina- la crisis del concepto jurídico de privacy que, hasta ese momento, era considerado unitario.⁹

Estadella Yuste resume en los siguientes cuatro puntos los aspectos más destacados de la evolución que estamos examinando:

- a) Aunque la información personal puede tener un valor económico, no por ello deja de tener fundamentalmente valores personales (éticos). La formación personal forma parte de la intimidad individual para decidir, dentro de cierto límite, cuándo y qué información puede ser objeto de procesamiento automatizado.
- b) La protección del derecho a la intimidad contra el uso de un tratamiento automatizado de datos personales no se plantea exclusivamente como consecuencia de problemas individuales, sino que también expresa conflictos que incluyen a la comunidad toda, tanto nacional como internacional. La idea de la que persona titular de datos – el afectado- tiene interés, como parte de un grupo, en controlar el tratamiento automatizado de datos es reciente, ya que no aparece así en la primera etapa de leyes protectoras de datos, orientadas exclusivamente a la protección de la persona como entidad individual.
- c) En algunos casos el tratamiento de datos automatizados se ha llegado a convertir en un arma estratégica de manipulación de conductas individuales.
- d) La aplicación de avanzados métodos telemáticos a la información de carácter personal ha dejado de ser la excepción para convertirse en una rutina diaria; en consecuencia, hay que tratar el tema como una realidad, y no como un problema hipotético.

⁹ William Posser.: “Privacy”, publicado en “California Law Review”, vol. 48, 1960.

7. APLICACIÓN DEL HÁBEAS DATA

El titular de la acción de Hábeas Data tiene derecho a exigir las siguientes modificaciones de los registros o bancos de datos:

- La supresión de la información registrada, cuando ella fuere falsa, o siendo verdadera, no hubiere sido autorizada su registro por el damnificado, salvo competencia dispuesta por la ley para hacer el registro por parte de la autoridad o eventualmente del particular que tiene a su cargo en banco de datos.
- La rectificación de la información cuando la misma estuviese desactualizada, no debiendo el titular del derecho de justificar daño alguno como consecuencia de la actualización producida. La falsedad es mala en sí misma y no puede existir ninguna justificación para mantenerla en un banco de datos cuando estuviera suficientemente probada en su existencia.
- La confidencialidad de la información, esto es prohibir que el responsable del registro la haga pública, salvo que por imperio de la ley hubiere obligación de difundirla. Esto mismo solo será posible si dicha obligación es razonable, en relación con el interés público que la hubiere justificado
- La actualización de la información cuando hubiere nuevos datos no incluidos en el registro. No hacerlo es una manera de obtener la falsedad, por insuficiencia, de la información que va hacer utilizada por el servicio al cual sirve.

El derecho a accionar parte del agravio que implica la existencia de los datos referidos contenidos en un registro o base de datos.

La individualización y anotación con un nombre, el otorgamiento de un documento de identidad numerado, la extracción de fichas dactiloscópicas, la obtención del pasaporte, la confección de la ficha de ahorro bancaria, las fichas de ingreso a un club deportivo, la serie de datos personales que gracias al avance tecnológico se encuentran interconectados, pudiendo establecerse una posible difusión o complementación de los datos, sin autorización expresa ni conocimiento por parte de la persona a la cual están referidos.



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

Un problema a resolver será el hecho a negarse a soportar datos sin que ello pueda implicar menoscabo ni presunción alguna, tales como preferencias sexuales, fe religiosa, ideología política, raza, así como el reconocimiento irrestricto del derecho a la intimidad.

El Hábeas Data se explica en virtud del desarrollo de poder informático. Es una acción que tiende a proteger los derechos de los registrados en los archivos o bancos de datos, que pueden contener información equivocada, antigua, falsa, o fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas. De ahí que el promotor del Hábeas Data tendrá que alegar, para tener buen resultado, que los registros del caso incluyen información que es inexacta, o que pueden provocarle discriminación.

Esta referido a registros que son públicos o privados destinados a dar información y sólo cuando los datos que posee puedan provocar algún tipo de lesión o agravio a los derechos del registrado. No está referido a todos los registros. Este derecho no ataca a los archivos en general, ni a la informática en particular, ni se pretende la abolición de ningún tipo de sistema de registración, sino que se aplica en resguardo de la idoneidad, buena fe de la información, su actualización, protección a la intimidad, resguardo de los datos sensibles y a la no lesividad de su uso. Se trata de una herramienta destinada a la defensa de las personas contra toda posible lesión. Con el avance tecnológico y la globalización todas las innovaciones en el campo de la información se plantea el interrogante: ¿esto sirve para bien o para mal? La falta de control y la falta de recursos o herramientas en manos de los particulares para poderse defender, en caso de que exista realmente una desviación de poder en el uso de estos medios, puede significar no solo perjuicio material, sino una honda lesión a los derechos de la personalidad humana.

Existen de acuerdo a los objetivos del accionante, distintos planteos posibles derivados de este instituto, único:

- Constatación sobre la existencia de la registración: esta cuestión parte de un primer problema relativo a la existencia misma del banco de datos, ya que si él no existiera no habría solicitud atendible alguna. Acredita la existencia, y ante la sospecha de la inclusión de datos, la persona podrá solicitar la constatación sobre el contenido del asiento a él referido, su finalidad y uso concreto del mismo.

- El contenido: la persona accedió a la registración realizada respecto de su persona y ahora puede controlar y analizar su contenido. Ese control puede materializarse en un actuar concreto dirigido a diferentes acciones; tales como:
- El controlador del contenido: la persona accedió. Ese control puede materializarse en un actuar concreto dirigido a diferentes acciones; tales como:
- Anular el asiento, aquella en la cual figura una anotación vieja por lo cual carece de efecto que sigan emitiéndose datos sobre ella.
- Actualizar el asiento, aquella en la cual la información figura como en un principio por lo que hay que brindar la información actual del interesado;
- Rectificar o modificar el asiento, en el registro figura información incorrecta o falsa, por ello hay derecho a solicitar que la misma se anule en todo o en la parte incorrecta, dejando solo la versión modificada del banco de datos;
- Aclarar el asiento, ya que en él figura información que si bien es cierta, está dada de una forma incorrecta o equívoca respecto de la real situación;
- Anular registros referidos a datos sensibles, aquellos que sólo le pertenecen al titular y no existe interés alguno que habilite para contenerlos en un banco de datos.
- Reserva de datos, ya que no se trata de información susceptible de darse indiscriminadamente. La acción tiende a perseverar que los datos sean revelados, salvo que obedezca a la solicitud de autoridad competente o del interesado, debidamente fundada.
- Datos que importen discriminación, importarán necesariamente su anulación.
- Registros secretos, tienen un sustento fundamentado en la necesidad de que los mismos, en el tiempo de su registración no deben ser conocidos por exigir circunstancias que así lo aconsejan.

El Hábeas Data viene a responder a una necesidad del hombre común de oponerse a la información falsa, arbitraria o discriminatoria que se encuentra en cualquier base de datos, sin interesar la importancia de la misma.

TITULO II:

TIPOS DE HÁBEAS DATA.

Existe una clasificación formulada por Néstor Pedro Sagüés que es citada recurrentemente por distintos autores, fallos y por la doctrina especializada y comparada.

Conforme lo explica dicho autor¹⁰, el instituto de hábeas data admite ciertas variables enunciadas. Conviene clasificarla, dice, teniendo en cuenta también otras modalidades que pueden surgir de la experiencia jurídica contemporánea.

Oscar Raúl Puccinelli¹¹ dice que la clasificación de los diversos tipos y subtipos del habeas data (los cuales, adelantamos, coexiste la mayoría de las veces en una misma norma) se relacionan directamente con el objetivo que cada uno persigue y con el derecho que el sujeto activo pretende esgrimir a través de él. Desde ya –dice Puccinelli que, con el Hábeas Data ha sido concebido principalmente para tutelar a los derechos de los particulares frente a quienes colectan, tratan o distribuyen (ya sean otros particulares o el Estado), se encuentra más perfeccionado para estos fines que para su otra versión, que pretende brindar una herramienta efectiva tanto a quienes colectan información ante la negativa injustificada de acceso a las fuentes de información pública, como a la sociedad, que también cuenta con el derecho a informarse a través de quienes, luego de recabada la información, la proyectarán hacia ella.

Afirma Puccinelli que, refiriéndose al caso argentino, el tema relativo a los datos personales y al acceso a la información pública ha tenido regulaciones diversas: mientras algunas de las provincias consideraron en sus Constituciones sólo un aspecto de la protección de aquellos datos, ocupándose de los antecedentes policiales y penales (La Rioja, Salta y San Juan), o de establecer el derecho de acceso a las fuentes de información (Catamarca y Formosa, además de Río Negro y San Luis, que por otra parte también regularon el Hábeas Data), otras fueron más allá,

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro: “Subtipos de Hábeas Data”, “J. A.”, 1995 – IV- 352 a 354.

¹¹ Puccinelli, Oscar Raúl: “Tipos y subtipos de hábeas data en el Derecho Constitucional Latinoamericano”, “L.L.”, 1997 – D – 222.

consagrando al Hábeas Data como una acción específica de garantía (Ciudad autónoma de Buenos Aires, provincia de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, La Rioja, Jujuy, Río Negro, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego, aunque con diseños bien diversos. Además de la regulación constitucional, o en lugar de ella, algunas provincias asumieron el tema en la legislación subconstitucional (v. gr., Tucumán, Jujuy).

1. Informativo

Sagüés llama Hábeas Data informativo al que, respondiendo al objeto originario de este proceso constitucional, procura solamente recabar información obrante en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes.¹² Del Hábeas Data informativo existen tres subespecies (exhibitorio, finalista y autoral).

1.1 Exhibitorio.

Esta forma responde a la pregunta ¿qué se registró? Tiene por fin, evidentemente y en palabras de los doctrinarios, "tomar conocimientos de los datos" referidos a la persona que articula el Hábeas Data.

1.2 Finalista.

Su meta es saber para qué y para quién se registra los datos. Emerge además de para que tomar conocimiento de datos, para conocer la finalidad de ellos.

1.3 Autoral.

Este subtipo, dice Sagüés, no es tan habitual ni en la doctrina ni en el derecho comparado. Su propósito es inquirir acerca de quien obtuvo los datos que obran en el registro: Puede, entonces, auscultar acerca del productor, del gestor y del distribuidor de datos.

Si ella declara que "no podrá afectar el secreto de las fuentes de información periodística" mediante un Hábeas Data, parecería que sí es factible a través de esta

¹² Art. 2 inc. 5 Constitución peruana. Art. 43 de la Constitución Federal de Argentina.

acción preguntar por las fuentes de información no periodística y sobre las que no pese jurídicamente otro tipo razonable de secretos de fuentes.

Por un lado, la Constitución de San Luis enuncia el derecho de los habitantes para averiguar la "fuente de información" en que se obtienen los datos respectivos.¹³

Puccinelli, numera que este subtipo se encuentra regulado expresamente en las siguientes Constituciones: Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Perú. También lo prevén expresamente la Constitución de Portugal, y en el plano de las autonomías locales argentinas se encuentra regulado por las Constituciones de Buenos Aires (Ciudad Autónoma y provincia), Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy, Río Negro, San Juan, San Luis y Tierra de Fuego.

2. Por Omisión.

En este subtipo el propósito es agregar más datos a los que debería constar en el respectivo banco o base. El caso más común es de poner al día información atrasada (v. gr., si alguien aparece como deudor, habiendo satisfecho su obligación, o aparece como encausado habiendo sido en definitiva sobreseído).

En tal sentido, está previsto el art.43 C.N. como mecanismo para actualizar información.

Pero también existe otra hipótesis de inclusión por Hábeas Data que no significa necesariamente actualización. Sagüés cita a Oscar Puccinelli, quien habla de un objetivo de inclusión de datos de un hotel omitido en la guía turística oficial. Añadimos, dice Sagüés, la no inserción de antecedentes pertinentes en el legajo de un docente o funcionario.

El Hábeas Data aditivo, conforme lo sintetiza Sagüés es un Hábeas Data por omisión.

¹³ En cambio, Bergel, en: "El Hábeas Data: instrumento protector de la privacidad" ("Revista de Derecho privado y Comunitario", n° 7, "Derecho privado en la Reforma Constitucional", Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999), niega que el Hábeas data sirva para averiguar las fuentes de información, debiéndose limitar a operar sobre los datos que obren en el registro del caso.

3. Rectificador.

Apunta a corregir errores en los registros del caso; esto es, a sanar datos falsos. Corregir el dato que manifiestamente contradice una evidencia y mal informa sobre la naturaleza o cualidades de una persona.

4. Reservador.

Este subtipo busca de asegurar la "confidencialidad" de ciertos datos, en tal caso, el dato es cierto y no hay obstáculos para su conservación por parte del registro respectivo, pero si puede causar daños su divulgación y por ende se ordena al titular del registro que lo mantenga en sigilo, para su uso personal exclusivo o para su empleo específico para los fines legales pertinentes. No obstante, si media un interés público relevante en la transmisión de esos datos, tal interés puede vencer la valla que significa el perjuicio por la difusión (por ej., cierta comunicación de antecedentes penales).

5. Cancelatorio o exclutorio.

Se refiere a la denominada "información sensible", concerniente a ideas políticas, religiosas o gremiales, al comportamiento sexual, a ciertas enfermedades o actos de contenido racial, todos ellos potencialmente discriminatorios o lesivos del honor o privacidad del afectado.

No existe una regla fija acerca de cuándo es procedente un Hábeas Data para "reservar" y cuándo el contenido peligroso de esa información es tan grande que corresponde borrarla. Dice Sagüés que el criterio delimitador al respecto es cambiante de pueblo en pueblo y de momento a momento. Datos que otrora no eran vistos como nocivos (v. gr., los referidos a la identificación étnica de una persona), asumen hoy, en ciertas sociedades, rasgos tan negativos que parece indispensable eliminarlos en los bancos de datos. En última instancia, será la judicatura la que deberá precisar el concepto indeterminado de "información sensible".

Puccinelli, op.cit., en cambio, no comparte que se trate solamente de datos sensibles, y dice: "Nosotros preferimos incluir en este tipo a otra clase de información



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

que, no entrando en el catálogo de “sensible”, de todas formas no puede ser almacenada por cualquier registro (como ocurre, v. gr., con las fórmulas de determinadas sustancias), pues si bien alguno las podrá contener de manera reservada, en los casos en que no se trata de un registro habilitado para ello, no bastará con confidencializarla, sino que es imprescindible su eliminación”.

Este tipo, dice Puccinelli, se encuentra regulado expresamente en las Constituciones de Argentina y Paraguay. También lo prevén expresamente las Constituciones de Portugal (aunque limitado al caso de la informática),

Para concluir con todo el panorama dice Sagüés que, desde luego, un Hábeas Data puede ser mixto, en el sentido de comprender un objetivo simplemente exhibitorio o pretender también actualizar, rectificar, reservar o excluir datos concernientes a la información que obre en su registro.



TITULO III:

DERECHO A LA PRIVACIDAD

1) DERECHO A LA PRIVACIDAD

Todas las manifestaciones de la libertad de intimidad asumida como derecho fundamental de las personas, o bien del derecho de la intimidad interpretado como derecho subjetivo, permiten estudiar un nuevo espacio de derechos todavía no entendidos cabalmente.

Es decir, desde la intimidad uno puede llegar al honor, a la propia imagen, a la fama o reputación a la reserva y confidencialidad, al secreto, al derecho al olvido y a la verdad, etc.; pero el marco de donde ha de ubicarse el proceso de Hábeas Data requiere, siempre del tratamiento de datos de una persona que por esa causa tiene interés. Luego de observar el uso y destino de ese archivo sobre alguien, se podrá colegir si está afectado el honor, la fama, el secreto, o cualquiera de los derechos antes enumerados. Y, en todo caso, si la vía procesal que se implementa es, efectivamente, la garantía constitucional creada y en estudio, para recién allí determinar la condición del acto lesivo.

La defensa de la intimidad puede ser el género que amplía las fronteras del hábeas data, pero el derecho a la privacidad resulta más adecuado para recibir los bienes a tutelar por el proceso.

2) LA PRIVACY

En efecto, *privacy* tiene un sentido activo que tiende a concretar la protección de los particulares impidiendo que terceros se ocupen de la vida privada de otros. Al mismo tiempo, implica que si el banco de datos es legal y permitido sea también "privado", en el sentido de lograr confidencialidad y secreto, seguridad y privacidad en la transmisión que se efectúa.

No se trata de bienes jurídicos diferentes, pues la privacidad que la persona prefiere a veces no es posible, porque los registros se toman en diversas formas y



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

manifestaciones (por ej., ofrecer datos personales en un requerimiento de crédito o completar una planilla de inscripción para un sorteo ofrecido) y pocas veces pude conocerse el uso posterior que se dará a esos datos.

Si interpretamos la privacidad en ambas dimensiones, los intereses se pueden conciliar. Tanto los del hombre y su derecho a la libertad de intimidad, como los de la empresa que en ejercicio de un comercio lícito debe resguardar la seguridad del sistema (privacidad en las comunicaciones).

De este modo, intimidad y privacidad no son realidades contrastables.

“Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo: la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegido por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo” (párrafo de la Exposición de Motivos de la LORTAD española).*

Siguiendo este razonamiento del derecho comparado consideramos que el ámbito natural del Hábeas Data es el derecho a la privacidad, en dos sentidos: uno se dirige como mensaje impeditivo o barrera que se pone para evitar que la vida personal sea accesible a otros cuando el titular no lo admite; el restante, como acción positiva tendiente a obrar previamente frente a las agresiones provenientes de la informática.

La privacy se concibe por un sector doctrinal como una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona que, si bien han emergido al exterior, fuera de la esfera íntima de la persona, y se han incorporado a



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

un archivo electrónico, nada impide que puedan continuar bajo control y salvaguarda de su titular. En definitiva, se identificaría con el mismo derecho a la autodeterminación informativa, porque ese es el significado y contenido de este derecho. Se confunde, pues, el derecho en sí mismo como medio y respuesta jurídica de tutela de la persona, con el ámbito o bien jurídico tutelado; si la privacidad se identifica con los aspectos o ámbitos de la existencia personal que se preservan del tratamiento informatizado, no puede identificarse con el derecho que lo tutela.

Si en la defensa de la intimidad el fin fue evitar las intromisiones en la vida privada y espiritual de alguien; en la tutela que reserva el Hábeas Data el derecho se actúa, antes que previene. Es un ejercicio plenamente dispositivo de la libertad de control sobre los datos que le conciernen.

Afirma Carballo que el derecho de privacidad no representa sino la expectativa individual de control que cada persona tiene respecto de la información sobre sí mismo y la forma en que esta información es conocida o utilizada por terceros.

En definitiva, no se trata de defender a la persona en su hábitat individual, en su soledad absoluta o en la confidencia más extrema, porque el Hábeas Data no es una cuestión de hermetismo o secreto, sino de otorgar un recurso a la privacidad, permitiendo con ello una vía de control a la esfera de reserva.

Sin embargo, no es bueno auspiciar que esta vía permita eludir todo tipo de registros o transmisión de datos que son necesarios para la vida social y para los intereses del Estado.

No es posible instaurar un recurso a la privacidad para ocultar datos de carácter económico, patrimonial o penal, impidiendo con ello aquellas formas de control social que tutelan los intereses de la comunidad. Se trata, por tanto –dice Alpa-, de la defensa de la persona frente a la intromisión, la recogida, difusión y utilización de aspectos de su vida pertenecientes a su privacidad, actos que hoy son frecuentes y ante los cuales no podría oponerse un conjunto de instrumentos jurídicos eficaces.

3) ORIGEN DE LA VIDA PRIVADA

El derecho a la vida privada o *the Righth of privacy*, como se le conoce en el Common Law norteamericano, tiene su origen en 1890, cuando dos jóvenes abogados de Boston, SAMUEL D. WARREN Y LOUIS BRANDEIS, escribieron un ensayo titulado "*The Righth to Privacy*", publicado en el Harvard Law Review. El origen de este autónomo derecho está marcado por el conflicto con el derecho a la información.

En efecto, Samuel D. Warren, fue casado con la hija de un conocido Senador de la República de apellido Bayard, y debido a la vida azarosa que llevaba fue objeto de comentarios respecto a facetas que correspondían a su vida privada; esto incomodó grandemente al joven abogado, quien se asoció con Louis Brandeis, quien posteriormente sería nombrado magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, y escribieron el ensayo en referencia, donde desarrollaron el concepto *to be let alone*, es decir, el derecho a la soledad, el derecho a no sufrir interferencias, ni del Estado ni de terceras personas, en asuntos que sólo corresponden a la esfera de su privacidad.

El origen está relacionado con el desarrollo vertiginoso de la información y fundamentalmente con los medios de comunicación masiva, en este entonces representado por los diarios. Los autores mencionados, rechazaron las extralimitaciones en que incurrían dichos medios de información en el tratamiento de ciertas noticias que no obedecían a un interés general, y que, por el contrario, solo constituían invasión a la esfera de la privacidad.

Nace así el *Righth of Privacy*, que fue desarrollado posteriormente en base a la labor jurisprudencial de los tribunales norteamericanos, adquiriendo dimensiones y proyecciones inusitadas, en función al progreso y desarrollo de la sociedad norteamericana. La semilla la sembraron los jóvenes abogados, adquiriendo este derecho, a partir de ese momento, autonomía.

Lo que motivó el artículo, fueron los ataques de que era víctima Samuel Warren, por parte de la "prensa amarilla" a la vida social de su familia. Conforme refiere Gonzáles Sepúlveda "Los autores dan énfasis sobre la necesidad de una protección a la vida privada contra los excesos de la prensa y se refieren a un número

de sentencias inglesas y americanas, en las que varios actos que implican en realidad, intromisiones en la esfera de la vida privada, habían considerado en diversos aspectos, violación de propiedad, abuso de confianza, etc. concluye que estas sentencias en realidad basadas, sino explícitamente, en un principio general que era tiempo de reconocer, un derecho que tenía la función de proteger la "personalidad inviolada".

4) ANTECEDENTES INTERNACIONALES

La apreciación anterior, en efecto, reconoce que con anterioridad, el ámbito de la vida privada ha sido protegido de una u otra forma, aún cuando sumergida dentro de otros derechos. Novoa Monreal, refiere que el respeto a la vida privada era un valor tradicional en la Edad Media. La idea de la privacidad se empieza a vislumbrar con la disolución, de la sociedad feudal, cuando grupos minoritarios hacen valer su facultad de aislarse, de evitar toda interferencia en su vida privada.

Existe antecedentes que no ha sido tomado en consideración y es el caso resuelto por los tribunales ingleses en 1348, pero debido al lenguaje ambiguo en que fue redactado, no resultó claro si demandado que perturbó con fuertes golpes en la puerta de la taberna, su paz y tranquilidad, fue condenado por agresión o por invasión a la vida privada de aquélla. Para autores como Wagner Wiczylasw, citado por Iván Díaz Molina, debe considerarse que esa sentencia "llevó demasiado lejos la protección de la inviolabilidad de la persona y de su tranquilidad moral o aún como reconocimiento, por primera vez en los anales judiciales, del derecho a la intimidad".

De la misma forma podemos afirmar que en el Derecho Romano el hogar doméstico (la casa – la *domus*) jugó un papel importantísimo en la vida de los romanos, con un contenido moral y jurídico trascendental. Era como lo es actualmente, el lugar del recogimiento y la protección de la persona del mundo exterior. La protección de la casa ha sido reconocida a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El dueño de la casa, el *pater familias*, no solo era el jefe del hogar, con protestas amplias sobre toda la familia, sino que también era el, Juez, el sacerdote, es

decir; el ámbito de la casa estaba bajo su imperio, todas las divergencias eran resueltas por él, sin que autoridad alguna pudiera intervenir.

Pedro Bonfante, nos dice: "La sociedad doméstica no vive propiamente dentro del estado, sino dentro de la familia romana: no el magistrado, sino el *pater familia* manda y reprime cuando el orden sea turbado en las varias sociedades domésticas eventualmente sujetas a su poder.

El concepto de domicilio en Roma, no coincidía necesariamente con el de casa o residencia, ya que la nota fundamental para ello era que el lugar se convirtiera en el centro de las actividades o intereses de la persona, a pesar que etimológicamente domicilio deriva de dos vocablos latinos *domus* y *colo*, que a su vez significa *domun colere* que significa habitar una casa, pero es evidente que ya en Roma existía la protección a este espacio destinado al desarrollo de la intimidad de la persona y su familia.

Otro antecedente que se menciona, soslayadamente, son las afirmaciones de Roger Colard en el año 1891 en Francia, cuando se discutía la ley de prensa en dicho país, sosteniendo el carácter absoluto de la vida privada sobre la cual no se permite decir nada aún cuando fuere verdad. Usó la expresión "vida privada amurallada".

Las características de la sociedad contemporánea han complicado la existencia del ser humano. Los antecedentes mencionados anteriormente resultan mínimos frente al avance de la ciencia y la tecnología que hacen que el ser humano se torne vulnerable frente al poder de la información y de los medios de comunicación. El derecho a la vida privada, cobra hoy en día, vital importancia en la educación y formación del ser humano en una sociedad con pretensiones democráticas.

5) ANTECEDENTES PERUANOS

El origen norteamericano marca el inicio universal del *Rigth of Privacy*, conocido en, América Latina y en el Perú en particular, como derecho a la intimidad. Este derecho, sin embargo, fue reconocido por la Constitución Política del Perú de 1867,...aún cuando no generó ningún desarrollo doctrinario, fue considerado nuevamente en la Constitución de 1979, posteriormente se desarrollo en forma

limitada en el Código Civil de 1984 y finalmente algunas conductas que afectan la vida privada de las personas son tipificadas como delitos en el Código Penal de 1991.

A diferencia de los Estados Unidos de Norteamérica, nuestra jurisprudencia ha sido prácticamente nula en el desarrollo de este derecho, a pesar de la profunda sensibilidad que nos caracteriza. Y, si bien es cierto que la fuente principal de derecho norteamericano está dado por los precedentes judiciales y por ello el gran desarrollo jurisprudencial de este derecho como en otros, vitales para el ser humano, también es cierto (que por ser nuestra fuente principal las normas escritas) ello no debe impedir que la jurisprudencia desarrolle el derecho en estudio captando circunstancias particulares que nos brindan los casos concretos.

En ambos sistemas jurídicos, la Doctrina juega un papel trascendental. Lamentablemente en nuestro país muy poco se ha desarrollado doctrinariamente respecto a este derecho, mientras que norteamérica la doctrina ha ido a la par de la jurisprudencia.

Al respecto al ser humano, llevado hasta sus últimas consecuencias, implica el respeto a su dignidad personal "y a lo que pertenece a lo más secreto de su yo, de sus relaciones y de sus situaciones de vida. Esto no ha sido comprendido ni por el legislador ni por los magistrados peruanos.

Los orígenes se han dado en distintas etapas de desarrollo de cada sociedad; sin embargo, los orígenes están marcados por los elementos conceptuales similares y fundamentalmente uno de ellos, el relacionado con la información. Si revisamos los artículos 14 y 16 del Código Civil Peruano de 1984, encontramos que lo que resalta es la defensa de la vida privada controlando la información de hechos o circunstancias que sólo incumben a la persona y su familia, sino que la protección también está referida impedir la intromisión, el fisgoneo de la persona y / o familiar.

Díaz Molina, nos señala que si bien el *Rigth of privacy*, es creación del *Common Law*, y por lo tanto participa de sus características fundamentales, fundado en los principios generales que constituyen su estructura, es lógico que no se haya arraigado en las legislaciones hispanoamericanas en las dimensiones deseadas, por obedecer a la estructura de un sistema jurídico diferente; sin embargo, considera que ha llegado el momento "en que no son suficientes las garantías y defensas de los derechos fundamentales del individuo contenidas en las constituciones políticas. Esa

protección tendrá que complementarse y perfeccionarse con otra más efectiva y eficaz, sancionadoras de esas conductas ilícitas que hoy en día quedan impunes”.

En el caso peruano, el reconocimiento del derecho a la intimidad en la Constitución de 1979, el Código Civil de 1984 y el Código penal de 1991, marcan hitos en el desarrollo de este importante derecho.

A ello se suma, la Constitución de 1993 que inaugura este desarrollo, comprendiendo el problema en términos globales y con especial énfasis en el conflicto de la libertad de información, sin dejar de mencionar la garantía constitucional del Hábeas Data. Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia el afinamiento del mismo para la comprensión más amplia de las distintas situaciones que presenta la vida diaria.

6) LAS ETAPAS EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA PRIVACIDAD

Lo dicho en párrafos precedentes no debe conducir a la creencia de que el Hábeas Data se aloja únicamente en la vida privada o personal, ni que el Estado –o los particulares que comercializan con bases de datos- cuenten con una herramienta útil para legitimar el uso que aplican a esos registros.

Los derechos de la privacidad, en realidad, constituyen una gama muy compleja de situaciones que fueron transformándose en la historia del mundo hasta llegar a un estadio donde resultan plenamente imbricados con las acciones públicas y, por tanto, donde no es posible ni fácil resolver cuál de esos derechos tiene primacía.

En efecto, cuando se observa el desarrollo del mundo moderno se advierte la influencia notable que tiene la sociedad en la vida de las personas. Existe en cada etapa una suerte de búsqueda por la burguesía, porque instalados en esa posición resultaba más simple relacionarse y obtener influencia. Un mundo que abandonó la sociedad feudal requería del poder vinculado a los terratenientes pero con un sentido más social que económico.

Sostiene Jürgen Habermas que el espacio público se constituye en la modernidad desde la búsqueda por la burguesía de una esfera donde proyectar su modo de



experimentar la vida, en medio de sociedades donde el poder se articulaba desde la nobleza que lo ejercía en representación de todo el cuerpo social. La burguesía basándose en las posibilidades y requerimientos de comunicación y noticias de un mundo en expansión, concibió, en oposición al estado estamental, un espacio donde, utilizando la expresión oral y sobre todo la tecnología de la escritura (correspondencia, archivo, circulación de documentos), personas carentes del poder político legítimo, es decir, privadas, podían desarrollar relaciones sociales intensas mediadas por el razonamiento, generalizando idealmente sus experiencias subjetivas de vida en la familia nuclear. Recíprocamente, lo privado ha dejado de ser, como lo era en la sociedad feudal, el sitio de procura de las necesidades, o sea, un lugar de producción, puesto que el modo de producir había desbordado latamente las fronteras de la economía doméstica para el mercado, desterrando de ella el esfuerzo social para dejarla exclusivamente ocupada de las relaciones familiares. De este modo es que nacen íntimamente vinculadas las esferas republicidad y privacidad.

La vida cortesana va a demostrar la influencia del orador y del escritor, cada uno con su público y su inagotable poder para instalar conceptos sobre temas que "a todos interesa". Esta primera etapa nos sirve para comprender la fuerza y pujanza de la opinión transmitida y de algunas de las razones por la que debe mantenerse esta suerte de libertad de expresión que forja una sociedad.

Sin embargo, la familia se reconduce hacia lo personal (*my home is my castle*). Se estrechan las relaciones y comienza una etapa donde la intimidad es el producto de la necesidad de pensar por sí mismos. El Estado, los burgueses, no podían continuar aquel estado de dominación.

El estudio de Carlos Peña, en la compilación de monografías efectuada por la Universidad Diego Portales, es elocuente cuando expone: "... Allí es cuando la privacidad incorpora el ideal de la intimidad, como algo diverso tanto de lo propiamente público, el poder legítimo que no pertenecía a la burguesía, pero ante el que poseía una autonomía asegurada por la propiedad privada, por un lado; por otro lado, también respecto a la producción económica, de su dinámica de enfrentamiento racional en la publicidad del mercado, respecto del cual ofrecía el lugar adecuado para depositar los sentimientos, y en tercer lugar, en relación a la publicidad cultural de la 'vida social' que hacía la burguesía, de la cual, sin embargo, era su antesala al asumir la familia la función educativa de los miembros de ella".

Cuando el individuo se convierte en ciudadano (siglo XVIII), la polaridad entre lo público y lo privado se hace más intensa, en razón de que se institucionaliza la representación política y el poder de la opinión pública (eludiendo el significado que había obtenido la burguesía en la vida cortesana), frente a la sociedad que, en definitiva, era un agrupamiento de personas privadas y esencialmente emancipadas del poder económico del Estado.

Así, la vida privada se transforma en una idea pública que al menos ideológicamente ofrece a toda la sociedad un espacio público ampliado (Peña).

La última etapa nos muestra el intervencionismo del Estado en las relaciones privadas y con una absoluta indiferencia por la intimidad y reserva que tenía el núcleo familiar. Se difumina la autonomía económica y comienza una sociedad de masas donde el consumo marca las preferencias. Queda en evidencia la destrucción del ideal de aislamiento (entre lo público y lo privado), y la defensa de lo propio se resuelve desde los derechos fundamentales, dando lugar a un nuevo orden internacional para los derechos humanos.

En esta etapa –dice Peña- se produce la degradación de la autonomía privada, ideal radicado en el hogar familiar, la cual pierde su fundamento en la propiedad privada disponible arbitrariamente y a hora sobrerregulada y con ello disgregada, mudándose en una autonomía de consumo.

El consumo, a su vez, tampoco es esencialmente privado, por cuanto muchas veces empieza a depender del Estado para procurar sus necesidades básicas. De este modo es que la familia pierde toda relación con el mundo del trabajo. Ello traerá por consecuencia el descargar a la familia también de su capacidad de intimación personal, debido a la férrea dependencia de la vida familiar del Estado social y la sociedad organizada. Dicha situación tiene dos paradigmáticas expresiones que nos interesarán: el fracaso del ideal del aislamiento, tanto física (en la gran urbe) como psicológicamente (desvalorización de la vida solitaria), y la socialización inmediata de las personas a través de los medios de comunicación social (con lo que pierde la familia su función protectora respecto de lo público, quedando a merced, antes bien, más que de lo público en sentido político, de lo semipúblico).

El tránsito por distintas etapas evidencia la transformación del concepto de privacidad, como la tensa relación entre el dominio de lo público y lo privado.

La inspiración de ser dejado a solas, de vivir una vida propia con el mínimo de injerencias exteriores, de autodeterminar sus relaciones sociales, de desarrollar la personalidad sin ataduras ni compromisos; cada una de estas expresiones que son, definitivamente, derechos de las personas, tienen ante las dificultades de su propia concreción.

Las citadas etapas, en la explicación del derecho a la intimidad, o bien acotando la mención, del derecho a la privacidad, son presentadas habitualmente bajo dos teorías posibles que, en realidad, pretenden focalizar – cual si fuera el haz de luz de una linterna- qué derechos deben protegerse.

Estas teorías son las denominadas “de las esferas” y “del mosaico”. La primera refiere al derecho de la intimidad representando en círculos concéntricos donde el anillo central es la esfera de máxima reserva y los demás, dirigidos hacia el exterior, van hilando sucesivamente las esferas del secreto, de la confidencialidad, de la confianza, hasta llegar a las cercanías de lo público que constituye las relaciones del hombre con los demás persiguiendo crear una imagen de sí mismo.

La teoría del mosaico –explicada por Diana de Slavin- resalta los diferentes roles que desempeña el individuo. Éste conforma un complejo de informaciones, y según se articulen éstas el resultado final será diferente. Aquí se debe entender no solamente el carácter intrínseco del dato, a su intimidad, sino también a quienes tienen derecho para acceder a él.

Concretar la defensa constitucional en terreno de lo público o lo privado, frente a la situación que advierte un desarrollo simultáneo en ambos niveles, obliga al poder del Estado a promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectivo. Han de removerse los obstáculos que dificulten o impidan la plenitud del derecho constitucional creado, de forma tal que los siguientes derechos proyectados desde la privacidad puedan encontrar una auténtica respuesta:

- a) La intromisión en el ámbito de reserva y soledad que una persona pretende crearse (intrusión que se puede dar hacia los bienes o en la intimidad del hogar). Derecho que se afecta de manera directa con la grabación de conversaciones privadas, las intervenciones telefónicas, la filmación intrusita de actos de la vida familiar, la observación vigilante de la familia o de la

persona, el acoso irrazonable en el círculo de una persona, etc. También agresiones indirectas la publicidad estentórea (a viva voz, por medios parlantes aéreos o viales, etc.) en horas pensadas para la tranquilidad y reposo; las llamadas telefónicas que no reconocen origen (por eso como antes dijimos, la localización del número desde el que nos llaman, antes que un servicio es un derecho).

- b) La divulgación de hechos privados, dados en secreto o en confidencialidad. No importa que la exposición pública afecte o no el honor de la persona, pues la lesión se produce en la intimidad.

Recordemos el caso "Melvin c/Reid" en el cual la jurisprudencia americana sostiene que se violenta el derecho de toda persona al olvido, al narrarse en una película su pasado como prostituta.

- c) La difamación que consiste en hacer públicos hechos relativos a un individuo, presentados en forma disimulada, totalmente falsos o con una imagen distorsionada, con el fin de afectar o dañar a la persona concernida. Se incluyen aquí las protecciones que necesita el nombre, la voz la imagen y, en definitiva, la fama o reputación.
- d) La falsificación de atributos, por la cual una persona pretende atribuirse identidades o características que a otro pertenecen pretendiendo con ello utilizar una imagen ajena.
- e) La identidad, por la cual una persona persigue ser reconocida por su nombre y apellido, sus calidades personales, sus atributos intelectuales, y todo a aquello que hace a su personalidad.

Por eso, cuando un banco de datos contiene información inexacta, desactualizada o equívoca, es menester corregir el archivo desde la garantía del hábeas data.

7) NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Cuando se trata sobre la naturaleza jurídica del derecho a la vida privada, no es ajeno el debate suscitado respecto a los derechos de la personalidad. ¿El derecho a la vida privada como uno de los derechos de la personalidad es realmente un derecho subjetivo o es sólo un bien jurídicamente protegido? La respuesta que demos a esta interrogante tiene consecuencias en el sistema jurídico, por cuanto si se trata de derechos subjetivos, su trascendencia rebasa al derecho positivo; en cambio si se

trata de bienes jurídicamente protegidos, simplemente debemos limitarnos a la protección que brinde la ley a ciertos derechos.

Bien sabemos que en lo referente a los derechos de la personalidad, se trata de derechos subjetivos que deben estar en la conciencia de la humanidad para la protección integral de la persona, por lo que su motivación además de jurídica es fundamentalmente ética, por lo que trasciende el marco de la norma.

Los contrarios a considerar la existencia de derechos de la personalidad y por ende a la vida privada sustentan su posición en base al concepto de derecho subjetivo, que supone un poder o señorío atribuido a la voluntad, un objeto sobre el cual versa y un deber correlativo a cargo de otro u otros sujetos contra los cuales se ejerce la pretensión del titular y finalmente sostienen que estos pretendidos derechos no tienen modos de adquisición, transferencia o extinción”.

El derecho subjetivo es la expresión de la voluntad individual; el atributo principal, como lo señala Messineo, es el estar fundado sobre intereses autónomos. En el caso del derecho analizado no existe facultad alguna a favor de las personas, ni “un interés autónomo”, ya que no existe nada que dependa de la voluntad de la persona; sin embargo, el mismo Messineo se encarga de refutar esta posición, indicando que estos derechos de la personalidad, “encuentran protección por sí mismos, que consiste en la atribución, hecha al titular, de poderes titulados por verdaderas y propias acciones judiciales civiles, y no, solamente por una protección de carácter penal o administrativo, de la que surja indirectamente la mera posibilidad de pedir el resarcimiento del eventual daño, en caso de lesión”.

En términos similares se expresa Matilde Zavala, cuando señala que ha estas alturas de la evolución de la ciencia jurídica, donde se admiten actos de disposición del propio cuerpo, se llega a la conclusión que el goce de los bienes personales, no es cuestión de pura naturaleza, sino también de limitación de un campo donde la voluntad juega un importante papel¹⁴. Cifuentes cita al inicio del capítulo; “Es incontrastable que el titular tiene señorío sobre su cuerpo y espíritu y que la norma, directa o indirectamente, se encarga de otorgarlo y de conferir las defensas necesarias para su preservación”

¹⁴ Morales Godo, Juan (1995): “El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información” pags. 100 y sgts.

8) DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajeno y en soledad. Los comportamientos del hombre serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos o serán internos e intransferibles cuando permanezcan en el espacio interior de la persona. Éste es el terreno de lo privado, lo propio, la esfera de máxima intimidad.

La vida privada es una parte esencial de la persona, que sin resultar secreta ni de carácter íntimo merece el mayor de los respetos para garantizar el normal desarrollo de las libertades.

La doctrina suele distinguir entre "vida privada", haciendo referencia a una esfera de retiro y aislamiento donde los demás dejan en paz, al sujeto, e "intimidad", por la cual el individuo tiene un modo propio, fuera de los ojos de los demás. Mientras el derecho a la intimidad tutela la zona espiritual, reservada, de la persona que pertenece en su interior, referida a la conciencia de sí mismo como ser humano libre en su ámbito moral e intelectual, el derecho a la vida privada se manifiesta a través de la realización de actividades y comportamientos en un ámbito estrictamente personal, de amistad o familiar en el que el sujeto decide desarrollar su existir, perseverando esa esfera de su existencia del conocimiento general.

Es verdad aquella reflexión de Sartre cuando dice que la mirada del otro nos esclaviza, pues trasciende la metáfora, porque cuando alguien nos mira nos juzga y, cuando nos juzga, de algún modo nos domina.

La opinión pública se forma, en buena medida, con este juego sutil de la observación penetrante; de otro lado, la soledad parece emerger como remedio que relaja la tensión que produce la presencia de quienes nos miran para analizarnos.

La presencia informática en la vida de las personas es cotidiana; se manifiesta continuamente desde los primeros pasos en el día y no deja de abandonarnos en la práctica frecuente. A veces, la voluntad implícita de la persona reporta una autorización no pensada para quien está observándonos y registrando esos actos y costumbres (vgr.: encuestas, inscripciones en concursos, planillas que se completan a

ciertos fines, etc.). Otras, la información se debe ofrecer como un requisito para "entrar" en un ámbito determinado (vgr.: asociaciones, entidades financieras, bancos hoteles, etc.); también el Estado almacena nuestros datos con finalidades diversas (censo poblacional, identidad de la personas, historias médicas, etc.), y así, sucesivamente, el hombre encuentra que su vida está archivada prolijamente en un banco de información.

Lo trascendente no es el carácter más o menos íntimo de los datos personales que se cedan, sino las posibilidades infinitas de la técnica informática para tratar esos datos (posiblemente irrelevantes cada uno de ellos para la intimidad de su titular) y extraer de ellos informaciones precisas.

Sostiene el tribunal constitucional español que "el incremento de los medios técnicos de tratamiento de la información puede propiciar la invasión de la esfera privada, haciéndose necesario la ampliación del ámbito de fuego del derecho a la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento que produzca tal efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se otorguen al ciudadano para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho (...) Las normas autorizadas de recogidas de datos, incluso los fines legítimos y de contenido aparentemente neutro, deben incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada, por lo que si no lo haces pueden y deben considerarse vulneradoras de la intimidad" (TCE, sentencia del 9-5-94).

Por tanto no hay datos que sean secretos absolutamente sino en la medida que se han conocido, a cuyo fin regresamos al punto de la confidencia o al derecho de reserva que antes mencionamos.

Es decir la garantía constitucional del proceso de Hábeas Data procura que la vida privada de los hombres no sea inválida ilegítimamente por el acopio o almacenamiento de datos personales, ni que ellos sean difundidos sin la expresa autorización del titular o de quien tenga derechos de representación.

De algún modo, esta línea de pensamiento se asocia a la diferencia que hacía Nino y que explica con suficiencia Eduardo Oteiza cuando expone que la noción de privacidad pareciera abarcar los conceptos independientes que garantizan ámbitos distintos. Por una parte nos encontramos con las acciones privadas que no dañan a

terceros y solo afectan a la persona que las realiza. Ellas solamente entran en juego con la moral personal, al consistir en la elección de aquellos aspectos que conforman el plan de vida de cada individuo. En el plano normativo se acepta el principio liberal de la autodeterminación, que deja librada a la decisión individual las acciones privadas. Sin embargo, una lectura restrictiva, fundada en ideas perfeccionistas, que consideran que el Estado puede interferir con conductas que no lesionan a terceros, bajo la pretendida defensa de sus propias convicciones y creencias sobre una proyección comunitaria, ha limitado el marco de libertad en áreas sensibles para la ética individual, apoyada en su propia apreciación de la moral pública.

La diferencia entre moral pública y ética privada ha sido explicada a partir de la noción de privacidad, que se ha utilizado, también, para identificar aquellas circunstancias que caen bajo el dominio exclusivo de una persona, por su voluntad de no dejarlas trascender a otros. Nino, siguiendo a Parent, vinculaba el concepto de privacidad con la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas que no son objeto de una moral pública, separándolo de la idea de intimidad. Asociaba a esta última con el derecho a que los demás carezcan de información sobre hechos personales, cuando el sujeto al que se encuentran asociados niegue su consentimiento. Consiste, entonces – concluye Oteiza-, en la exclusión de información documentada accesible al público, mediante la potestad de limitar el conocimiento sobre aspectos personales, cuando el mismo no se encuentre justificado por una razón que en la tensión entre la reserva y la publicidad ceda a favor de la primera.

A pesar de ello, no es la propia determinación sobre la transmisión del dato lo que caracteriza el derecho a tener una vida privada, sino el derecho a mantenerse ajeno a las intromisiones ilegítimas o legítimas pero infundadas.

Así mismo, muchas veces el límite entre intimidad y privacidad es difuso y no se podría hallar un derecho preciso que alimente la fuente de protección respectiva; en definitiva, todo conduce a sostener que la limitación que se persigue pretende, como mínimo, que nadie se entrometa en la vida de otro sin tener consentimiento para ello, y que el individuo mantenga la libertad de resolver, en todo tiempo y espacio, qué aspectos de su vida personal quiere ocultar o trascender.

En opinión de Bianchi, la distinción entre privacidad e intimidad es más aparente que real. Para ello se vale de algunos ejemplos: una reunión es íntima o privada cuando existen a ella algunas pocas personas elegidas. La correspondencia que intercambian

dos individuos es íntima o privada entre ellos y no deben ser conocidas ni divulgadas por otros.

La relación carnal entre dos personas es íntima o privada entre aquellos y no puede ser objeto de indiferencia alguna. En todo caso –y con ánimo de formular alguna diferencia- podría decirse que íntimo es más privado aún que lo privado. El fuero íntimo de una persona es lo que sólo le pertenece a ella y está exento de cualquier objetivación forzosa.

Desde este punto de vista, afirma el prestigioso publicista argentino, el pensamiento es íntimo mientras no sea objeto de exteriorización, y se transforma en privado cuando es divulgado en un pequeño o limitado círculo.

Cuando se estudia el derecho a la vida privada, en realidad, no se demanda que sea éste el fundamento de Hábeas Data, sino que es una parte de todo ese cuadro de derechos que mejoran el perfil del proceso constitucional creado.

Observado atentamente el fenómeno en el tiempo que transcurre, se puede advertir que la distancia está trazada entre la tutela que deriva del derecho a la intimidad y, en su caso, el carácter individual que tiene, y por ello el signado de derecho personalísimo. Frente a la corriente que postula la relación con el “tratamiento de datos”, en cuyo supuesto la atención no se fija tanto en la persona como sí en el interés en preservar la veracidad de la información y el uso que de ella se hace.

Sostiene Garzón que la categoría de “protección de datos” ha surgido para aplicarse a nuevas realidades jurídicas, que sólo parcialmente pueden ser descriptas o fundamentadas a través de la noción tradicional de “intimidad”. El derecho a la protección de datos, según su propia expresión, pertenece al contexto de la era informática y ciertamente resulta atrevido afirmar que esta compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho de la intimidad inserto en cuerpos normativos de ámbito nacional o internacional de la era preinformática.

8.1 El derecho a la dignidad personal

La voz “dignidad”, dice el Diccionario de la Real Academia Española, cuando se usa de una manera absoluta, indica siempre buen concepto y se utiliza en contraposición a indigno.



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

También es la gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse.

De algún modo, la dignidad, en los términos como se presenta, puede englobar los supuestos de defensa al honor, la imagen y reputación que antes desarrollamos. Sin embargo, es algo más.

Miguel A. Ekmekdjian, que es pionero entre los autores que desarrollan el “derecho a la dignidad de las personas”, afirma que el fundamento del hábeas data es otorgar una garantía especial al derecho a la intimidad. Agregando que el derecho a la privacidad o a la intimidad es una consecuencia o derivación del derecho a la dignidad.

Ese plus proviene de su propia generalización. Es un concepto jurídico que identifica varios presupuestos, pero donde se destacan especialmente dos: de un lado, la posibilidad efectiva de encontrar una respuesta positiva dentro del ordenamiento legal para defender los derechos de la intimidad, que es de carácter personalísimo, y de otro, la configuración en los correlativos términos de reserva de una esfera de acción humana y de la consiguiente capacidad de generación de una privacidad protegida mediante el correspondiente poder de exclusión.

En cuanto al bien jurídico protegido –sostiene Martínez Sospedra-, la doctrina más aceptada subraya que el mismo consiste cuasi exclusivamente en la libertad de disposición sobre el ámbito de lo íntimo, dimanante de la propia dignidad(...) La diferenciación entre asuntos privados y asuntos públicos, entre la vida privada y la vida pública, constituye una estructura cultural si cuya pre existencia y hegemonía social, poco menos que absoluta, es impensable el mismo régimen de Estado, y en todo caso, sin la cual es impensable la concepción moderna de la libertad en términos de autodeterminación personal y del consiguiente poder legal de exigir a los demás, incluidos los poderes públicos, las conductas necesarias para asegurar su subsistencia y reproducción. En consecuencia, es predicable de la vida privada, y de la intimidad con mayor motivo, al ser ésta el eje o centro de aquélla, la doctrina del papel institucional de las libertades que la amparan.

Si tomamos la dignidad como género desde el cual proyectar los contenidos que ocupa el Hábeas Data, la norma sólo menciona los casos de acopio informativo sobre las personas, con el fin de evitar inexactitudes en la transmisión de esos datos,



o que el archivo donde los contiene sea una fuente de discriminación para los individuos. Éste sería el campo del proceso constitucional.

Surge así una primera proyección en el llamado “derecho a la verdad” antes referida. De igual modo aparecen los derechos a la reserva y a la confidencialidad, que no deben asociarse a la idea del secreto absoluto de la persona o de la inabordable posibilidad de conocer aspectos de su intimidad.

En los hechos, la dignidad no supone que cuanto menos se conozca de uno, y cuanto más se conserve en secreto, permita reservar la intimidad en su mejor hábitat. En realidad lo perseguido no es ocultar la información relativa a una persona, sino que ésta pueda desarrollar su vida con libertad y posibilidades de resolver, por sí misma, que aspectos de su vida admite poner en exposición y conocimiento de los demás.

Ya se ha indicado –dice Hernán Ortiz- que no es mayor el ámbito de intimidad cuando menos se conozca de la vida personal y familiar, que la intimidad no se debe vincular directamente con la reserva u ocultamiento de la información relativa a la persona, sino con el libre desarrollo interior de una vida individual que faculta a la persona a conocerse y realizarse intelectual y psicológicamente. Es por ello que, aunque los demás penetren en la vida privada ajena conociendo aspectos del mundo interior, a ellos sólo acceden a través de lo que la persona les facilita, pero además les será imposible acceder al “mundo interior”, integrado por los más valiosos sentimientos, pensamientos y recuerdos de la persona, en lo que cada individuo se recrea y proyecta como ser humano. En resumen, la intimidad constituye un bien personal al que, en modo alguno, puede renunciar sin resentirse en su dignidad humana.

Por eso intimidad y privacidad no son términos contrapuestos, sino manifestaciones de la vida. Una que se conserva “hacia adentro” y reposa en los deseos, los sentimientos, las inclinaciones, los miedos, etc., y otra que ocurre en el diario vivir, el “hombre hacia fuera”, con sus relaciones, sus compromisos, su imagen y formación de una personalidad social que, de alguna manera, se debe distanciar de la personalidad familiar. No porque sean diferentes, sino porque la privacidad es distinta.

En suma, todo queda enmarcado por la dignidad. Una vida digna tiene un aspecto ético y moral que hace a una filosofía personal de la conducta, y también una

proyección necesaria de los límites que deben imponerse a los demás para evitar agresiones innecesarias a los derechos de la personalidad.

8.2 La vida privada

La vida privada que atiende el Hábeas Data se vincula con todas aquellas manifestaciones que se registran o archivan con alguna finalidad sin tener consentimiento expreso de la persona.

En este caso, recurramos al derecho comparado el caso argentino fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (el 11-12-84), en autos "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida SA", sostuvo que el derecho a la privacidad e intimidad, en relación directa con la libertad individual, protege un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el hecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal, la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar las áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

"Vida privada" hace referencia a una esfera de retiro y aislamiento, al ámbito donde los demás dejan en paz al sujeto, con tranquilidad para actuar y donde no tienen derecho a inmiscuirse. En tanto que la intimidad se refiere al individuo, a un "mundo propio"- en palabras de Hernán Ortiz-, fuera de los ojos de los demás, se trata de la esfera más sagrada de la persona.

Es decir, la privacidad se recorta en dos vertientes: la vida personal y la vida familiar, y en la misma línea, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia particular.

Por eso la vida privada excede a la intimidad, y por tanto comprende, además de los bienes que el fallo enumera, otros como la imagen y el honor. En consecuencia, también las personas jurídicas tienen vida privada, aunque no poseen intimidad.

La distancia entre vida personal y derecho a la intimidad no supone que la primera necesite de una regulación legal expresa mientras la segunda cuente con respaldo constitucional, en razón de que nuestro país, reconoce varios tratados y convenciones donde se distingue la defensa que al domicilio, a la correspondencia, a la propia imagen y a la individualidad de dispensa.

De algún modo puede coincidir con esta idea la opinión de Martínez Sospedra cuando expresa que "... de este modo aquellas áreas de la vida privada que exceden del ámbito de la intimidad y no de hallan protegidas ni por el derecho fundamental a la misma ni por los otros derechos fundamentales con incidencia en aquélla obtienen protección constitucional mediante la internalización de las disposiciones de los tratados que reconocen el derecho a la vida privada que provoca la ratificación de los mismos. En sentido estricto no hay, pues, en nuestro ordenamiento (España) un derecho propiamente constitucional a la vida privada, pero si existe, mediante la vía señalada, una suerte de derecho paraconstitucional, si bien el mismo sólo es protegible en amparo en aquellos supuestos en que se puede obtener la cobertura del artículo 18 de la Constitución Española".

En síntesis el derecho a la vida privada contrae, al menos, las siguientes obligaciones:

- 1) El derecho a estar a solas, evitando que la persona humana sea inválida por intromisiones de cualquier naturaleza que afecten su vida íntima o privada.
- 2) Defensa efectiva del individuo contra la publicidad de actos personales que se ponen a disposición del público interesado sin conocimiento ni permiso del afectado.
- 3) Propiciar un régimen de control sobre el almacenamiento de datos personales y el destino que aquellos se asigne.
- 4) Formular un criterio economicista respecto a la vida privada, a cuyo fin se la puede analizar como resultado de la difusión y retención de la información en el contexto comercial y personal.
- 5) Dar un sentido amplio al derecho a tener una vida privada, para evitar el egoísmo de considerar únicamente el problema del tratamiento de datos, sin relacionar otras situaciones tan o más importantes que ella, como son las intercepciones

telefónicas, la penetración de los correos electrónicos, la invasión domiciliar de publicidad, etc.

8.3 La vida familiar

El derecho de exclusión que pervive en la defensa de la vida privada, en cuanto a evitar o prevenir las intromisiones en la dimensión de lo que resulta absolutamente reservado y secreto de las personas, se extiende a la vida familiar como una proyección del derecho a la privacidad.

En este aspecto, la tutela constituye un avance necesario en la forma de resolver la invasión o perturbación en el reducto de lo íntimo, si se tiene en cuenta que la protección estuvo dirigida a salvaguardar la familia de la indiscreción y las consecuencias que traía a ella ese conocimiento de hábitos o costumbres.

Sostiene Lyon que constituye una realidad que, si bien en sus comienzos la protección de la vida personal se salvaguardaba frente a la indiscreción ajena que, con más curiosidad que malicia, interfería en la intimidad de quienes que por su profesión, condición o deseo se consideraban personas públicas, hoy la protección de la intimidad o privacidad de las personas adopta una nueva dimensión, más social, menos individual, y que se proyecta en las circunstancias más cotidianas e irrelevantes de la existencia humana. Negar que la protección de la persona en la era de las computadoras ha superado el estricto ámbito de la intimidad representaría la negación de una realidad constatable, pero, igualmente, podría calificarse de parcial un estudio de la protección de la persona en la intimidad, como aspecto de la personalidad individual, no fuera reconocida en cuanto ámbito personal digno de tutela frente a las agresiones informáticas.

La vida en familia representa un sinnúmero de comportamientos que identifican el perfil del diario acontecer. Existen gustos, tolerancias, manifestaciones que identifican el carácter de los miembros, preferencias, etc., que conservado y registrado, definen el ser cultural y económico del grupo. Cuando esa vigilancia es producto de intromisiones directas o indirectas, debe existir un control sobre ellas y una forma de prevenir el uso de ese archivo de costumbres.

A veces, la familia se encuentra invadida sin saberlo, aunque de hecho lo admite. El caso de medios electrónicos que conviven con ella es habitual. Por

ejemplo, la televisión representa hábitos, promueve usos y costumbres. La utilización de la red Internet obliga a dejar datos y otros registros cuando se practica el comercio electrónico; el uso del teléfono es también un medio indirecto de invasión a la intimidad (por eso, saber quién nos llama antes que un servicio es un derecho).

Cierto que, en principio –afirma Hernán Ortiz-, el conocimiento de los comercios donde una persona adquiere sus enseres o el vestuario parecen datos irrelevantes y sin trascendencia, no obstante, adviértase que el conocimiento de estos datos debidamente relacionados puede ofrecer una imagen de la persona, de sus gustos, aficiones, o puede revelar, por ejemplo, su desmesura en el gasto. Datos todos ellos que pueden perjudicar a la persona, no por su falsedad o por el desmerecimiento de su reputación, sino por el solo hecho de que el individuo no ha consentido su almacenamiento y, menos aún, su utilización por terceros.

La utilidad para otros de estos hechos cotidianos seguramente es inasible o probablemente difusa. También es cierto que esa ausencia de daño, peligro o incertidumbre no puede solaparse tras la defensa de la intimidad o la privacidad como derechos de contenidos personal (subjetivos).

Lo que se procura mantener en la mira del Hábeas Data es el control sobre los registros, antes que evitar la recopilación propiamente dicha. Toda información de la persona, familia y amistades, ese reducto o círculo de “los íntimos”, no puede ser observada con desinterés y tolerancia, seguramente tiene un fin y un objetivo. En consecuencia es una amenaza y necesita una herramienta de control.

8.4 La inviolabilidad al domicilio

La Constitución peruana y la jurisprudencia protege el domicilio de la personas con un criterio amplio que comprende modalidades como la residencia transitoria, la simple morada, el alojamiento por horas y en general toda habitación o lugar cerrado o abierto, móvil o inmóvil, que permita el desenvolvimiento de la libertad personal en cuanto concierne a la vida privada.

La pretensión es operativa sin necesidad de normas reglamentarias y constituye un orden al Estado para que establezca límites en su accionar, impidiendo

al menos el allanamiento sin orden judicial o la violencia sobre los lugares donde una persona se encuentra, aún cuando utilice el lugar como refugio.

Dice Bidart Campos que la norma del artículo 18 es directamente operativa y no vale decir que el domicilio carezca de inviolabilidad mientras no se dicte la ley reglamentaria a la que la cláusula se refiere. Lo que la norma significa es para allanar el domicilio sin orden judicial es indispensable que una ley previa determine razonablemente los casos y justificativos.

El Hábeas Data, en este aspecto, no es una vía útil ni efectiva para impedir in allanamiento ilegal, o provocar en su campo la nulidad por ilegítimo de ese acto practicado. Una vez más queda de manifiesto el marco acotado de la garantía procesal al tratamiento de datos, aunque es posible encontrar similitudes de encuadre si se controla con el Hábeas Corpus.

8.5 La correspondencia y los papeles privados

La correspondencia particular y los papeles privados deben interpretarse con sentido amplio que admita el desarrollo tecnológico y evite la zona de grises que se encuentra aún sin definir.

En efecto, el caso de las cartas misivas debe capturar en su alcance los mensajes del correo electrónico, los informes del pager o beeper (pese a la intervención de un tercero que mediatiza el mensaje pero que participa de la confidencialidad), y todo tipo de mensajero que aplica esa función de correspondencia a particulares.

Lo mismo puede ser dicho respecto a los papeles privados, los cuales conservan el derecho al secreto y a su invulnerabilidad (por Ej.: legajos personales, trabajo, historias clínicas, etc.). La extensión mentada se aplica a todo tipo de comunicaciones interpersonales, de forma tal que el medio utilizado no es trascendente como sí lo es la garantía que preserva la libertad de intimidad.

Con la técnica moderna –agrega Bidart Campos– consideramos que la libertad de intimidad se extiende a otros ámbitos: comunicaciones que por cualquier medio no están destinadas a terceros, sea por teléfono, por radiotelegrafía, etc. Este último aspecto atañe simultáneamente a la libertad de expresión: la expresión que se

transmite en uso de la libertad de intimidad no puede ser interferida o capturada arbitrariamente. La captación indebida tampoco puede, por ende, servir de medio probatorio. Sería extenso enumerar otros contenidos que quedan amparados en la intimidad, y sobre los cuales sólo puede avanzar una ley suficientemente razonable con un fin concreto de verdadero interés. Así, el secreto financiero y bancario, el retrato o la imagen, etc.

Apunta Oteiza, siguiendo el criterio que se expone, que se ocupa de distintos aspectos vinculados con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida cuando impone la codificación de las fichas y los registros y la obligación de guardar reserva absoluta de los profesionales que intervengan en el tratamiento. Se requiere el consentimiento de la persona fotografiada y que su difusión se vincule con fines científicos, didácticos o culturales. Las citadas disposiciones reciben en forma atenuada el derecho de evitar las invasiones sobre aquellos aspectos de la vida personal en que no existe mérito para revelar, o que conocidos no deben ser dominados o empleados por terceros.

Con mayor preocupación, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 11) y otros tratados y convenciones (vgr.: art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) prefieren evitar toda intromisión arbitraria en la vida privada, domicilio, vida familiar y correspondencia privada, que son los numerales que acepta el derecho a la intimidad en sentido lato.

Ahora bien, ¿cómo trabaja el Hábeas Data en este campo de la correspondencia epistolar? En primer lugar debemos partir de la base de sostener que el concepto no está limitado a las cartas misivas, sino a todo tipo de comunicaciones que imitan información privada y que no importa que en el intercambio participen terceras personas. Esta actuación necesaria o contratada del individuo, o de un medio técnico controlado por otro, no significa publicitar o dar sentido público al envío.

En segundo término, hay que resguardar y asegurar el derecho a mantener secreta cierta información que le concierne, de modo tal que no esté al alcance de persona alguna, a excepción de autorizaciones judiciales expresamente indicadas.

Un aspecto más se vincula con las nuevas modalidades de información que una persona investiga y que, sin saberlo ni quererlo, tiene "buscadores" que siguen sus preferencias para utilizar ese dato obtenido.

Existen cuatro acciones calificadas como muy graves en la utilización de la red Internet: a) seguimientos de qué sitios en la red visita cada persona y utilización indebida de esa información; b) introducción en Internet de información sobre personas presente en registros públicos que permiten la identificación de las mismas; c) lectura de mensajes de correo electrónico por personas a las que no van dirigidos; d) sitios de la red que recopilan direcciones de correo electrónico de sus visitantes para obtener listas de comercialización sin consentimiento ni autorización alguna.

La suma de cuestiones previas abre esperanzas para, por ejemplo, saber qué registros se tienen de alguien que comercializa vía internet y qué otro destino puede tener ese archivo; qué sentido tiene la persecución completa de datos para registrarse en un hotel; impedir la agresiva venta telefónica que invade permanentemente la línea celular, satelital u ordinaria que se ha contratado; en fin, toda intromisión en la zona de reserva y confidencialidad propia de los papeles privados constituye un campo propicio para que el Hábeas Data resuelva.

Sin embargo, la cuestión no podrá seguramente tener solución ni por la ley ni a través de su garantía. La novedosa injerencia y penetración en lo que es propio obligará a complementar las leyes con acciones precisas destinadas a la protección afectiva, antes de que la invasión se produzca. De otro modo, cualquier proceso será meramente resarcitorio porque el daño se habrá producido.

La normativa, por sí misma, no será suficiente para proteger el derecho a la intimidad en el próximo siglo –asegura Ann Cavoukian-; será necesario emplear diversos instrumentos como complemento a la legislación y, en particular, herramientas de carácter tecnológico (herramientas de protección a la intimidad) [... Puede adoptarse la legislación más estricta, como es el caso en la Unión Europea, pero si existe la posibilidad de eludirla mediante la aplicación de las diversas tecnologías su valor disminuirá en gran medida. Además, en el mundo de Internet, en el que no se conocen fronteras políticas ni se observan leyes aplicables, no queda otra opción que recurrir a la tecnología (...) Quizás, las plataformas para las preferencias de intimidad (...) apoyen esta tecnología y puedan considerarse un paso adelante hacia la mejora en la protección de la intimidad.

El derecho a la intimidad cada vez se encuentra más jaqueado por un interés desmedido e incesante de obtener información. Conforme a la individualización, de las cuestiones a las que se refiere, no parece indicar la existencia de un derecho de

tercera generación, sino de un derecho que es tan viejo como el mundo, que es inherente a la existencia misma del hombre y el deseo a pertenencias, las que pueden ser cosas materiales o cuestiones referidas a su ser interior y a la esfera (alejada de la visualización, control o regulación) reservados solo a un reproche de la conciencia individual.

La pretendida justificación "social" de algunos, que afirma que "mientras mas conocemos al individuo común, más sabremos de la sociedad en la que vive sus problemas y posibles soluciones", los lleva a una desmedida búsqueda de formación individual. Para otros la justificación es "económica" y se sustente en "darle cada uno el producto que necesita".

Para los juristas norteamericanos el derecho a la intimidad era definido como "El derecho a estar solo", es decir, el derecho a que las personas no conozcan, vean, escuchen lo referente a nuestra vida, pudiendo agregarse también "que nosotros no queremos que trascienda".

El avance cibernético permanente lleva a los individuos a requerir día a día una más avanzada tecnología con un afán de conocimientos sin límites. La computación, con todos sus avances, y la creación de la carrera informática de internet hacen posible los sueños de acceder desde cualquier lugar del mundo, a los sitios más remotos, ingresar en ellos y recorrerlos. Este impacto de dar información constante llevó a la creación de canales de televisión y grandes cadenas solamente dedicadas a esos fines.

Esta información que es proporcionada por los mismos individuos a bancos de datos públicos y privados para razones determinadas, puede ser autorizada sin autorización para fines no establecidos previamente, invadiendo la zona de reserva del individuo y por consiguiente afectando su derecho a la privacidad. Los datos pueden ser clasificados en:

- Datos anónimos, generales o estadísticos.
- Datos nominativos.
- Se subdividen en :
 - a) Datos nominativos sensibles;
 - b) Datos nominativos no sensibles, que a su vez se subdividen en:
 - I. Positivos y

II. Negativos.

Para evitar la amenaza objetiva contra las personas es necesario: una norma de desarrollo constitucional que contemple:

- a) Un equilibrio entre los derechos del individuo y el interés social;
- b) Preceptos que garanticen la calidad y la confiabilidad de los datos;
- c) Seguridad de la información (técnica y jurídica)
- d) Responsabilidad de los administradores de la información por el uso indebido de los datos nominativos. Y además, la aplicación de la figura del defensor del pueblo para la protección conectado a los intereses legítimos de la comunidad sobre el manejo de la información personal. De esta manera un Estado moderno podrá manejar gran cantidad de información personal sin hacer peligrar el sistema de libertades y garantías individuales.

El derecho a la intimidad no nace en consecuencia de estas nuevas Tecnologías, ni son estas las creadoras de un nuevo derecho a la intimidad, sino que este ya existía y respondía idénticos conceptos y parámetros generales, aunque las distintas concepciones políticas de los gobiernos dominantes, en muchos periodos de la historia del mundo, se encargaron de borrarlo. La posesión de la tecnología su aplicación y posible manipulación, y la intimidad de las personas representan la base del conflicto de muy difícil resolución.

La búsqueda de un justo límite fronterizo aceptado y reconocido por todos, lo determinará el reconocimiento de la información como fuente de conocimiento y el derecho a la intimidad de los individuos. Cualquier avance desmedido transformará en legítima la pretensión y servirá de aviso sobre maniobras sociales, políticas o comerciales del que las lleva a cabo. Aquel que posea la mejor tecnología será capaz de concentrar el mayor número de información referida a la intimidad de las personas y podrá transformarse en un dictador de sus actos. Esto es lo que tenemos que evitar.

Deberá transformarse en acción práctica y constante la negativa a suministrar datos sobre cuestiones no relevantes o privadas cuando sean requeridos. Esa resistencia implicará la reformulación de la pretensión informativa y servirá de medida idónea de objeción para determinados requerimientos innecesarios; mientras que, al mismo tiempo y mediando una decidida intención legislativa, se lleve adelante una rápida actividad legislativa tendiente a dar pautas claras acerca de los requisitos, controles y contenidos de los datos que obran en archivos de empresas destinadas a

ese fin, se deberá regular el tráfico de datos, establecer sanciones efectivas y reactivar el criterio general respecto del resguardo de “la información sensible”.

Es cierto que el uso de la información almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico se encuentra suficientemente tutelado por las normas constitucionales. Pero también es cierto que el productor, gestor y distribuidor de la información debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. Así, deben impedirse las intromisiones perturbadoras y la inadecuada difusión de datos procesados mediante los modernos adelantos tecnológicos cuando se afecta la esfera íntima, tanto familiar como personal, haciendo ilusorias las garantías constitucionales.

En orden a determinar el marco jurídico en el que operan los bancos de datos informatizados para operaciones comerciales y crediticias se recomienda, que solo resultan admisibles en dichos registros los datos referidos al incumplimiento de las obligaciones patrimoniales. Dato nominativo es aquel que es adjudicado a un individuo con independencia del titular del mismo ya sea que la persona sea identificada en forma indirecta o identificable por métodos accesibles. En su actuación este tipo de banco de datos deberá ajustarse a los principios generales de justificación social, calidad de información, etc.

Dentro de este marco, el tratamiento de datos negativos, que son referidos a incumplimientos patrimoniales no constituye una intrusión a la intimidad de la persona física o jurídica aún cuando se manejen sin su consentimiento. El incumplimiento de una obligación patrimonial por parte de un individuo perjudica a su acreedor, por lo que la difusión de los datos negativos se encuentra fuera de la órbita de la intimidad de la persona del incumplidor. El derecho del individuo a que sus datos nominativos sean eliminados de un banco de datos en razón de su antigüedad se ve limitado cuando dicha información configura un perfil del individuo, que persiste al momento de solicitarse la eliminación.

8.6 Actos Reservados

El conflicto que se plantea se refiere al hombre en su función y actuación social. No existe ninguna duda de la vigencia del artículo 2º (inc.5 y 6) de la Constitución (relativo a las acciones privadas, al principio de reserva, etc.) Sus actos privados responden y pueden reportar consecuencias personales, y no producen

efectos a terceros, salvo aquellos relacionados con esa esfera de intimidad. La ética y la moral tienen un referente único y excluyen en su concepción particular de la filosofía y del hombre y sus circunstancias, si se trata de una actividad realizada en privado, la cual no está condicionada, ni ocasiona influencia alguna respecto de la ética o moral general o de los valores socialmente aceptados, ya que no tiene ningún tipo de trascendencia exterior.

8.7 La defensa del derecho a la privacidad sobre las cosas.

La legislación comparada permite confrontar la preferencia de algunos para indicar espacios o lugares donde no se puede penetrar sin afectar el derecho a la privacidad.

Novoa Monreal sostiene como privados a los hechos que presentan las siguientes características: a) ser desconocido para los extraños o ajenos al círculo familiar, o que no suceden normalmente a la vista de ellos; b) cuyo conocimiento provoque generalmente turbación moral en el sujeto, por dañar su pudor o recato; c) que el sujeto no quiera que otros los conozcan.

De este modo, si los actos se ejecutan en el interior de una vivienda o espacio exclusivo, sin importar el tiempo o el motivo en que ello suceda, al igual que le garantiza la reserva y exclusividad.

Es éste un sistema objetivo casuista que emplea el criterio de tutela de acuerdo a las circunstancias donde y como se produce.

De alguna forma es una oposición al sistema subjetivo que distingue entre lo público y lo privado según la calidad de la persona en cuestión. Si es un funcionario o tiene una actividad que lo expone al contacto general del público, se interpreta que esa actuación le limita su derecho a tener una vida privada absolutamente intangible, situación que tiene también otras personas notorias o famosas.

9) AMENAZAS CONTEMPORÁNEAS A LA PRIVACIDAD

Desde tiempos inmemorables la curiosidad ha acompañado al hombre, independientemente de sus motivaciones o fines. Pero este deseo de saber sobre "el

otro", aún en contra de su voluntad es un hecho rastreable a lo largo de la historia y causante de no pocos conflictos de diversa índole. Si nos detenemos a pensar en qué nos motiva a querer ver, oír, saber cosas que nos están vendadas vemos una misma raíz, el poder, y dos ramas principales: la primera es una curiosidad que busca una especie de satisfacción prosaica. Este tipo de observación no es acompañada por ninguna acción concretamente perjudicial para el observado. Este carácter de no perjudicial se da a condición de que hablemos de un observador no masivo, cosa difícil en nuestros días. Al tratarse con observadores- público- masivo el perjuicio está relacionado con la acción observada.

También podríamos mencionar un tipo de observación más amplia. Aquí ya estamos hablando de espionaje internacional, industrial, y de todas las formas de apropiación de datos para ejercer algún tipo de dominio, ya sea económico, político o estratégico sobre un país, empresa, persona, etc. Esta heterogénea lista abarca diversos mecanismos de espionaje: los más sofisticados son utilizados por las superpotencias. El más importante, por su capacidad y valor estratégico, es el satélite. Sus usos son múltiples: militares, geológicos, ictícolas, etc. Por debajo se encuentra una gama de artefactos, cuyo valor decreciente implica una accesibilidad mayor. Nos referimos a equipos de interceptación de todo tipo de comunicaciones: telefónicas, de transmisión de datos. Todo esto sin descartar la intervención de la mano de obra humana directa, cuya importancia es fundamental cuando se trata de la utilización de recursos técnicos no propios (nos referimos a los casos de la utilización con fines delictivos de equipamiento y datos de instituciones por parte de sus empleados: telefonía, correos y demás dependencias públicas y privadas).

Pero si nos quedáramos solo con el anteriormente expuesto estaríamos tomando una única visión o postura al respecto: la que se relaciona con el derecho a la intimidad. Es necesario, entonces, mirar la otra cara del asunto. El espionaje, sea el tipo que fuere, tiene, para muchos de quienes lo practican una misión completamente distinta: se trata de asegurar la defensa de los intereses del conjunto. En este caso la secuencia se revierte, el investigado o espiado es posible de hacerlo como consecuencia de sus acciones; acciones que realiza efectivamente o de cuya realización se tienen fuertes indicios. Esta justificación es empleada tanto por las naciones (muchas veces con dudosa validez) como por el periodismo, especialmente el periodismo de investigación.



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

Hoy una cantidad de aparatos electrónicos nos acechan: micrófonos de todo tipo, detectores de metales, visores infrarrojos, cámaras filmadoras. Dentro de ésta última categoría podemos hacer diferenciaciones. Las cámaras ocultas cumplen tantas funciones como se les puedas encontrar: vigilancia en circuitos cerrados, (en este caso se sabe de su existencia pero te desconoce o bien su ubicación, o bien cuando nos están filmando); cámaras ocultas, en las que el objetivo central es hacer reír a algunas personas a costa del ridículo de otra/s. Hace unos años éste tipo de cámaras provocó un debate por el daño que ocasionaba. Otro caso a destacar, propio de la era digital, son las filmaciones sin aviso previo que se ofrecen en internet en las que se aparecen mujeres y hombres en baños, camas solares, etc. Pero el debate que está conmoviendo a la opinión pública y – quitándole el sueño a más de uno – es el de las cámaras ocultas utilizadas en investigaciones de delitos y casos de corrupción. La cantidad y gravedad de algunos casos, las sumas manejadas y las relaciones con altas esferas del poder político y económico, justifican la atención prestada.

La discusión recién empieza y aparentemente no será simple de resolver. Y el debate puede resumirse en una pregunta que deja en claro las dos posturas contrapuestas con respecto a las cámaras ocultas: ¿Violación de la intimidad o libertad de prensa?

En la relación entre ambos extremos de esa dicotomía se observa un continuo proceso de choque e interacción. Pero el eje central del problema es en qué momento se viola alguno de estos; cual es el límite entre uno y otro

Para introducirnos en el tema es necesario clarificar adecuadamente los conceptos principales.

El derecho a la información es entendido como un derecho fundamental. Este comprende tres elementos principales: 1) la búsqueda, 2) la recepción y 3) la difusión de información.

El derecho a la intimidad es el derecho de la personas a no ser conocidas en algunos aspectos por los demás.

Implica un derecho a mantener la reserva no solo de nuestro aspecto e imagen sino nuestras actividades, cartas, papeles privados, conversaciones telefónicas y propio ámbito del hogar en el que se desarrolla nuestra vida privada.

A las definiciones, enmarcada dentro de los derechos humanos se llegó por un largo proceso de evolución del cual se pueden diferenciar tres fases. La declaración de derechos nace por regla general, como un conjunto de teorías filosóficas. Son universales por lo que al contenido respecta y porque se refiere a cualquier hombre, abstracción hecha de tiempo y lugar; por sobre todo muy limitadas en lo que a eficiencia se refiere, al ser (como mucho) propuestas para futuras e hipotéticas leyes. Más tarde y en algunas ocasiones, las declaraciones de derechos llegan a plasmarse en las constituciones, con lo cual ganan en concreción lo que pierden en universalidad, quedando protegidos como verdaderos derechos subjetivos, pero sólo en el ámbito del estado que los reconoce de forma efectiva.

No son así, en consecuencia, derechos del hombre sino del ciudadano, es decir, derechos del hombre en cuanto que derechos del ciudadano de un Estado concreto. Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 comenzó una tercera fase donde la afirmación de los citados derechos se quiere a un tiempo universal y positivo. Universal porque los destinatarios son todos los hombres y no tan solo los ciudadanos de uno u otro Estado. Positiva, porque se entiende que emprende un proceso, concluido el cual los derechos humanos no sólo serán proclamados, sino protegidos de un modo material, incluso contra el propio estado que los viole.

En lo que concierne el derecho a la información y al derecho a la intimidad su definición y aceptación internacional se fueron desarrollando y produciendo a través de distintos pactos y tratados internacionales, de los cuales el más importante fue el Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22 de noviembre de 1969, que destacó como puntos importantes la libertad de expresión, la prohibición de la censura previa, resalto la libertad de pensamiento, e introdujo el derecho a réplica. Este Pacto tiene como antecedentes fundamentales a la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en París el 10 de Diciembre de 1948, y la Declaración Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobada por la ONU el 16 de diciembre de 1966.



10)CASO: Francisco Rivera – Isabel Pantoja

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

SEGUNDA SALA

231/1988 DEL 02 DE DICIEMBRE DE 1986.

INDEMNIZACIÓN Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA ISABEL PANTOJA c/ PROGRAPHIC, S.A.

I. La Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la reclamación de una indemnización de cuarenta millones de pesetas formulada por doña Isabel Pantoja, viuda del matador de toros don Francisco Rivera, "Paquírrí", ante el Juzgado de 1ª Instancia número 14 de Madrid. La Audiencia mantuvo la indemnización estimada en veinte millones de pesetas frente a los cuarenta solicitados. Y frente a esa sentencia se interpone recurso de casación contra la sociedad demandada, "Prographic, S.A.", y el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada. Los hechos se hallan en los mismos fundamentos de derecho. Los hechos son los siguientes: Francisco Rivera, "Paquírrí", falleció el 26 de septiembre de 1984 a consecuencia de las heridas de astas de toro que recibió en la plaza de Pozoblanco, y condena a la entidad demandada, que es "Editorial Prographic, S.A." por la grabación y comercialización de las cintas de video sin autorización en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional del que fue su esposo a que abone la cantidad de 20.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios, añadiendo que se ratifica a medida cautelar adoptada el pasado 29 de noviembre de 1984 en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro. La demandante había solicitado una sentencia en la que se condene a la entidad demandada a abonarle, el concepto de daños y perjuicios, la cantidad de cuarenta millones de pesetas.

Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona.

La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros, en la que se ocupaba desde hacia muchos años, más de diez, habiendo alcanzado en ella notable celebridad. Siendo de la esencia del espectáculo del que era principal protagonista, puesto al frente de otros artistas de menor categoría y de subalternos, no cabe duda acerca de que asumía el riesgo consiguiente a las actuaciones que ese espectáculo de masas comporta por su propia naturaleza. Eliminado o disminuido el riesgo de vida y puesto fuera de las reglas y usos que le son propios, la fiesta llamada nacional precisamente por su difusión, se desencializaría y dejarla de ser, para trasmutarse en otro espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegado el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias". Ni la ocurrencia, pues, sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro, al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en el que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando a fortiori el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería", todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo consiste en sortear el necesario riesgo frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual". La sentencia acertadamente, ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del video en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen, muy brevemente por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia, imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún facultativo al cual dirige al herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras personas de las que llenan la dependencia, las cuales fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas al juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. "No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, "no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad", de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anuente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia a la que hacía frente con serenidad poco común".

Procede, según lo razonado, estimar el recurso por sus motivos segundo y cuarto y sin que haya lugar a examinar el quinto, y casar y anular la sentencia de 16 de julio de 1985 pronunciando la estimación del recurso de apelación interpuesto por la Sociedad demandada y desestimando la demanda.

Por tanto, ha de dilucidarse si el contenido del video representa una intromisión en los invocados derechos o bienes de la personalidad en aspectos que deben ser preservados. Y dijo el Tribunal Supremo: "La esfera de la intimidad personal esta determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.

De ahí que nosotros encontremos esencial al respecto el pronunciamiento que el Tribunal Supremo hizo en la importantísima Sentencia de la Sala 1^a. De 04 de Noviembre de 1986 al establecer: "... la delimitación de la esfera de intimidad es 'eminente relativa' y ha de ser el juzgador quien en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso prudencialmente delimite el ámbito digno de protección..."

Entonces todo esto viene a decir que el torero con sus propios actos había renunciado a su intimidad, porque aún en relación con personas de reconocida notoriedad, cuando lo explicitó de sus actos evidencia una actitud de efectivo apartamiento, la in consentida penetración, anormal, en su buscado aislamiento puede constituir intromisión ilegítima (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a., de 29 de marzo de 1988).

Y como los actos propios de la persona, según la Ley Orgánica 1 / 1982, de 5 de mayo. De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son los que, sin paliativos, dan la pauta de la amplitud de esa intimidad, entonces resulta que habiéndose dedicado el matador a hacer de su vida un espectáculo, es claro dice el Tribunal Supremo, "... que si había hecho de su vida un espectáculo, no puede ahora invocarse el sagrado respeto a la intimidad para obtener una suma dineraria...". Consecuentemente, se acepta el recurso y acaba matizando

que nada tiene que indemnizarse a la viuda; que la demanda contra "Prographic S.A." no ha lugar y desestima la demanda en la cual se pedía indemnización.

Así estaban las cosas ya que aparentemente al menos la situación jurídica parecía clarificada, cuando se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

II. Tiene muchísimo interés el estudio de los fundamentos jurídicos que utiliza el Tribunal Constitucional. En primer término, se ocupa de analizar si hay lugar al derecho a la propia imagen porque como lo que salió a la luz pública fue el video del óbito del lidiador, se alegó, en el recurso de amparo, el derecho a la propia imagen (porque la Ley del 82 dice "intimidad, honor y propia imagen"). Entonces lo que se argüía en el recurso de amparo "que lo conculcado era el derecho a la propia imagen del torero muerto".

Y contra eso, el Tribunal Constitucional establece que "... no hay lugar a basar el recurso de amparo en la propia imagen del matador..."

¿Por qué? Porque si vamos al cause del amparo tenemos que estar poniendo como base jurídica, tenemos que invocar derechos fundamentales, y éstos cuando la persona ha periclitado, como son inherentes a la persona, ya no se pueden invocar porque son derechos que protegen a los vivos y no a los muertos; y por tanto el derecho a la propia imagen del "espada" muerto no puede protegerse en vía de amparo; lo que no empecé para poder ser protegidos en su caso ante el Tribunal Supremo, son los derechos civiles estrictos corrientes y molientes como puede ser el caso de la reclamación indemnizatoria de todo tipo pero lo que nunca se ventilará ante el Tribunal Constitucional será el montante de indemnización monetaria alguna, sino "el amparo" o lo que en definitiva es lo mismo: el ejercicio de derechos fundamentales (porque el amparo está basado en ellos). Y como el derecho a la propia imagen está concebido (para poder ser objeto de amparo) como un derecho fundamental y al ser éstos "inherentes a la persona" (el art. 10 de la Constitución Española de 1978 así lo establece al disponer: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"), consiguientemente resulta dice el Tribunal Constitucional, "que la invocación que hace el recurrente en amparo de que violó el derecho a la propia imagen del diestro no debe estimarse". ¿Por qué? Porque este es un derecho fundamental y el mismo se ha extinguido en el mismo instante en el que el torero finó, y por tanto no sirve para

apoyatura jurídica alguna el derecho a la propia imagen del torero porque ha fallecido. También razona de pasada, pero de forma suficiente e idónea, el recurso un aspecto que al Supremo le pasó inadvertido: el hecho de la intimidad personal y familiar. Así nada más rechazar las alegaciones del derecho a la propia imagen, entra a examinar fehacientemente el derecho a la intimidad personal; y por la misma razón, como la intimidad personal está protegida también en cuanto a amparo, y "Paquírrí" ha fallecido, ergo, por tanto no se puede invocar tampoco válidamente.

En cambio queda la última vertiente del problema: "la intimidad familiar". Esa intimidad familiar es la que se erige como un valladar persistiendo unitaria en su viuda y en su hijo, porque ellos contribuyeron en vida su familia. Y ahí sí que éstos van a poder accionar en recurso de amparo, ya que esa intimidad familiar es un derecho fundamental que gravita sobre sí estricta órbita personal (porque están vivos) y esa intimidad la que resulta tremendamente lesionada por haber convertido e mero divertimento algo tan personal, familiarmente hablando, como los padecimientos y la misma muerte; y éste es precisamente el caso ya que la cinta de video reflejó lo que ocurrió cuando el matador fue trasladado fuera del ruedo. Va a ser esta última vertiente la que va a servir de apoyo al Tribunal Constitucional para declarar nula la sentencia del Tribunal Supremo precisamente por desconocer este derecho de la "intimidad familiar" desestimando lógicamente las alegaciones del derecho a la propia imagen y a la intimidad personal de Francisco Rivera y quedando subsistente como substrato básico válido de la estimación del recurso "el derecho a la intimidad familiar de la recurrente y de su hijo".

La reclamación que el "finado" puede "interponer" es la indemnización dineraria en vía civil, no hay que olvidar que la propia Ley del 82 contempla la defensa de la personalidad pretérita pero jamás podrá ser objeto de recurso de amparo reclamación monetaria alguna, porque para esa vía debe tratarse de la conculcación de un derecho fundamental, y para que sean derechos fundamentales debe tratarse de seres humanos vivos.

Resumiendo: el fundamento del fallo de esta Sentencia hay que centrarlo en la esfera de la protección de la intimidad personal y familiar de la recurrente, pero no puede entrar este Tribunal a conocer de otras cuestiones que se plantearon en la casación como las referentes a la procedencia de la indemnización y a su cuantía y que corresponde resolver al Tribunal Supremo, a la vista de lo resuelto en la presente decisión.

Así el Tribunal Constitucional entra a resolver acerca de la aceptación o rechazo del recurso de amparo, ya que la fijación de indemnizaciones no es materia propia de su competencia, y es entonces cuando establece que el Tribunal Supremo vuelva a dictar otra sentencia y deja incólume, por tanto, la pretensión de la protección a la intimidad familiar tanto de Isabel Pantoja como el hijo de ambos; apuntálese en la defensa de la intimidad familiar, no del infortunado maestro, sino de su cónyuge y descendiente.

Recapitulando, lo importante del argumento es el rechazo, porque ya el profesor De Castro, en su obra. Los llamados derechos de la personalidad (A.D.C., 1959, págs. 1237 y sigs.), decía que "... los derechos de la personalidad son inherentes a la persona...", y en el mismo sentido, el profesor Beltrán de Heredia y Castaño, en su obra La Construcción Jurídica de los Derechos de la personalidad (discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de marzo de 1976, pág. 31), mantuvo la misma línea de inherencia.

Pero la inherencia en la persona de los derechos de la personalidad es lo que no había sido declarada nunca como ninguna sentencia (hasta el momento), y ésta tiene el probado acierto de poner el acento en ese matiz, que hasta el presente había deambulado anónimamente (ya que en la doctrina sí que había sido declarado, pero no en la jurisprudencia); entonces, basado en el carácter estrictamente personalísimo de los derechos de la personalidad, provoca (y a mi modo de ver es ahí donde estriba el marcado carácter peculiar de la Sentencia) que si ese individuo hubiese muerto no puedan funcionar los mismos y que lógicamente haya que acudir a otro cause; de todas formas, aquí el recurso se ha salvado por haber hecho referencia (en alguna medida pequeña, pero suficiente para estimar el recurso) a la intimidad personal y familiar de la recurrente y de la familia, porque entonces sí es ya un derecho fundamental de una persona que está viva; por consiguiente, la virtualidad del matiz sutil está ubicado ahí.

Así una vez más, la jurisprudencia viene a señalarnos cómo, a pesar de que la órbita de la intimidad de los individuos quede reducida a la misma expresión, porque lo explícito de sus actos suponga un apartamiento manifiesto de su privacidad en aras de una efímera gloria de popularidad, la misma osmótica mente persiste en la dimensión relacional de la "célula de la sociedad" que es la familia, y como un valladar aparta la posibilidad de que intereses lucrativos de terceros tengan éxito. Porque una



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

cosa es la renuncia voluntaria respecto del propio círculo de vida privada y otra diametralmente opuesta que ésta sirva para engrosar bolsillos ajenos.

Compartimos sin ningún tipo de reserva la postura que magistralmente expone como él es habitual, el profesor López Jacoste al poner de relieve que "...honor, intimidad e imagen son facetas jurídicas defensivas que en todo caso han de conjugarse con la plenitud personal. Confluyen de una u otra forma en la avanzada de su defensa; no siempre llegan las tres al vértice de efectividad; acontece acaso cierta alternancia si una declina, la otra opera. El método operante en los derechos de la personalidad conduce a suplir unas con otras formulaciones estereotipadas y a reconocer, incluso más allá de todas ellas, el genérico derecho a que las prerrogativas de la dimensión relacional de la persona encuentren siempre el reconocimiento propio del caso..." ("Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", en el Libro – homenaje a Vallet de Goytisolo, Madrid, 1989").

Finalmente, añadir que la Sentencia tiene el voto particular de dos magistrados donde se estima que "... no hay intromisión, sino secuencia permisible por lógica y por costumbre taurina, aparte del ejercicio del derecho de información.... No se puede, pues, desconectar tan radicalmente la escena filmada de la cura de urgencia con el espectáculo que si de la fiesta..." Por consiguiente, es fácil entrever la difícil tarea que surge al tratar de conjugar el derecho a la información que la Constitución reconoce, con el derecho a la libertad de expresión del medio de comunicación de que se trate, con el derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad, máxime cuando éste da la sensación, últimamente, de ser un derecho instrumentalizado (Dr. Carlos Rodríguez García).

TITULO IV

DERECHO A LA INTIMIDAD

1. DEFINICIÓN DE INTIMIDAD

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define intimidad como “zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. **ROMEO CASANOVA**¹⁵ que entiende por intimidad “aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar, cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservadas a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiéndose por tales, tanto los particulares como los poderes públicos”.

2. LA INTIMIDAD.

La intimidad forma parte de lo más personal que puede conservar el individuo, de ahí un valor personalísimo con fuerte vínculo a la dignidad humana; un significado de lo íntimo es el que reseña Vásquez Ríos, como lo profundo propio de la estructura interior de la persona y que por extensión alcanza a su familia¹⁶.

Vida íntima, Right to privacy, libertad informática, autodeterminación informativa, son los términos que identifican a la intimidad¹⁷ ya hecho o fenómeno, también es de idea (cuando el sujeto toma conciencia de su propia intimidad)

¹⁵ ROMEO CASANOVA, Carlos,: “Poder Informático y Seguridad Jurídica” – “La función tutelar del derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información”, Fundesco Colección Impactos, Madrid, (1987), pág. 25 a 34.

¹⁶ VÁSQUEZ RÍOS, Aldo – “Conflicto ente Intimidad y Libertad de Información” p. 30

¹⁷ Ibídem (del latín íntimus superlativo del adverbio intus, dentro, de máxima interioridad. En Español, zona espiritual interna y reservada, de índole inmaterial. En francés, INTIMITÉ, alude a lo interior y profundo, de orden espiritual, o de relación, pero en términos jurídicos prevalece vida privada. en italiano se tiene, RISERVATEZZA -.- En ingles, privacy identifica carácter confidencial, ausencia de difusión pública, retiro del interés público; también se tiene intimacy, intimacy. En alemán, intimsphäre (esfera íntima), privatsphäre (privad), vertrauenssphäre (confidencial), geheimsphäre (secreto), ps. 28 / 30.

surgiendo como derecho en la medida que se asume autoconciencia y se gesta un proceso de teorización¹⁸.

Uno de los más remotos antecedentes sobre la intimidad se encuentra en las "Confesiones" de San Agustín, asociándola a la anterioridad del alma y a la trascendencia; en la Edad Media importó el reconocimiento a la inviolabilidad del domicilio, así una prolongación del derecho de propiedad. Es en el siglo XVI que con claridad se distinguen las esferas de lo público y lo privado, siendo el estado lo público, reservándose la casa, la familia y el trabajo, a la esfera privada.

En la Inglaterra del siglo XIX, se identifica al hogar como espacio propio e irreductible de la familia, son momentos del tránsito de la sociedad rural a la urbana y se concibe el derecho a la intimidad como una reivindicación de la burguesía, al disponer de un campo privado conectado al derecho de propiedad.

El desplazamiento del fundamento de la intimidad visto en el derecho de la propiedad privada, al reconocimiento de un derecho personal basado en la propiedad intelectual y artística (el amparo de toda obra personal no contra la aprobación física sino contra cualquier forma de publicación, no obedece al principio de la propiedad privada sino al de inviolabilidad de la persona) corresponde al trabajo de dos abogados norteamericanos, Samuel D. Mareen y Luis D. Brandeis que en 1890 publican en la Revista de Derecho de Harvard el art. "The Righth to the Privacy", cuyo significado es el derecho a ser dejado en paz, no ser molestado (to be let alone), también el derecho a proteger su soledad, a la vida íntima, del mismo modo que se tiene derecho a proteger la propiedad privada.

El problema de la intimidad como derecho o una obligación de respeto de índole moral, ha sido superado por la doctrina francesa al sustentar la existencia de un derecho al respeto de la vida privada que comprende en su formulación además un deber, sin embargo, como ya lo advierte Frosini ¹⁹ es en la civilización tecnológica

¹⁸ RUIZ, Miguel Carlos – "La configuración Constitucional del derecho a la intimidad" citado por Vásquez Ríos – ob. cit. p. 28.

¹⁹ FROSINI, Vittorio – "Informática y Derecho" ps. 110 / 1.



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

donde el derecho a la intimidad importa una nueva forma de libertad personal ya no en el sentido negativo de rehusar o prohibir, ahora con libertad informática es una afirmación, el derecho de auto- tutela de la propia identidad informática ejerciéndose control para conocer, corregir, suprimir o agregar datos personales en las tarjetas de un programa electrónico.

La esfera íntima en la sociedad actual, también se proyecta a los derechos políticos del ciudadano para limitar el poder informativo del Estado en cuanto poseedor y administrador de complejos archivos electrónicos o no, así un mecanismo de defensa y control.

El significado del Righth to privacy como autodeterminación informativa, que garantiza el acceso a los bancos de datos, el control de su exactitud, actualizarlos y rectificarlos, además el derecho al secreto de los datos sensibles y la autorización para difundirlos; es una libertad democrática ejercida en las relaciones sociales; la intimidad ya no un estado de autoconfinamiento, sino supone una determinada calidad de relación con los otros.

En la lectura de la intimidad tenemos que reconocer que partiendo de un núcleo se proyecta a proteger otros derechos: el honor, la dignidad, el anonimato autoral y el secreto profesional; en el caso de los seudónimos (anonimato) la protección es a la identidad individual.

Cuando la protección es el honor o a la dignidad y se irroga un daño al divulgar la vida íntima, la secuencia legal incide en la reparación del daño causado al mas profundo valor que posee toda persona.

En las sociedades tecnológicas la garantía de respeto a la intimidad personal y familiar de las personas físicas, así como su honor, frente al uso de la información y de otras técnicas o medios de tratamiento automatizado de los datos personales, precisa de una legislación efectiva; en esta perspectiva España ha dictado dos leyes

orgánicas, la vigente es la del 14 de enero del 2000, LORTAD (Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal) y deroga la anterior de 1992, ordenamiento que obedece al art. 18 apartado 4 de la Constitución Española, donde consagra la libertad informática, más el objetivo que pretende aquella legislación es el correcto uso y tratamiento de los datos de carácter personal, no expresamente proteger estos.

3. DEFINICIÓN DE LA VIDA ÍNTIMA

Intimidad es la parte interior que solamente cada uno conoce de sí mismo. Es el máximo grado de inmanencia, es decir, aquello que se almacena en el interior. Lo íntimo está protegido por el sentimiento del pudor. Por su parte, en la expresión de la intimidad se colocan en juego la capacidad de dar y la posibilidad de dialogar con otra intimidad diferente. La capacidad de dar consiste en entregar algo de la intimidad y lograr que otra persona lo reciba como propio. Esta expresión se obtiene a través del lenguaje, el cual puede ser verbal, corporal y expresivo. El hombre necesita expresarse con los demás.

La dignidad humana, dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida de que tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno que sólo puede interesar al ser humano como individuo o dentro de un contexto reducido de personas que en últimas está determinada por el consentimiento de quien es depositario de su existencia.

Para OLANO GARCÍA la intimidad es: "un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: Como secreto de la vida privada y libertad. Concebida como secreto, atenta contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de hechos propios de la vida privada. Concebida como libertad individual, en cambio, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada. Es claro que los atentados contra la intimidad pueden entonces provenir tanto de los particulares como del Estado. Se ha creído necesario proteger la intimidad como una forma de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad²⁰."

²⁰ GUZMÁN MORA, Fernando, MD, IGACS. K "Vida Privada y Vida Intima". Bogotá 1998

4. DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad no aparece enunciado de forma expresa y como categoría independiente en los textos constitucionales hasta fechas muy recientes²¹.

El primer texto constitucional en Europa que recogió de forma expresa el derecho a la intimidad fue la Constitución Portuguesa de (art. 33. 1) y posteriormente lo hizo la Constitución española de (art. 18). Anteriormente, tan solo existieron formulaciones filosóficas y doctrinales.

La elaboración doctrinal que sirve de precedente a la constitucionalización del derecho a la intimidad, concebido como "the Righth to be let alone" por el Juez Cooley, es decir, el derecho ha ser dejado en paz, o a ser dejado solo, se originó en 1890 cuando WARREN y BRANDEIS publicaron un artículo sobre "The righth to Privacy".

El contenido mínimo del derecho a la intimidad puede formularse, según diversos autores, como el derecho a:

- No participar en la vida colectiva,
- A aislarse de la comunidad,
- A establecer una relación-cero,
- A disfrutar de un espacio para respirar,
- A ejercer un derecho al anonimato,
- A un círculo de vida exclusivo,
- A no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás.

El derecho a la intimidad o vida privada

Se reconoce que toda persona tiene asuntos o negocios, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás. Se mencionan en éste ámbito aquellos datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento del sujeto mismo, o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por

²¹ Cuervo Álvarez Ávila, José; Delitos Informáticos: Protección Penal de la Intimidad, mayo 1997, josecuervo@lettern.net

otros trae aparejado algún daño. Hoy podemos decir que el derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni ingerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir la exigencia existencial de vivir libre de un debido control, vigilancia o espionaje²².

El derecho fundamental ha sido reconocido como carácter universal en el artículo 12 de la declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, en el artículo 8.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de derecho Civiles y Políticos de 1966.

En el ordenamiento jurídico español se reconoce y garantiza, en primer lugar, en la Constitución artículo dispone que se “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

En el apartado 4 del artículo 18 se establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

El artículo 18 acoge un contenido amplio de intimidad. Junto a la declaración general de positivación del derecho a la intimidad, que reconoce el derecho a la intimidad domiciliaria y a la libertad y confidencialidad de comunicaciones privadas, para acabar con la constitucionalización del “Habeas Data” o faceta informática de la intimidad que la “privacy” adopta frente a los peligros de la informática.

El artículo 18.4 CE. Reconoce la dimensión positiva de la intimidad, convertida en “libertad informática”, que básicamente constituye un derecho de control sobre los datos personales que circulan en la sociedad informatizada.

El mandato constitucional se cumplió mediante la promulgación de la ley Orgánica 5 / 1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter personal (B.O.E. nº 262, de 31 de octubre de 1992).

²² Molina Quiroga; Eduardo; “El uso arbitrario de la información personal, régimen jurídico de los Bancos de Datos-Contratos Informáticos” – Escuela de post grado UBA, Buenos Aires,. 2000.

Tuvieron gran importancia en el nacimiento de esta ley el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, el Acuerdo de Schengen de 1985, sobre supresión gradual de los controles de las fronteras comunes y la Propuesta de Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 24 de septiembre de 1990, sobre protección de las personas en lo referente al tratamiento de los datos personales (modificada el 15 de octubre de 1992), que dio lugar a la Directiva 95 / 46 / CE de 24 de octubre.

5. PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD.

El derecho a la intimidad tiene confrontaciones con otro derecho también reconocido en toda constitución el de la información. En el Perú según la Carta Política de 1993, toda persona tiene derecho "... a la intimidad personal y familiar" (art.2º nº 7), sin embargo, lo que ocurre es que los mecanismos para proteger la intimidad, mediante la forma de esquivar el control social como lo denomina Frosini ya han sido superados por la tecnología particularmente así ocurre de modo indirecto sin conocimiento y consentimiento del titular de los datos.

Como mecanismos de protección a la intimidad, se tiene la soledad total – la imposibilidad material de contacto y comunicación con los demás -; el aislamiento parcial –restringir y proteger ciertas informaciones -; el anonimato, cuando la persona no es determinable específicamente; y las barreras psicológicas frente a invasiones no deseadas, guardar por ejemplo silencio en las conversaciones ²³ es en la era tecnológica donde se puede violar la intimidad en forma directa utilizando instrumentos potentes para reconocimientos óptico y acústico o con métodos de investigación cuando el individuo desconoce la finalidad de la encuesta y por propia iniciativa no se encuentra dispuesto a revelar cierto tipo de información. En vía indirecta ocurre cuando se obtiene perfiles agregando y cruzando datos de distintas fuentes por medio de las computadoras.

Es ante el conflicto "Intimidad vs. Información" que se han ensayado sistemas que delimitan los contornos de estos derechos: subjetivo, espacial, objetivo²⁴, cuanto distingue personas públicas y privadas (subjetivo) o cuando reconocen espacios propios, exclusivos y comunes (criterio espacial).

²³ Frosini, Vittorio – ob. cit. (inf...) ps. 69 / 70.

²⁴ Vásquez Ríos, Aldo – ob. cit. p. 101.

El sistema objetivo que diferencia conductas públicas y privadas, es el de mayor adhesión y se sustenta en cuatro principios señalados por García San Martín²⁵: 1) Libertad de Información para lo que cualquiera haga al servicio de los demás – ejemplo desempeño profesional -; 2) libertad de información para conductas privadas con trascendencia pública – así el profesional de la salud que padece enfermedad infecto contagiosa y trata pacientes; 3) restricción de la libertad de información en las actividades que se realicen para satisfacer necesidades propias- sexualidad, economía familiar, etc. -; 4) consideraciones especiales en caso de actividades privadas realizadas en espacios públicos, así un personaje que asiste a un evento social, siendo que la información que al respecto se difunda puede afectar el perfil social del notificante.

En todo caso la intimidad como derecho de la personalidad no puede ser eliminado, mas se debe propender al equilibrio de los intereses individuales ya frente a los demás o al Estado como piensa Morales Godo²⁶; para ello se hace indispensable que la legislación precise los límites otorgando facultades claras al ente encargado de la defensa de los derechos del ciudadano, pudiendo invadirse la intimidad por razones de seguridad nacional, guerras o emergencias públicas, desastres naturales, para prevenir desordenes y delitos, protección de la salud pública, asuntos del interés del país, etc.

No podemos olvidar así mismo que en nuestro ordenamiento penal la protección a la intimidad es asegurada por el típico delito de violación de la intimidad que alcanza la vida personal y familiar (Código Penal art.154), su comisión ocurre cuando por cualquier instrumento, proceso técnico u otros medios, se observa, escucha o registra (hechos, palabras, escrito o imagen sobre la vida íntima). Otras Legislaciones, caso la chilena tipifica en el delito informático, cuando existe apoderamiento, uso o conocimiento indebido de la información o se revelan o difunden los datos de un sistema de información.

De otro lado supera el conflicto exige mecanismos para asegurar la confidencialidad de los datos nominativos procesados por la tecnología y contemplar los intereses de

²⁵ Citado por Vásquez Ríos, Aldo; ob. cit. p. 104.

²⁶ Morales Godo, Juan – “El derecho a la Vida privada y el conflicto con la libertad de información” ps. 120 y ss.

los gobiernos en cuanto a sus fines promocionales y asistenciales, ahí cuando necesita conocer los antecedentes de las personas.

La vida privada también es protegida por la Biotécnica, así la Convención sobre los derechos del hombre y la Biomedicina, aprobada por la Comisión de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de noviembre de 1996 ²⁷ prevé en el art.10º que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada en relación con informaciones referentes a la propia salud; además tiene el derecho de conocer todo dato obtenido pertinente a su salud, sin embargo, se respeta la voluntad manifestada de no ser informado, mas la ley en atención al interés del paciente puede limitar el ejercicio de estos derechos.

Otro instrumento internacional vigente en Europa para la protección personal del tratamiento automatizado de datos es el Convenio de Estrasburgo (1981) que rige en el contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 12º precisa que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia; también el Convenio de Roma (1950) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), se orientan en este sentido.

6. DIFERENCIA CON LA VIDA PRIVADA

El surgimiento de la vida hogareña entendida como aquella demanda contemporánea de conquistar el espacio íntimo y privado en contraposición al espacio público, puede situarse aproximadamente a partir de la 1ª y 2ª revolución industrial, en la que comenzaba a delinearse el tránsito desde un incipiente agregamiento poblacional hasta las grandes configuraciones y centros urbanos de fines del siglo XIX.

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

²⁷ Frosini, Vittorio – “Derechos Humanos y Bioética” ps. 201 y ss.



Bajo el título, derecho a la privacidad, se contiene uno de los principios que dio origen a la antigua discusión originada sobre la vida privada, inaugurada con el texto de Samuel Warren y Louis Brandeis. Esta idea tiene en una de sus dimensiones la expresión acuñada por el juez Cooley: "El derecho de ser dejado solo".

Pero ¿Qué tan solos tenemos derecho a estar en esto que se ha denominado la era de la información?

El tratamiento de lo que hoy conocemos como datos de carácter personal no es, en ningún sentido, algo nuevo. La sed por conocer e informarse parece ser una característica constitutiva de los seres humanos. Lo que nos diferencia y distancia hoy en día, es el tratamiento electrónico o automatizado de ellos y la posibilidad de almacenar gran cantidad de información en pequeños contenedores y recuperarlos a través de ciertas instrucciones.

La protección del derecho a la intimidad –parte más reservada de la privacidad– que reconocemos a las personas no es un problema que haya nacido de las llamadas nuevas tecnología de la información. Estas tampoco alteran su fisonomía, lo que hacen, sin embargo, es agudizar un conflicto.

7. DIFERENCIA CON LA VIDA PÚBLICA

Nuestra vida oscila entre los dos polos extremos de lo absolutamente privado – que son lo más íntimo y personal – y de lo absolutamente público – que es lo que no me pertenece ni a mí ni a ningún sujeto en particular -. Entre esos dos polos, los varios momentos de la vida se agrupan, según se aproximen más al uno que al otro. Así las relaciones conmigo mismo, con las personas de mis familias, con mis amigos, con mis conocidos, pertenecen al hemisferio de lo privado; porque las personas que entran en ellas tienen necesariamente que conservar en ellas sus peculiaridades reales, individuales. En cambio, las relaciones que mantengo con desconocidos, pertenecen al hemisferio de lo público; porque las personas, al entrar en ellas, se han despojado previamente de todas sus peculiaridades reales, para reducirse estrictamente a una mera función abstracta.

El trato entre amigos supone que el uno sabe del otro no sólo que uno y otro son seres humanos, sino qué seres humanos son. El trato con un transeúnte, con un funcionario, con un empleado del Estado, no supone, en cambio, nada más sino que

el uno sabe del otro que es ciudadano, transeúnte, funcionario, empleado del Estado, es decir, puras abstracciones funcionales. Lo que distingue a un funcionario de otro – el llamarse Pedro o Juan, el tener tales o cuales aficiones, tales parientes y amigos, tales cualidades personales, tanta o cuanta ciencia, etc. - no entra para nada en la relación pública. En cambio, constituye el contenido esencial de la relación privada. La relación pública es, pues, tanto más pública cuanto más vacía de contenido real están las abstracciones humanas que en ella se relacionan. La relación entre dos seres humanos, que en absoluto se desconocen, es más pública que entre dos ciudadanos que se saben conciudadanos; y ésta es más pública que entre dos conciudadanos que se saben colegas; y esta más pública que entre dos colegas que se saben paisanos. Y así, la relación ira perdiendo el carácter de pública conforme vaya siendo más abundante en ella los elementos de mutuo conocimiento. Llegará a tener carácter de privada cuando los elementos mutuamente conocidos den ya el tono fundamental a la relación; que irá siendo tanto más privada cuanto más íntimos, individuales, singulares e incomparables sean los elementos de mutuo conocimiento. En el ápice de la vida privada está la relación que yo mantengo conmigo mismo; en donde la intimidad es absoluta y el conocimiento de lo individual es completo y total.

8. DERECHO A LA IMAGEN

El denominado derecho a la imagen se regula como manifestación de los derechos de la personalidad, junto con el derecho al honor y el derecho a la intimidad: "implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana", son derechos "que forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada".

El interés jurídico que se protege, que trasciende de lo privado, genera la necesidad constitucional de su protección como derecho fundamental, para garantizar el alto valor que se atribuyen a estos derechos y reforzar su tutela. De esta manera, el derecho de imagen. Junto al derecho a la intimidad y el derecho al honor, se contemplan dentro de los derechos fundamentales

Así pues, el derecho al honor, intimidad y propia imagen están situados al lado del derecho a la vida, a la integridad ideológica y religiosa, la libertad de cátedra, el secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión o asociación, a la tutela efectiva

o a la educación, entre otros, como los derechos más sagrados y que necesitan una super- protección.

En principio, esta super-protección no debería extrañarnos si pensamos que cuando se redactó la Constitución el legislador pensaba en un derecho personalísimo, estrechamente unido a la intimidad y al honor, como una manifestación de la privacidad cuyo uso debía pertenecer sin exclusiones al propio sujeto del derecho.

9. DERECHO AL SECRETO

El derecho a la información, asegurado normativamente a nivel internacional, pronto entró en conflicto con el derecho de las personas a reservar para sí ciertos actos, hechos, acontecimientos, datos que corresponden a su vida privada y que no deben ser puestos en conocimiento de la colectividad. Se reconoció así y el conflicto con la información podemos considerarlo como su origen el derecho a la vida privada, a la intimidad, al secreto o a la reserva como se le conoce instintamente.

Este derecho ha adquirido cada vez mayor consistencia, a medida que se ha ido reparando que el avance tecnológico permite que fácilmente se penetre en la intimidad de las personas. El derecho de la informática permite que el "cerebro electrónico" que es el computador, recolecte y almacene datos de las personas que, entrecruzados y ordenados entre sí, permite captar los hechos más reservados de las personas con relativa facilidad.

10. LA VIDA ÍNTIMA COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Hasta el momento estamos discurriendo por el amplio camino de los derechos humanos, ubicando los derechos de la personalidad ypreciando los caracteres fundamentales de este grupo de derechos. Dentro de los derechos de la personalidad está ubicado el derecho a la vida íntima.

Independientemente de si se trata de un bien protegido por el derecho, o un auténtico derecho subjetivo, la intimidad es inherente al ser humano por cuanto tiene que ver con lo que la persona es, no con lo que está fuera de ella. Este espacio de la vida que el ser humano reserva para sí y su familia, le va ha permitir mantener el equilibrio psicológico indispensable para el desarrollo de su personalidad. Por ello es innato, vitalicio e irrenunciable, por cuanto podrá sufrir limitaciones o autolimitaciones

pero nada podrá ser eliminada totalmente y acompañará al hombre hasta después de su muerte.

Al igual que los demás derechos de la personalidad es imprescindible, ya que no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo y es oponible contra todos los hombres²⁸

11. Caso: Andrés García

Casación 2162 – 97

LIMA

Lima dieciocho de junio de
Mil novecientos noventa y dos.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA:

Vista la causa número dos mil ciento sesenta y dos, guión noventa y siete; con los acompañados; en la audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

MATERIA DE RECURSO:

Se trata del recurso de Casación de fojas ochocientos veinte, interpuesto por el demandante don Andrés García García, contra la sentencia de vista de fojas setecientos noventa, su fecha cinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando en una y revocando en otra la sentencia apelada de fojas seis cientos setenta y cuatro, fechada el quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis, ordena que las demandadas cesen de utilizar la imagen fotográfica del demandante en cualquier campaña publicitaria e infundada la demanda de fojas ciento doce, en cuanto al pago de daños y perjuicios, sin costas ni costos;

²⁸ Morales Godo, Juan Op. Cit. Pags. 93 a 99.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El recurrente sustenta su recurso en la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, manifestando que la sentencia de la Sala Civil ha inaplicado el artículo quinto del Decreto Legislativo número seiscientos noventa y uno y los artículos quince, ciento cuarenta y uno, mil novecientos sesenta y nueve y mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, así como la doctrina Jurisprudencial; que por resolución del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y siete, se declaró procedente dicho recurso, sólo por inaplicación de los tres primeros dispositivos citados, teniendo como hecho denunciando la falta de protección del derecho a la imagen y voz que tiene el interesado y que no pueden ser aprovechados sin su autorización;

CONSIDERANDO:

Primero.- Que el demandante refiere en su demanda que en febrero de mil novecientos ochenta y cinco vino al Perú para conocer a fondo las propiedades de la "Uña de Gato" y agradecer a la familia Schuler por su recuperación de un proceso canceroso que pudo superar gracias al mencionado producto, agregando que este reconocimiento lo hizo en conferencia de prensa televisiva, sin ningún sentido comercial; que, sin embargo, luego de dicha visita "Tracker" Sociedad Anónima, asociada a laboratorios "Hersil" Sociedad Anónima, editó un video con su imagen y declaraciones que fueron difundidas como propaganda comercial y con la intervención de una empresa publicitaria confeccionó afiches con su fotografía mostrando que la "Uña de Gato Oscar Schuler Egg" lo ayudó a recuperar su salud, con el consiguiente proyecto comercial obtenido, al darle forma a una propaganda no autorizada, valiéndose de su popularidad como cotizado actor de habla hispana;

Segundo.- Que los órganos inferiores como resultado del examen y valoración de la prueba actuada, coinciden y están de acuerdo en las siguientes conclusiones:

a) que esta aprobado el hecho de la publicidad tanto con "videos" como con "afiches";
y

b) que la actitud asumida por el demandante durante la conferencia de prensa televisiva agradeciendo a la familia Schuler en el restaurante "La Rosa Náutica", evidencia una autorización tácita para la publicidad de los videos grabados utilizando su voz y su imagen;

Tercero.- Que sin embargo no se puede sostener lo mismo con relación a la publicidad con afiches pues, mientras el personal del juzgado refiere que no existió autorización para ello, la Sala Civil, manifiesta lo contrario y admite que la autorización fue tácita con el hecho mismo de la grabación del video.

Cuarto.- Que el derecho a la voz y a la imagen propia está reconocido como precepto constitucional en el inciso séptimo del artículo segundo de la Constitución (1) y como derecho nominado en el artículo quince del Código Civil (2), advirtiéndose que conforme a esta última norma, la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentamiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden; que en el mismo sentido el artículo quinto del Decreto Legislativo número seis cientos noventa y uno (3) prescribe que para la difusión de un testimonio con fines publicitarios se requiere de la autorización expresa y escrita del testigo; sin que pueda estimarse válida la alegación hecha por las demandadas en el sentido que dicha exigencia legal solo esta orientada a garantizar la autenticidad del testimonio, ignorando a la persona que es el fin supremo de la sociedad y del estado;

Quinto.- Que en consecuencia para el caso de la publicidad con afiches no solo resultan pertinentes y de aplicación los dispositivos legales citados, sino también el segundo párrafo del artículo ciento cuarenta y uno del Código Sustantivo, que señala en forma inequívoca que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la Ley exige declaración expresa, como sucede en el presente caso por la naturaleza de los presentes en conflicto, no siendo desde luego de aplicación tampoco las excepciones contenidas en el segundo párrafo del glosado artículo quince, en razón a que las publicaciones en referencia no constituyen hechos de importancia pública o general puesto que se han realizado con fines publicitarios y lucrativos;

Sexto.- Que las empresas demandadas no pueden eludir su responsabilidad bajo una supuesta autorización tácita como pretenden, cuando la ley exige autorización expresa y en tal virtud es obvio que la resolución de vista no se encuentra arreglada a ley, por inaplicación de los dispositivos legales anotados; que por estas consideraciones y con la facultad que confiere el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el Recurso de Casación de fojas ochocientos veinte, interpuesto por el demandante don Andrés García García; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas setecientos noventa, su fecha cinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete y actuando



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

en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas seiscientos setenta y cuatro, su fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis, que declara Fundada en parte la demanda de fojas ciento doce y **ORDENA** que las empresas demandadas, cesen de utilizar la imagen fotográfica del demandante en cualquier campaña publicitaria, con lo demás que contiene; **MANDARON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por don Andrés García García con la Empresa Tracker Sociedad Anónima y otra, sobre la Indemnización; y los devolvieron.

SS. URELLO A.; ALMENARA B.; VÁSQUEZ C.; ECHEVARRIA A.; BELTRAN Q.

TITULO V

DERECHO INFORMÁTICO

1. INFORMATICA: NATURALEZA.

Según Jimmy Arbulú Martínez la informática es definida por la Academia de Ciencias de Francia, como la ciencia del tratamiento racional de la información siendo la base de los conocimientos humanos y de las comunicaciones en los campos técnico, económico y social, lo que es posible con máquinas automáticas²⁹.

Rodinel Sosa, la identifica como la disciplina del tratamiento racional y automático de la información, como variable que tiene en la sociedad actual a valores de índole económico, social, cultural y ético: más le niega autonomía al utilizar la informática conocimientos ya en la lógica, las matemáticas, lingüística, cibernética, etc., de ahí la característica de técnica de procesamiento de la información para cualquier disciplina del conocimiento humano, su objetivo es prestar un servicio eficiente servicio en el almacenamiento y recuperación de datos necesarios al usuario: en cuanto a actividad presta apoyo no solo con programas aplicativos sino a quehaceres intelectuales de alto nivel ³⁰, criterio que compartimos, aún cuando ya en quinta generación de ordenadores, las máquinas están dotadas de una inteligencia artificial, con capacidades antes reservadas al humano para aprender y ejecutar operaciones deductivas e inductivas y resolver problemas interpretando la información (heurística), más sigue siendo medio el recurso de la máquina al servicio de la humanidad.

La naturaleza de la información (con valor agregado tecnológico, informática) es de bien inmaterial, incorporal, de acuerdo a Núñez Ponce en nuestro ordenamiento jurídico atendiendo a razones de tráfico, es un bien mueble ³¹, otra clasificación feliz distinta a lo registrable podría recoger los avances tecnológicos particularmente la desmaterialización, allí la información pura disociada.

²⁹ Arbulú Martínez: Jimmy: El Derecho Informático, separata, UNMSM, 1995, p. 1-2.

³⁰ Rodinel Sosa, Rocío – ob. cit. ps.26/7.

³¹ Núñez Ponce, Julio – ob.cit.p.36

Por esa naturaleza inmaterial fluyen las características de necesitar un soporte corpóreo para exteriorizarse, sea escritura, magnético, cd-rom, sistema multimedia, etc. También su posesión puede hacerse simultáneamente por varios sujetos, usuarios que acceden al mismo tiempo a la misma información computarizada, vía redes o base de datos interconectados.

Otra característica es la del principio de lo repetible, reproducible ya en una base de datos, red teleinformática o correo electrónico (información computarizada).

2. INFORMÁTICA JURÍDICA

La codificación vino a representar el deseo del lograr una enunciación clara, correcta y definitiva del derecho frente a una dispersión y fraccionamiento de las normas. El tratamiento cibernético del derecho viene a representar en ésta época, la misma idea que impulso a la codificación.

Pionero en ésta dirección fue el profesor norteamericano Lee Loevinger, quien en 1949 publicó una obra titulada "Jurimetric" en donde propuso la racionalización del derecho por medio de la aplicación de las ciencias exactas.

Lonevinger, indicó que la investigación jurimétrica debía realizarse en tres áreas:

- a. La elaboración electrónica de los datos jurídicos.
- b. El uso de la lógica en el campo del derecho.
- c. El análisis del comportamiento de los tribunales y de los jueces.

Los críticos de la *jurimetría* señalaron que el derecho no es totalmente cuantificable. Hay excepciones como los plazos, las prescripciones, pero que han sido definidos al arbitrio del legislador. La *jurimetría* partió del supuesto que la jurisprudencia no es ciencia, equiparando el derecho a la norma, cuando en realidad el derecho no se circunscribe a ella. El derecho como obra de hombres, al tratar de ser estudiado a partir de las ciencias exactas, indudablemente va a presentar problemas y limitaciones. Lo que sucede es que estas últimas han sido puestas como paradigmas de lo científico, mientras que las ciencias sociales, en donde encaja el derecho, son vistas como inferiores.

Con los avances de la epistemología y el desarrollo de las Ciencias Sociales, los sustentadores de la primicia de las ciencias exactas están frente a una seria objeción, sus métodos y técnicas de investigación no poseen las cualidades que les permitan

interpretar con precisión la naturaleza de las relaciones que están detrás de los fenómenos sociales, culturales, políticos y jurídicos.

Otros pensadores del tema de la Informática Jurídica han sido el checoslovaco Víctor Knapp y en Milán Vittorio Frosini, Este último en su libro *Cibernética, Derecho y Sociedad*³², describe las relaciones entre la Informática y el Derecho. En primer lugar, de cómo el derecho debía regular el campo de la informática y de qué manera la informática debía contribuir en el procesamiento de la información jurídica. Frosini le da el término de Juritecnia a esta disciplina.

En el derecho anglo-sajón Paul Hoffman propuso el término Lawautomation compuesto por los términos Law (derecho) y automation para aludir al proceso de formalización lógico-simbólica de la documentación jurídica.

Hacia 1968 Mario Lozano escribe en su libro titulado *Juscibernética* en el cual establece el concepto de Juscibernética. Por otro lado señala a la Informática Jurídica como la legal information retrieval o procedimiento automático de recuperación de información legal (Básicamente mediante el uso de las bases de datos legales).

En cuanto a la relación cibernética y derecho, Lozano indica que existen cuatro sectores para la investigación cibernética:

- a. El mundo del derecho en su totalidad es considerado como subconjunto del sistema social, con un estudio de las relaciones de ambos mediante un modelo cibernético.
- b. El mundo del derecho estudiado como sistema normativo, dinámico y autoregulante en el que analiza las relaciones internas de sus componentes.
- c. Los modelos cibernéticos deben ser diseñados con el objetivo de su empleo en máquinas cibernéticas. Este paso a la máquina presupone la formulación de un lenguaje jurídico. Se someten a tratamiento las normas como partes del mismo todo.
- d. Del derecho y de las normas se pone énfasis en los aspectos que puede ser accesible a los computadores³³.

³² LEÓN PASTOR, Ricardo. *Informática Jurídica. Acercando la Informática a las puertas del siglo XIX*. Themis. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

³³ RIVERA LLANOS, Abelardo. "Relaciones del derecho común, la ciencia y la tecnología". *Revista de Derecho y Tecnología Informática*. Edit. Temis. N° 1. Bogotá, Colombia. Mayo, 1987

En 1970, Fritjof Haft desarrolló el concepto de Juscibernética, desglosando su objeto en las siguientes áreas de investigación:

1. La automatización de los aspectos cuantitativos del derecho.
2. La ampliación de la electrónica a los aspectos rutinarios del derecho susceptibles de ser automatizados.
3. La utilización del método de análisis formal y lógico-matemático al derecho para lograr su máxima racionalización y precisión.
4. La proyección de la teoría cibernética de los sistemas a los procesos de decisión, organización y gestión jurídica y política.
5. El uso de la teoría de la información de los procedimientos lógicos y lingüísticos de interpretación del derecho para contribuir a potenciar su decisión.
6. El empleo de la cibernética en la formación jurídica para renovar la enseñanza del derecho y situarla a la altura de las exigencias del mundo actual por medio de su vinculación con otras disciplinas como la lógica matemática, la teoría de la información, la teoría de los sistemas y la teoría de la decisión.
7. A partir de precisiones sobre el término Informática realizada por la Academia Francesa en abril de 1966, que la definió como la ciencia del tratamiento racional, señaladamente por máquinas automáticas de la información, considerada como el soporte de los conocimientos humanos y de las comunicaciones en los dominios técnicos, económicos y sociales; tras los trabajos pioneros de Lucien Mell, Georges Langrod y Simon Levy, ubicados todos ellos en el campo de la cibernética jurídica, se asiste en la actualidad a un predominio de la Informática Jurídica como disciplina englobante de los diferentes aspectos del tratamiento electrónico del derecho.

La doctrina germana ha configurado en la Informática Jurídica tres áreas de investigación:

- a. El estudio en cuanto atañe la automatización de los procesos jurídicos, con especial incidencia en la gestión automatizada de la administración pública y de la justicia.
- b. La investigación sobre la formalización del razonamiento y el lenguaje jurídico tendente a posibilitar un análisis informatizado de la legislación y de aquellos procesos de interpretación y aplicación del derecho.

- c. La proyección de la informática a los procesos de información y documentación jurídica.

Para los italianos como Ettore Guannattonio la informática jurídica no solo abarca la conservación, la recuperación y la transmisión de información jurídica; sino también problemas típicos de la juscibernética es decir la relación entre el comportamiento y la información jurídica y los problemas de racionalización de la actividad jurídica.

De todo lo expuesto como conclusión podemos decir que la informática jurídica es el término empleado para definir a la disciplina que se ocupa del tratamiento automatizado de la información jurídica, de tipo jurisprudencial, doctrinal y legal; así como en las fuentes de producción jurídica mediante la elaboración informática de los factores lógicos formales que participan en el proceso legislativo y en la decisión judicial.

3. PODER INFORMÁTICO Y LIBERTAD INFORMÁTICA.

Constituye a esta altura de la civilización una verdad de Perogrullo que quien cuenta con buena información³⁴ cuenta con una cuota importante de poder, y que si además tiene a su disposición tecnológica apta para procesarla, multiplicarla en cantidad y en calidad y transmitirla ágilmente, ese poder aumenta considerablemente.

Los pilares de éste novísimo fenómeno –el “poder informático”, consecuencia primaria de los recientes avances en materia de tecnología informática y de telecomunicaciones que provocaron la “revolución informática”- se encuentran en las libertades informativa e informática.

La primera de ellas se traduce aquí en el derecho a recabar información³⁵ y la segunda en nuestro concepto, significa aquella proyección del principio –valor

³⁴ Valga aclarar el vocablo “dato” alude a un elemento circunscrito y aislado (v.gr., nombre o nacionalidad), que no alcanza a tener el carácter de información, pues para que se transforme en ella se requiere la interconexión de esos datos de manera que, se conviertan en una referencia concreta (v.gr., nombre y nacionalidad). Los actuales sistemas permiten, por ejemplo, entrelazar datos seleccionados y obtener las referencias solicitadas en pocos segundos, e incluso transferir lo deseado a la computadora de quien consulta.

³⁵ Al ocuparse de la problemática del derecho a informarse, Ekmekdjian menciona que la libertad amplia de acceso a las fuentes de información pública es la regla, y que solo excepcionalmente, en casos en que estén comprometidos los derechos de particulares o la defensa nacional (arg. Arts. 19 y

“libertad” que se genera ni más ni menos que en el derecho de recabar toda la información cuyo conocimiento o recolección no esté legalmente prohibido por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en un interés colectivo relevante (v.gr., seguridad del Estado), es decir que no implica la no sujeción de la actividad informática sino sólo a las reglas que razonablemente le sean impuestas por la ley³⁶.

Sin embargo, para la doctrina en general la libertad informática significa otra cosa: la Española alude a ella como un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad “garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión³⁷; o como “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad³⁸. En la doctrina local Ekmekdjian y Pizzolo sostienen que “este nuevo derecho tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a la información que les concierne,

21 de la Constitución argentina), se pueden restringir el acceso a las fuentes de información pública, en tanto que si se trata de personas o instituciones privadas, el derecho de acceso está bastante más restringido. (Miguel Ángel Ekmekdjian, Derecho a la información, Desalma, Bs. As., 1992, p.44).

³⁶ En este sentido, los especialistas en derecho informático sostienen que la mayor parte de los datos son vacantes, y por tanto, accesibles a todos, en un Estado de derecho en el cual se reconoce el pluralismo de la información y la libre investigación científica. Estiman, asimismo, que el derecho a la información permitiría recolectar los datos vacantes (o públicos) para crear libremente el bien información, e incluso, cuando se tratara de información privada, daría derecho a obtener acceso libre e igual a tal información desde que ella fuese hecha pública. (Ésta sería la posición de Pierre Catalá, Ébauche d’une théorie juridique de l’information, Recueil Dalloz Sirey, 16^o cahier, Chronique, 1984, citado por Correa, y otros, Derecho informático, Desalma, Bs. As., segunda edición, 1994, ps. 288 y 289).

³⁷ Antonio E. Pérez Luño, “Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica”, en Mario Losano y otros, “Libertad Informática y Leyes de Protección de datos Personales”, CEC, Madrid, 1989, p. 140, citado en Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento: normativa vigente, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p.12.

³⁸ Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “Informática y protección de datos personales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 33, cit. por Juan Fernando Armagnague, “Protección del Administrado”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 173 / 4.

archivadas en bancos de datos. Esto es el Hábeas Data: un instrumento para controlar la calidad de ellos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su posible transmisión³⁹.

Dejando de lado las diferencias conceptuales apuntadas, y continuando con el análisis de los aspectos relativos a las consecuencias de la “revolución informática”, es dable advertir que en el caso en que la actividad de recolección, tratamiento y transmisión de datos se dirige a información de índole personal, puede ocasionar graves perjuicios a los registrados, con lo cual, si no existe coto alguno a la actividad informática, las consecuencias para las personas incluidas en las “bases” y “bancos” de datos es factible no sólo establecer los perfiles, sino incluso hasta desnudar aspectos íntimos de las personas registradas.

4. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

Un nuevo concepto de intimidad ⁴⁰ es el de autodeterminación informativa, definida por Elliott Segura, como el derecho del individuo a poder decidir que aspectos de la vida personal desea revelar ya sea pensamientos, sentimientos, conductas, hechos⁴¹; en términos similares con anterioridad el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia del 15 de diciembre de 1983 se pronunció porque ella supone la facultad del individuo de disponer y revelar datos de su vida privada, interviniendo en todas las fases de su elaboración y uso, cuanto a acumulación, transmisión, modificación y cancelación.

En el contexto de la autodeterminación informativa, como un derecho fundamental confluyen el derecho de información, el consentimiento y oposición, la consulta, el acceso, la rectificación y la oposición a los datos; sin embargo se hace necesario mecanismos de protección según Carrascosa López, específicamente

³⁹ Miguel A. Ekmekdjian y Calogero Pizzolo,: Hábeas Data: “El Derecho a la intimidad frente a la revolución informática”, Desalma, Buenos Aires, 1996, p. 23

⁴⁰ Supra – ver la Intimidad; Protección a la intimidad

⁴¹ Elliot Segura, Aldo –“la protección del Derecho a la Intimidad y Privacidad frente a las nuevas tecnologías” en Derecho de Informática – Ponencias VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática p. 215.

frente a redes digitales avanzadas de telecomunicaciones ⁴², toda vez, que como derecho fundamental garantiza a toda persona el respeto a sus derechos y libertades, particularmente la vida privada frente al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Un sinónimo que también se utiliza es el de “libertad informática”, derecho de auto tutela de la propia identidad informática y de control de los datos personales inscritos en la tarjeta de un programa electrónico, para conocerse, corregir, suprimir o agregar⁴³.

El principio de reserva de los datos personales en los archivos electrónicos y el derecho de controlarlos reconocido al ciudadano, ha sido materia de regulación a partir de 1970 en la civilización tecnológica incluso elevada a garantía constitucional en Europa, casos de Portugal y España ⁴⁴, como alcance para lo que sería luego el Convenio de Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal, aprobado en Estrasburgo, el 28 de enero de 1981, cuyo artículo 1º garantiza a toda persona física el derecho a la vida privada en orden a la elaboración automática de los datos de carácter personal que le atañen.

Una década después la influencia se deja sentir en América Latina; la Constitución de Colombia reconoce el derecho a toda persona de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hubiesen recogido sobre ella en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas; la acción de amparo prevé la Constitución Argentina (1994) para que la persona tome conocimiento de los datos que a ella se refiere así como de su finalidad, respecto a los que obren en registros o bancos de datos ya públicos o privados (artículo 43); la Constitución de Nicaragua precisa en el artículo 26 que toda persona tiene derecho a conocer la información que

⁴² Carrascosa López, Valentín – “La nueva ley Española de Protección de datos de carácter personal”. Ponencias VII Congreso... p. 191

⁴³ Frosini, Vittorio – ob. cit. (inf.) p. 110.

⁴⁴ regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. La Constitución del Perú (1993) en el artículo 2º señala que toda persona tiene derecho ... 5) y 6) a la intimidad personal y familiar

sobre ella hubieren registrado las autoridades, así como saber el porqué y con qué finalidad se tiene esa información..

Según el artículo 135 de la Constitución del Paraguay (1992) toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre si misma 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. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) señala el ámbito de estos derechos en similares términos que la preceden del Paraguay, agregando la salvedad de las excepciones que establezca la ley (artículo28).

La constante referencia a dato nos lleva a considerar que este puede ser numérico o no, las operaciones a realizarse con los números son de índole aritmético y cuando no numérico, las operaciones factibles consisten en comparaciones, clasificaciones, fusión codificación intercalación⁴⁵; como datos que la persona deja en su tránsito por los registros se puede identificar algunos : número de teléfono, D.N.I., profesión, colegiación, filiación política, asociaciones, origen étnico, situación laboral, cotizaciones provisionales, participación ciudadana, matrículas, declaración de impuestos, créditos bancarios, viajes, valores trazados en bolsa, acciones, participaciones en sociedad, situación financiera, antecedentes penales, judiciales y policiales, historial clínico, etc.

Dato de carácter personal de acuerdo con la Ley Chilena N° 19,628; es aquel referido a cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables⁴⁶; el dato personal sobre características físicas o morales de la persona, hechos o circunstancias de su vida privada, intimidad (hábitos, origen racial, ideologías, opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas, vida sexual, estado de salud), es considerado dato sensible ; cuando el dato ya en su origen o como consecuencia de tratamiento no puede ser asociado al titular identificado o identificable, entonces tiene la condición de dato estadístico; también cuando pierde

⁴⁵ CFR. Rodinel Sosa Rocío – ob. cit. p.35.

⁴⁶ Jijena Leiva, Renato – “Sobre la no protección de la Intimidad en Chile”– Análisis de la ley n° 19,628” en Ponencias VII Congreso...p. 278.

actualidad, es caduco lo que puede ocurrir por disposición de la ley, el cumplimiento de la finalidad, la expiración del plazo, el cambio de hechos y circunstancias.

A su vez los datos son objeto de operaciones, actividad conocida como tratamiento de datos que alcanza a los procedimientos automatizados o no, al recolectar, almacenar, confrontar, disociar, interconectar, transferir, ceder, cancelar o utilizarlos en cualquier forma.

El derecho a la intimidad como garantía constitucional protege aquellos datos que no pasan a la esfera social o pública, ya por obra del titular que opta por mantenerlos en reserva o por una ley que no permite conocerlos; esta protección alcanza en Chile al registro de condenas, registro electoral, boletín de la Cámara de Comercio, etc. por ser antecedentes integrados a la intimidad que no pueden ser conocidos por terceros.

Un significado de libertad informática es el que fluye del artículo 8º de la Convención de Estrasburgo, como garantía a los interesados al conocimiento, acceso a los ficheros automatizados, derecho a la rectificación o cancelación de los datos, queja por violaciones, el habeas data, lo que en conjunto se integra en el control de los propios datos personales.

La referencia a fichero (fichero de datos en la ley española) no solo alude a un depósito sino a la organización de los datos, cualquiera fuese la forma o modalidad de creación, almacenamiento, acceso, comprendiendo además los procesos y aplicaciones que configuran perfiles personales.

Otro termino que no podemos soslayar es el de procesamiento, convertido en teleprocesamiento, que identifica la manera como ciertas funciones (entrada, salida, control, almacenamiento, procesamiento) logran estar en distintas ubicaciones conectadas por canales de telecomunicación.

Frente a este proceso la libertad informática en el caso peruano es negativa y urge que se actualice así la Constitución de 1993, en su artículo 2º inciso 6, garantiza a toda persona el derecho a que los servicios informáticos no suministren

informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, mas en estos tiempos dicha libertad importa el control y administración de los datos por su titular.

5. DERECHO INFORMÁTICO Y VIDA PRIVADA

La lucha permanente del ser humano ha sido por la libertad; por lograr librarse de todo aquello que impide su libre desarrollo personal. Han existido y existen múltiples y variadas formas de provocar daño a las personas, limitando su libertad. El desarrollo de la ciencia y de la tecnología ha producido efectos contradictorios. Así como han traído progreso a la humanidad, siendo indudable que hoy en día el hombre vive más y mejor también han provocado una serie de interrogantes de carácter ético, legal y político por los daños que pueden ocasionar al propio ser humano, tal y como cuando se inventó la máquina originando la revolución industrial en el siglo XVIII⁴⁷

En efecto, así como la revolución industrial provocó una gran transformación social en toda la humanidad, así también estamos viviendo en la actualidad una revolución que trae consigo una transformación socio – económica en todo el orbe. El gran invento que está provocado esta transformación, al lado de otras, es la computadora.

La máquina con “prótesis de inteligencia” ha revolucionado la información. Pero no podemos cegarnos; así como reconocemos el gran valor de la informática para el avance de la información, ésta también trae consigo una serie de problemas de carácter ético, legal y político. Y de por medio está en debate la libertad del ser humano.

JOHN DIEBOLD, cita al inicio de todo el texto: “Cuando se disponga de medios para elaborar un registro de todos nuestros actos, y se tenga acceso a ese registro, ¿quién será capaz de autolimitarse en su uso y abuso? A medida que vayamos logrando el poder de control del comportamiento humano, ¿quién decidirá cómo utilizarlo?”

Se exige una respuesta por parte del Derecho, a fin de proteger la vida privada y la identidad de la persona, como garantía de un desarrollo libre de la personalidad, con dignidad. El conflicto entre el derecho a la vida privada y la libertad de información

⁴⁷ Morales Godo, Juan; op. Cit. págs. 227 a 248



cobra singulares características con el desarrollo de la informática. Ha permitido esta situación a desarrollar aún más el tema del derecho a la vida privada, con aspectos positivos, como es el considerar este derecho como garantía de las demás libertades.

Sin el respeto a la vida privada, la libertad es una quimera, debiendo entenderse no sólo como la defensa frente a la intromisión y a la divulgación de hechos que reservamos para nosotros mismos, salvo a demás como el derecho a obtener información, a fin de poder tomar las decisiones más importantes de nuestra existencia.

¿Cómo es que a través de la informática, el ser humano puede ser agredido en su vida privada? De muchas maneras y despidiendo de quién lo haga y para qué. En efecto, después de la Primera guerra Mundial y, fundamentalmente, después de la Segunda, los Estados realizaron un mayor control respecto de sus ciudadanos, exigiéndoles fidelidad al sistema. Con las computadoras es fácil recopilar y ordenar una serie de datos que el ser humano va dejando en transcurso de su existencia, los mismos que sistematizados permiten tener un perfil de comportamiento de la persona. Es lo que se denomina inferencial relational retrieval.

En efecto, distintos datos que el ser humano va dejando voluntariamente en distintas reparticiones públicas y privadas, como por ejemplo, los viajes que ha realizado tanto al interior como al exterior del país, el uso de la tarjeta de crédito, sus cuentas corrientes o de ahorros en los bancos, las declaraciones juradas, solicitudes de ingreso ante entidades privadas, ficha de libros solicitados a las bibliotecas, etc. pueden ser ordenados y sistematizados permitiendo obtener un perfil de comportamiento que restringe la libertad de la persona.

Pero, no sólo el estado puede realizar estas actividades en base a la informática también los particulares, como por ejemplo las agencias de credit report, que son las encargadas de recopilar datos acerca de la solvencia económica de las personas, llegando a informar respecto a los modos de vida y hábitos de quienes solicitan créditos. Dicha información no siempre es de buena fuente, por lo que no solo constituye un peligro por el ataque al derecho a la vida privada, sino que también puede distorsionar la identidad de la persona.

Así mismo la difusión de los tests psicológicos, de aptitud e inteligencia, para acceder a determinados cargos públicos o privados, donde debe responderse a

preguntas en torno a la vida privada, hábitos sexuales, opciones religiosas o políticas, etc. Con estos dos se obtiene un perfil del comportamiento de la persona, como hemos señalado anteriormente.

Fue muy criticado el último censo realizado en el Perú en el cual, se solicitaban muchos datos concernientes a la vida privada de las personas y lo que es más grave, se consignaba el nombre de la misma. Estos datos computarizados y organizados con otros, pueden ser mal utilizados, con fines discriminatorios, políticos, económicos, sociales, etc.

6. VIDA PRIVADA E INFORMACIÓN

La informática es el instrumento de la información, y así como hemos señalado que constituye toda una revolución cultural, por los profundos cambios socio económico que genera en la sociedad, así también constituye un peligro cuando su uso es atentatorio contra la libertad y la dignidad del ser humano. La comprensión de ello, ha permitido que el derecho a la vida privada cobre singular importancia a tal punto de convertirse en derecho de garantía, de tanta trascendencia como el derecho a la igualdad y a la libertad.

El elemento conceptual del derecho a la vida privada, denominado autonomía, cobra especial desarrollo. En efecto, si bien el derecho en comentario fue entendido fundamentalmente en sus aspectos negativos de impedir la intromisión y posteriormente la divulgación de hechos que la persona reserva para sí y su familia, hoy en día, se analiza desde un punto de vista positivo, como garantía de la libertad de la persona. Habíamos señalado que la autonomía significa la posibilidad de adoptar las decisiones más importantes de la existencia de la personas.

Ello implica una adecuada información, pero a su vez el ejercicio de una absoluta y plena libertad. No se cumple tal situación si la información es distorsionada, si no es divulgada con sentido de responsabilidad, y tampoco se cumple si la persona ve recortada su libertad en base a la invasión de su vida privada, la misma que es imperceptible, que no quiere ser física, ya que con la recopilación y sistematización de los datos que deja a lo largo de su vida, se está capturando su libertad.

Como se puede observar existe, una relación estrecha entre los aspectos de la vida privada y la información, relación que se hace evidente en términos positivos en



el elemento conceptual denominado autonomía. Apreciamos dos aspectos: por un lado, el derecho a ser informados como garantía de una futura decisión libre y certera y, por otro lado, el control que debe ejercer la persona respecto de los datos proporcionados por él mismo a distintas instituciones o personas, en distintos lugares y en distintas etapas de su vida.

Estas situaciones reales deben ser reguladas por la legislación, a fin de proteger a la persona frente al uso irresponsable que efectúan algunos medios de comunicación masiva, tanto al brindar información como el recolectar información respecto de la vida privada de las personas, no existiendo de por medio ninguna situación que justifique la divulgación de hechos que corresponden a la vida privada, así como frente al uso de datos existentes en las entidades públicas y privadas referentes existencias de las personas.

7. INFORMÁTICA: REGULACIÓN JURÍDICA

Cuando hemos analizado los supuestos de la vida privada y la información, hemos concluido que son aspectos de la vida del ser humano que no es posible soslayarlas; constituyen base de su existencia y desarrollo como ser humano libre y creativo. Constituyen los cimientos del sistema democrático de gobierno y, por tanto, deben ser protegidos por el Derecho. Se requiere de un desarrollo doctrinario, pero fundamentalmente legislativo y jurisprudencial, porque como hemos vislumbrado en los capítulos que anteceden, se producen con frecuencia conflictos entre ambos derechos.

El fundamento para regular los aspectos de la informática en relación al ser humano en cuanto se refiere a su vida privada, finalmente, lo encontramos en el reconocimiento del derecho a la información como un derecho que corresponde a toda la sociedad, base de la democracia, y en el necesario equilibrio que debe existir frente a otro derecho fundamental que es la vida privada. Recordemos que ambos son derechos humanos proclamados por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada en París en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en dos pactos internacionales complementarios celebrados en 1966 que contemplan por separado los derechos civiles y los derechos económicos, sociales y culturales.

Los primeros son denominados derechos individuales o derechos de la primera generación y, los segundos son denominados derechos sociales o derechos de la segunda generación. En ambos casos, está de por medio el reconocimiento de aquello que enaltece al ser humano: su libertad y dignidad.

En consecuencia, si, como estamos apreciando a lo largo de esta tesis, la informática puede tener en peligro la libertad del hombre, reduciéndolo a una mera expresión de datos recolectados, rebajando su dignidad, es indudable que debe establecerse los límites en el uso de esta técnica e impedir que se convierta en un instrumento que perjudique el desarrollo integral del ser humano. El ser humano es y debe ser un fin en sí mismo, jamás medio para nada, conforme imperativo categórico kantiano.

Este fundamento jurídico filosófico constituye hoy en día la base de la mayoría de las legislaciones del mundo. El ser humano como fin supremo de la sociedad y del Estado fue reconocido por la Constitución Política del estado Peruano de 1979; en la actualidad, la Constitución establece que la "defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado". Por su parte, el Código Civil peruano de 1984 tiene un desarrollo integral de los derechos fundamentales de la persona, como no lo tiene ningún otro código, inspirado en la concepción humanista que coloca al ser humano como centro de su preocupación y protección.

El conflicto es cada vez más clamoroso. Los riesgos de violación de derechos y libertades fundamentales mediante el uso de las nuevas técnicas informáticas se hacen más evidentes en el caso de las llamadas informaciones sensibles (datos sobre creencias o convicciones religiosas, opiniones políticas, origen racial, hábitos sexuales, circunstancias penales y pertenencia a sindicatos o partidos políticos, etc.) que pueden dar lugar a conductas discriminatorias por parte de quienes tienen monopolios de información.

El avance de la informática ha hecho tomar conciencia de la necesidad de legislar protegiendo los datos que pueda proporcionar una persona libremente o que pudieran existir, sin su consentimiento, en alguna dependencia pública o privada. Especialmente de aquellos datos denominados sensibles, como los mencionados en el párrafo anterior. Sin embargo algunos autores consideran que no hay que hacer

distingos entre información sensible de la que no lo es, porque toda la información es relevante según el contexto y finalidad con que sea usada.

Estos últimos son más radicales en la protección de los derechos fundamentales del ser humano. Esto ha motivado un cambio en la concepción del derecho a la vida privada, la misma que no puede ser entendida sólo como el derecho a ser dejado solo, en paz, concepción que coincide con una época caracterizada por un acentuado individualismo, sino que fundamentalmente debe ser entendido como la libertad positiva de supervisar el uso de la información.

8. DATOS PERSONALES: MARCO NORMATIVO.

Los países conforantes de la Comunidad Europea partiendo de convenciones o directivas emanadas del Parlamento Europeo han dictado normativas internas respecto a la protección de datos de carácter personal para personas físicas con la salvedad de protección a personas jurídicas en las legislaciones de Austria, Dinamarca, Luxemburgo y Noruega.

En España al igual que en Francia la finalidad de la normativa es garantizar a toda persona física el respeto a sus derechos y libertades fundamentales particularmente el derecho a la vida privada, ello en relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ⁴⁸, más la vigente ley (enero del 2000) ha suprimido el término automatizado en consecuencia el tratamiento comprende a todo soporte o forma de almacenamiento de los datos que permanecen en cualquier fichero, con excepción de los registros electoral, estado civil y de penados, personal de las fuerzas armadas, imágenes y sonidos obtenidas con video cámaras por las fuerzas de seguridad, también se excluye a los ficheros sobre investigación de terrorismo y formas graves de delincuencia; y aquellos mantenidos por personas físicas dedicados a actividades personales o domésticas.

Ideas sobre datos de carácter personal son señaladas por Elliot Segura, como cualquier información ya numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, etc.

⁴⁸ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín – pon, cit. VII Congreso ... p. 193.

concerniente a la persona natural identificada o identificable y susceptible de ser recogida, registrada o transmitida⁴⁹.

Tanto la captación como el tratamiento de los datos obedece a ciertos principios ya enunciados en la Convención de Estrasburgo (1981), así deben obtenerse y elaborarse en forma leal y legal; conservados en forma que permita la identificación por los interesados durante un periodo superior al previsto en la finalidad del registro; además los datos deben ser adecuadamente protegidos⁵⁰; en forma adicional y complementaria España cuenta con un Reglamento de Seguridad para la base de datos (Real Decreto N° 994/1999) que clasifica los ficheros atendiendo a razones de seguridad en niveles; básico, medio y alto, el nivel básico contiene datos de carácter personal con los cuales no es posible crear un perfil del individuo, por ejemplo serían los identificativos: empleo, profesiones.

En el nivel medio se ubican datos sobre los servicios financieros, hacienda pública, infracciones administrativas, antecedentes penales, solvencia patrimonial y créditos, estas informaciones permiten crear perfiles de las personas. El nivel alto comprende a ficheros con datos especialmente protegidos referidos a ideologías, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual, afiliación sindical; también datos recabados para fines policiales que no cuentan con el consentimiento del afectado.

Los datos del fichero nivel alto, se corresponden con los denominados "datos sensibles" cuyo procesamiento exige garantías apropiadas, con las excepciones que pueden establecer el Estado atendiendo a la seguridad pública, intereses monetarios, represión de delitos, etc.

Otro aporte de la doctrina española que se señala y es que lleva algunas décadas en el desarrollo del tema, es el concepto de calidad de datos en cuanto deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos dentro del ámbito y finalidades legítimas para los cuales fueron obtenidos, aquí juega el derecho de acceso o Habeas Data, asunto de otro acápite.

⁴⁹ ELLIOT SEGURA, Aldo – pon. Cit. VII Congreso ... p.213.

⁵⁰ CFR. Artículos 5,6y 7 de la Convención para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal – Convención de Estrasburgo (1981).



Bajo esta orientación la reflexión que nos corresponde en el Perú es la visión de una normativa referente a la protección de datos de índole personal a integrarse con la garantía del Habeas Data reconocida en nuestra Constitución de 1993-

9. EVALUACIÓN DE INTERNET

Además de la "red", otros sinónimos que suelen utilizarse para referirse a la Internet son: "Ciberspacio" como fuera concebido por el autor William Gibson en su libro Neuromancer, y "La Supercarretera de la Información" acuñado por el vicepresidente de USA, Al Gore al referirse que podría ser la base del movimiento del próximo siglo, tal como lo fueron para este siglo las carreteras existentes.

Para el año de 1967 la guerra fría estaba en su máximo apogeo y el Departamento de la Defensa de USA, asignó a la ARPA (Advanced Research Project Agency) el desarrollar un sistema de interconexión o red que protegiera todos los sistemas de logística e información en todos los centros y ciudades importantes en caso de un caos nuclear. En 1967 se tenía el primer prototipo en papel, pero no fue hasta el año de 1969 que empezó a funcionar con 4 supercomputadoras conectadas, todas ellas en universidades importantes como UCLA, UCSB, Stanford y University of UTA.

La opción más variable y segura para construirla fue el partir de la idea de una red descentralizada con vías de acceso redundantes, es decir que no solo existía un solo servidor y varias terminales con una sola vía de acceso, sino que todos los equipos interconectados son servidores y todos están conectados con los que más cerca encuentren.. Esto a parte de hacer una telaraña de conexiones y servidores garantiza que al "caerse" o desaparecer un equipo o una línea de conexión siguen funcionando todos los demás. Prácticamente la red se deshace hasta que desaparece la última conexión entre dos servidores. Estas ideas o principios son aplicables aún en nuestros tiempos.

Para 1971 ya la red contaba con 38 servidores y clientes entre universidades, laboratorios, agencias de gobierno y bases militares, entre ellos el Lincoln Lab, la NASA y la Universidad de Harvard y hasta la Universidad of Hawai.



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

La primera conexión internacional de la "red" fue en el año de 1973 con la University Collage of London en Inglaterra y la Royal Radar Establishment en Noruega, la red alcanzaba ya la suma aproximada de 8 computadoras. El crecimiento Nacional e Internacional de la red ha sido de cantidades exponenciales hasta nuestros días.

En 1975 el manejo de las conexiones no militares se separó del ARPA y fue cuando surgió el nombre de Internet, acuñado y usado hasta nuestros días. Por extraño que parezca no existe una autoridad central que controle el funcionamiento de la red a partir de esta fecha, aunque existen grupos y organizaciones que se dedican a organizar de alguna forma el tráfico en ella. Entre estas organizaciones encontramos a la más grande Internet Society Internet Architecture Borrard (IAB), El Network Information Center (NIC) que es administrado por el departamento de defensa de USA y otros más.

ARPANET, desaparece dentro de un proyecto mucho más complejo llamado Defense Data Network en una fusión lenta de los años 1983 hasta 1990. ARPANET es solo historia y precursora de la actual red de Internet.

Para 1995 se estima ya habían 154 países en la red, 40,000 redes y 7.8 millones de computadoras conectadas las 24 horas al día. Quien sabe cuanta gente accesa como clientes desde sus computadoras personales y terminales en lugares tan distintos como universidades, oficinas, colegios, hogares, aeropuertos, etc.

Internet es un servicio para uso civil que surge de un avanzado proyecto militar, tal como lo son en la actualidad el rayo láser industrial y de entretenimiento, el GPS, el radar, el ala delta y otros.

Como podemos observar más la diversidad de la información de la red puede ser utilizada tanto como por un investigador, como por un niño de escuela; un alto ejecutivo de negocios o hasta un ama de casa, todos ellos con sistemas operativos, plataformas y equipos de computación muy diferentes, pero es esta Universalidad en lo que hace a Internet tan interesante y práctica. Un recurso o página de la Internet puede ser accesado desde por ejemplo una PC en China, una Macintosh en USA, una VAX en Alemania, una NEXT en España, equipos con sistemas UNIX en Perú y así miles de combinaciones alrededor del mundo que confirman la universalidad de la información a través de la red.



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

Esta facilidad de uso e interconexión no fue siempre característica de la red, desde sus inicios, hasta el año de 1989 esto era realmente algo complicado, un montón de servicios que funcionaban con comandos y palabras extrañas, que requerían largas horas de aprendizaje y práctica y que se fueron añadiendo año con año, entre las mas comunes y útiles a la fecha encontramos, el E-mail o correo electrónico, FTP o file Transfer Protocol, Usenet/News, IRC o Internet Relay Chat y otros tantos mas.

A partir de marzo de 1989, surge la idea de la "WEB" "World Wide Web" para ser más exactos o simplemente la "WWW". En esta fecha Tim Berners-Lee del Laboratorio Europeo de Física de Partículas (CERN, por sus siglas en francés), usuario de Internet, aburrido de la complejidad, falta de consistencia y dificultad para encontrar información circuló una proposición para desarrollar un sistema fácil consistente y eficiente para compartir información entre todos los científicos que trabajaban en física de partículas.

Este sistema basado en páginas de información con "hipertextos" que en ese entonces empezaba a ponerse de moda con los mecanismos de ayuda de los sistemas más operativos gráficos. Un hipertexto es un "link", o un salto o una forma de llegar rápida a otro sitio, todo al alcance del mouse y la línea de texto que esta leyendo.

Tiempos antes la infraestructura de la comunicación entre servidores era mantenida casi en su totalidad por fondos gubernamentales de cada gobierno, por lo cual su uso era casi gratuito pero también limitado a actividades gubernamentales y académicas solamente, esto empezó a liberalizarse y el gobierno poco a poco fue soltando este control a otras compañías privadas de comunicaciones que hicieron de las suyas con este negocio. Hoy en día el interés comercial de la red. Los precios y proveedores de servicio también han hecho de las suyas al vender el acceso resulta ser un negocio muy lucrativo.

En 1993 la Casa Blanca, el Banco Mundial y las Naciones Unidas. La WWW tienen un crecimiento de 341,634%.

En 1994 surgen centros comerciales en Internet, la primera tienda de flores virtual empieza a tomar pedidos, abundan los hackers y los servicios antes gratuitos como los nombres de dominio ahora son pagados.



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

Para 1997 hay en el mundo más de 70 millones de usuarios de Internet, 8,000 solo en Guatemala, sitios comerciales e infinidad de nuevas tecnologías, tendencias y servicios.

Las estrategias de las más grandes empresas de computación como digital, Microsoft quarterdeck, Corel, y tantas otras más se han volcado hacia la red y su potencial como el nuevo medio de comunicación masivo e inteligente, la red tiene un futuro muy prometedor.

La internet en pocos años será la concentradora de todos los demás medios de comunicación vigentes, radio con cobertura mundial, televisión interactiva, los programas que yo quiera ver cuando yo quiera ver, música contra pedido, miles de canales de audio y televisión, etc.

No existe definición precisa propia de la Internet, pero de todo lo mencionado podemos precisar que la Internet es un conjunto de redes descentralizadas y protocolos comunes, interconectados entre sí, que se utilizan para compartir recursos e información, hoy día la conexión es a escala mundial y permanente. Todos los días a toda hora.

10. INTERNET :HISTORIA SIN FINAL

1969 NACE INTERNET

El Ministerio de Defensa designa a ARPANET para la tarea de investigación de redes.

Se instala la Red de ARPANET con cuatro nodos:

- Nodo 1: UCLA – Universidad de los Ángeles, California.
- Nodo 2: SRI – Instituto de Investigaciones de Stanford.
- Nodo 3: UCSB – Universidad de California en Santa Bárbara.
- Nodo 4: Universidad de UTAH.

Se envía el primer mensaje de nodo entre UCLA y SRI. (Octubre)

1971 – 1972 LA GENTE SE COMUNICA A TRAVÉS DE UNA RED

Se inventa un programa de correo electrónico.



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

Más Universidades se conectan: La Universidad de Hawai, UCLA, SRI, UCSB, Universidad de Utha, BBN, MIT, RAND, SDC, Harvard, Laboratorio Lincoln, Stanford, UIU ©, CWRU, CMU, NASA / Ames.

Se hace una demostración pública de ARPANET entre 40 computadoras.

1973- 1975 RED GLOBAL UNA REALIDAD

Se realiza las primeras conexiones internacionales a la ARPANET: University Collage of London (Inglaterra) y el Royal Radar Establishment (Noruega).

Se publica "Protocolo para Intercomunicación de Redes por paquetes" ("A Protocol for Packet Network Intercommunication") que especifica detalladamente el diseño del Programa de Control de Transmisión (TCP).

1976 – 1979 INTERNET SE HACE REALIDAD

La Reina Isabel II de Inglaterra envía un E-mail.

Se provee el servicio de correo electrónico a más de 100 investigadores en ciencias de la computación.

1980 – 1983 LAS COSAS SE EMPIEZAN A JUNTAR

Se desarrolla el sistema de dominación de dominios (Domain Name System)

Se crean nuevas redes: La BITNET, La CSNET, FidoNet, la EARN, la EUnet

Se conectan los Países Bajos, Dinamarca y Suecia.

Se establece el Control de Transmisión (TCP) y el Protocolo de Internet (IP) como el complemento del Protocolo, conocido comúnmente como TCP / IP, para ARPANET.



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

Esto genera una de las primeras definiciones de Internet: “una serie de redes conectadas entre sí, específicamente aquellas que utilizan el protocolo TCP /IP” y se utiliza el término “Internet” como conectado a redes TCP / IP interconectadas.

ARPANET se divide en ARPANET y MILNET.

1984 – 1985 EL CRECIMIENTO DE INTERNET CONTINUA

Se introduce el Domain Name System (DNS) (Sistema de denominación de dominios) ya que es más fácil recordar www.mextrade.com que 207.5.46.43 y se le da la responsabilidad al Instituto de Ciencias de la Información (ISI) en USC para administrar los dominios, nace NIC.

Se registra el primer dominio: symbolics.com.

Se conecta Japón, Canadá comienza a plantear su conexión.

La CSNET comienza a estudiar como aplicar su backbone de 56kbps a 1.55Mbps (T1)

Se crea la NSFNET con un gran equipo, que permite nuevas conexiones.

1986 – 1989 INTERNET EMPIEZA A TOMAR RELEVANCIA

Para el 86, hay más de 5,000 hosts y es cuando se da inicio a la comercialización de la RED.

Para el 87 hay más de 28,000 hosts.

En 88 se crea el primer sistema para charlar con texto (Chat) (IRC) y el primer virus ataca: “el Internet worm”

En este período Alemania, Finlandia, Dinamarca, Francia, Islandia, Australia, Israel, Italia, México, Nueva Zelanda, Puerto Rico y China se integran a la RED.



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

1990 LA EXPANSIÓN DE INTERNET CONTINUA

ARPANET deja de existir y se sustituye por el backbone de la NSFNET y las líneas originales de 50kbps fueron eliminadas.

Los host superan los 300,000.

Se empieza a brindar el servicio comercial de acceso telefónico (Dial Up) (world.std.com)

Se implementa el sistema de Hipertexto (parte fundamental del www)

Se da origen al protocolo FTP (File Transfer Protocol)

Se conectan Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Chile, Grecia, India, Irlanda, Corea, España y Suiza.

1991 – 1992 EMPIEZA LA MODERNIZACIÓN

Se inventan los servidores de Información amplia. (Wide Area Information Servers, WAIS).

Lanzan el sistema Gopher.

Lanzan lo que conocemos como WORLD WIDE WEB (WWW).

Lanzan el primer buscador llamado "Verónica" en entorno Gopher.

El Banco Mundial (World Bank) se conecta en línea.

Se crea la expresión "Navegar por Internet" (Surfing the Internet)

Se conectan Croacia, República Checa, Hong Kong, Hungría, Polonia, Portugal, Singapur, Sudáfrica, Taiwan, Túnez, Antártica, Camerún, Chipre, Ecuador, Estonia, Kuwait, Letonia, Luxemburgo, Malasia, Eslovaquia, Tailandia y Venezuela.

1993 – 1995 LA REVOLUCIÓN DE LA WWW EMPIEZA

En el 93 se crea lo que hoy conocemos por InterNIC y se desarrolla una interface para el manejo de gráficos, llamado "Mosaic for X"



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

Para el 94 Pizza Hut vende pizza a través de Internet.

Los Centros Comerciales entran a Internet.

Un ruso lleva a cabo el primer robo por Internet al City Bank. Para el 95, se empieza a cobrar una cuota por registro de dominio, un año por \$50.00 USD.

Se conectan en línea: La Casa Blanca, la ONU, el Primer Ministro Japonés, el Tesoro del Reino Unido, el Primer Ministro de Nueva Zelanda, el Vaticano y el Gobierno Canadiense.

Muchos más países que se conectan y otros tantos empiezan a registrar sus dominios nacionales: Bulgaria, Costa Rica, Egipto, Fiji, Ghana, Guam, Indonesia, entre otros.

1996 – 1998 ENTRA MICROSOFT

Muchos sitios del gobierno de los EUA son atacados por hackers quienes cambian el contenido; como les sucedió a la CIA, el departamento de justicia y a la Fuerza Aérea.

MCI actualiza la base de Internet al sumarle 13,000 puertos que hacen que la velocidad pase de 155Mbps a 622Mbps.

Inicia la competencia entre navegadores (browsers) del WWW, entre Netscape y Microsoft.

El 27 de marzo de 1998 los usuarios de Internet pudieron participar como jurado en un campeonato mundial de patinaje sobre hielo. Fue la primera vez que los televidentes determinaron el resultado de un concurso.

En este momento la Sociedad de Internet (Internet Society), quien se encarga de controlar el Internet, está buscando una nueva versión del TCP /IP para poder ampliar el ahora limitado número de direcciones.

1999 – 2004: EXPANSIÓN GLOBAL

La baja de sus costos y la potencia de su velocidad hacen que se expanda a casi todo el mundo

11. CASO: EL CORREO, YA SEA DE PAPEL O DE BYTES, ES PRIVADO.⁵¹

“En esa oportunidad mencionamos la demanda judicial existente, desde agosto de 1998, entre dos periodistas de Argentina por publicación de un e-mail privado de uno de ellos en una revista de la que el otro hombre de prensa es el editor. Recientemente la Sala Cuarta de a Cámara de casación rechazó la apelación del acusado y confirmó el fallo, del año pasado, de la Sala Sexta de la Cámara del Crimen en torno a que *“la privacidad de los e-mails tiene la misma protección que la del correo convencional”* sin perjuicio de que continúe la investigación de cómo llegaron los e-mails hasta la editorial que los publicó.

Cabe destacar que el Código Penal vigente en la Argentina establece en su artículo 153 que *“será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses el que abra indebidamente una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, o de una naturaleza, que no le esté dirigido”*.

Asimismo el artículo 155 del Código se establece una multa para quien publique indebidamente una correspondencia que no esté destinada a hacerse pública. Si bien es cierto que en ningún momento la jurisprudencia argentina, ni ninguna de Latinoamérica mencionan puntualmente los términos e-mail, digital o internet, los jueces argentinos habrían encuadrado al correo electrónico dentro de las comunicaciones “de otra naturaleza” que menciona el código de este país.

Este mismo punto de vista puede ser tomado por la Justicia del resto de los países de este continente, ya que de una u otra manera sus Códigos o Cartas Magnas también hacen *referencias, aunque tangencialmente, a otros tipos de tecnologías o técnicas en los artículos referidos a la privacidad epistolar*.

Debe subrayarse que, más allá de los aspectos judiciales, que son totalmente desconocidos a la sapiencia de este periodista el acceso a la lectura de un e-mail ajeno implica una operatoria mucho más difícil que abrir una carta convencional (que ha diferencia del e-mail hasta puede extraviarse durante su despacho), ya que para esto tan solo hace falta rasgar el sobre o, para no dejar huellas de la violación, despegarlo usando vapor o algún tipo de solvente suave.

⁵¹ Monzón, Enrique. “Computación”. Diario TIEMPOS DEL MUNDO; jueves 27 de junio de 2000, P. B36, monzon@tdm.com.ar



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

Para acceder al correo electrónico ajeno en una computadora ubicada lejos de quien quiere cometer el delito de avasallar la privacidad de los mensajes de otro, se debe tener avanzados conocimientos de computación (empleando técnicas de "hacking" on line). Si se accede personalmente a la computadora de quien va a perder la privacidad de sus e-mails, hay que conocer el password (palabra clave) con que el dueño de la máquina se conecta a Internet. Esto demanda aún más conocimientos técnicos".

Por todo esto es que creo que los jurisconsultos latinoamericanos que tengan, *en un futuro que debe ser muy inmediato*, la tarea de reformar los Códigos en aquellos artículos o incisos donde las nuevas tecnologías digitales hagan necesaria la tipificación específica de los delitos del ciber espacio, deben tener en cuenta que: - Tomando como ejemplo la violación de los e-mails con el modus operando detallado en los párrafos anteriores- más allá del delito de invasión a la privacidad, para perpetrarlo el pirata informático debe cometer, antes otras varias ilegalidades. No es lo mismo arrebatarle la cartera a un transeúnte, que asaltar a punta de pistola un banco, tomar rehenes y dinamitar la caja fuerte. Proveer de conformidad será justicia. ¡He dicho!"

TITULO VI

DERECHO A LA INFORMACIÓN

Las normas internacionales de derechos humanos, especialmente las interamericanas, consagran una concepción muy amplia de la libertad de las personas, a través del reconocimiento y protección de su derecho a expresar, crear y recibir información, al tiempo que fortalecen la democracia garantizando el libre intercambio de ideas en un ámbito público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por un tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Analizando la letra del artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos, la corte I.D.H ha sostenido que cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento esta subrayado que la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Una lectura de la información precisa que ella es producto del espíritu y vista como fenómeno requiere de sujetos (emisor, receptor) una realidad (objeto que se informa), señales con las que se representa esa realidad; es así mismo un bien que en alguna medida satisface necesidades, cuya producción y consumo en los últimos tiempos se cotiza en el mercado, en términos económicos afirma Frosini que es el nuevo cuarto sector (los tradicionales agricultura, industria y servicios), siendo que la información por medio de computadora electrónica asume un rol fundamental al producirla y comercializarla en forma automatizada⁵².

⁵² Frosini, Vittorio – ob. cit. (Inf...) p. 46.

1. DEFINICIÓN DE INFORMACIÓN

Un concepto de la información es el que proporciona F. Eugenio Díaz en "Naturaleza Jurídica de la Información"⁵³, en cuanto la refiere como combinación significativa de señales mas o menos persistentes, establecidas en sus correspondientes soportes, en las que el sujeto emisor elabora su representación mental de acuerdo a una realidad y que vía canales apropiados se dirige a otro sujeto que las recibe y aprehende.

Durante el proceso histórico de la humanidad la información y su función la comunicación, atraviesa etapas: en los indicios de la civilización, las comunidades primitivas se comunican en forma oral, así una relación interpersonal directa; con la aparición de los símbolos particularmente la escritura alfabética la información se incorpora en un objeto (piedra, bronce, pergamino), superando barreras, espacio – temporales ya que se transfiere el soporte materia ínter generacionalmente, asegurando su exactitud y estabilidad, más surge una exclusión de carácter intelectual y social – alfabetizados y analfabetos -; con la imprenta se hace posible reproducir en menor lapso un mensaje y máxima difusión de la escritura impresa, en tiempos más rápidos, costo menores y copias numerosas, contribuye también a la eliminación del analfabetismo; una cuarta etapa es la tele transmitida o de la mas – media, donde la palabra y la imagen transistores son reproducibles por la radio, televisor, ordenador, así una noticia es transmitida a dimensión planetaria en el mismo momento en el que ocurre el hecho, lo que mejora con los satélites artificiales ⁵⁴.

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN

Al bien de la información accede a la persona y se incorpora a ella como una libertad, un derecho dual – de informar y ser informado -, cuando a informar es un derecho deber-, ejercerlo con veracidad sin tergiversación; es la sociedad acreedora de la información con veracidad, de ahí un límite interno, un deber para quien informa y un derecho para todo aquel que recibe la información.

⁵³ CFR. Núñez Ponce, Julio – “Derecho Informático- Nueva disciplina jurídica para una Sociedad Moderna” ps. 35 / 6

⁵⁴ Frosini, Vittorio – ob. Cir. Ps. 44 / 5.

Otro aspecto en el derecho a ser informado, titulares resultan todos los ciudadanos como sujetos de la libertad de la información y con derecho a conocer los hechos que le atañen, en consecuencia se erige en fundamento del Estado de Derecho, que parte de un pre – requisito; reconocer la pluralidad democrática y que se garantice el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, de interés público, en cualquier medio de difusión⁵⁵.

Esta concepción apunta a una autonomía de la libertad de información, aún cuando hay intentos de integrarla en la libertad de comunicación, pero la independización obra en relación a la libertad de expresión; así como la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la libertad de expresión incluía la libertad de información ejercida frente al Estado (art. 11º - la libertad de expresión, la libre comunicación de los pensamientos.... Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, salvo las responsabilidades por el abuso....) es como el correr del tiempo que el control de los gobernantes y la prevención del abuso de poder encuentra una mejor vía para realizarse – el derecho de acceso a la información y de formar una opinión pública eficiente -.

La opinión es la que se centra en la libertad de expresión – pensamientos, ideas, juicios de valor – luego su carácter es subjetivo, por ello se estima más que la intimidad la opinión puede afectar al honor.

Cabe referirse a lo que distingue a la información cuando ya se vuelve informática y es el lenguaje no de base sensitivo- intuitivo, sino un metalenguaje, un lenguaje de ordenador que para ser enunciado, transmitido o almacenado requiere de un interprete: la máquina, que a su vez, convierte la información en mercancía, al poderse calcular cuantitativamente en tiempo record , además cedida a unos sin que los otros tengan la posibilidad de aprovecharla, aquí otro tipo de exclusión global, la brecha digital.

De otro lado así como la intimidad tiene un nuevo significado en la sociedad tecnológica, sostiene Frosini que también el derecho a la información es típico de dicha sociedad, cuyo sistema central son los medios de comunicación de masas, teniendo aquel derecho un lugar destacado junto a la libertad personal y de pensamiento; se advierte esta apreciación en el comentario del autor al Convenio de

⁵⁵ Vásquez ríos, Aldo – ob. cit. ps. 74 / 5.

Helsinki (1975) por el que se dictan pautas sobre las relaciones de respeto a los derechos humanos, tanto en la cooperación del sector humanitario y otros, uno de ellos la formación en sus expresiones oral, impresa y tele transmitida con especial atención de los derechos de los periodistas.

3. LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Esta libertad de información no ha sido expuesta con toda claridad ni por la doctrina ni por el Derecho Positivo, quizás este fenómeno tenga su explicación en que sea considerada como una jerarquía propia, distintas de las otras libertades que todavía no han logrado carta de ciudadanía en los textos del derecho por ser una libertad que implica muchos factores para constituirse.

“La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más apreciables del hombre; todo ciudadano puede en consecuencia hablar, escribir e imprimir libremente sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue consecuencia de la Revolución Francesa cuyo artículo 11 decía..

El derecho a la Libre Información implica el derecho a obtener, transmitir y publicar noticias en cualquier forma y en cualquier lugar sin restricción alguna. Como tal, constituye un factor esencial en cualquier esfuerzo serio que se haga para obtener la paz y el progreso del mundo.

Para tener mejores elementos y precisar lo que implica esta libertad, trataremos a colación el artículo 19 del II Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que a la letra dice:

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de éste artículo extraña deberes y responsabilidades especiales.

Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberá sin embargo expresamente fijadas por la ley y ser necesario para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud de la moral pública.

De las cuales se puede afirmar dos cosas:

- a) El derecho que le asiste a todo hombre a dar noticias de enterar a los demás, sin censura previa, de los hechos y las opiniones o ideas.
- b) El derecho que le asiste a todo hombre de saber, de tener noticias, de estar enterado con exactitud, veracidad e incapacidad de los hechos, ideas u opiniones.

4. DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En la capacidad de expresar una voluntad propia, distinta de la de otros entes, radica en buena medida uno de los criterios de la personalidad en derecho. Las personas tienen opinión y de ella hacen expresión. Si bien en todas las épocas hubo quienes pudieron expresar sus opiniones, difundir ideas propias y ajenas y recabarlas, sólo con el advenimiento de las políticas que hicieron de la persona, del ciudadano, el depositario del poder político, su capacidad para expresar tales ideas devino un patrimonio político. Por ello todo el movimiento del constitucionalismo clásico o liberal consagró a la libertad de expresión como una de las libertades públicas.

Así la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵⁶, garantizó la libertad de expresión que la Tercera República permitió hacer efectiva. Es que la libertad de expresión y régimen republicano coexisten ínter alimentándose. En un pasaje hoy memorable, el juez Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia dictada in re Whitney v. California en 1926, sostuvo:

⁵⁶ O'DONELL, Protección Internacional a los Derechos Humanos, Lima Comisión Andina de Jurista. 1984.

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el último fin del estado era hacer a los hombres libres de desarrollar sus facultades y que en su gobierno las fuerzas deliberantes deberían prevalecer sobre las arbitrarias. Ellos valoran que la libertad de pensar como uno quiera y de hablar como uno piensa, son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que si la libertad de palabra y de reunión, la discusión sería fútil; que con ellas, la discusión suministra ordinariamente una adecuada protección contra la diseminación de doctrinas nocivas; que la más grande amenaza para la libertad que es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; que este debería ser un principio fundamental del gobierno americano.

La soberanía del pueblo, básica en el sistema democrático-republicano, exige de la información, la representación exige de la información al menos como modo válido de requerir la rendición de cuentas. De allí la importancia central que el contexto democrático de la libertad de expresión y del derecho a la información en ella contenido.

Señala al respecto Lord Shawcross, Q.C.:

La libertad de prensa deriva del derecho fundamental que es propio a cada individuo de tener libre y pleno acceso a los hechos en todos aquellos asuntos que, directa o indirectamente, le conciernan y de su derecho particular a expresar y hacer pública su opinión sobre estos asuntos y de oír y leer sobre las opiniones de los demás. Por ser pues la libertad de la prensa solamente un aspecto, si bien de la más alta importancia, del derecho que incumbe al hombre libre de recibir y transmitir información, se deduce que no ha de ser afectado por las limitaciones que puedan establecer las fronteras nacionales.

La segunda postguerra transformó las libertades públicas en derechos humanos. La universidad, la igualdad y su corolario de no discriminación transformaron el concepto de libertad de expresión hasta entonces sólo republicano y patrimonio del ciudadano, en un concepto democrático perteneciente a toda persona.

Desde que se instauraron las modernas democracias en el mundo, el derecho a la libre expresión ha convivido de un modo no muy estable con el derecho de la gente a ser informada con veracidad sobre cuanto ocurre a su alrededor. Hasta hace un tiempo, el acento caía invariablemente sobre el primero de tales derechos, pero

ahora se va trasladando gradualmente al segundo en vista de la enorme y siempre creciente exposición del hombre actual a los grandes medios de comunicación.

El 14 de diciembre de 1946, antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proveyera a la Carta de las Naciones Unidas de un catálogo de aquellos derechos sin los cuales resulta difícil referirse al desarrollo de la personalidad libre, la resolución 59 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas referente a la libertad de información como derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas:

La libertad de información –que implica el derecho a reunir, transmitir y publicar noticias en todo lugar sin trabas- es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para promover la paz y el progreso en el mundo. La libertad de información requiere como elemento indispensable la voluntad y la capacidad de utilizar estos privilegios sin abuso y, como disciplina básica, la obligación moral de tomar los hechos sin prejuicios y de diseminar el conocimiento sin intención maliciosa.

El 3 de noviembre de 1947, la resolución A/110 (II) condena todas las formas de propaganda que constituyan una amenaza a la paz. En 1948, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre libertad de información trabaja en la preparación de una norma sobre el tema, luego recogida en la Declaración Universal, y en una convención internacional sobre el derecho internacional de rectificación, que se adoptará en 1952.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Los desarrollos normativos posteriores permitirán consagrar normas regionales y universales, de carácter convencional, que protegen igual derecho. En este orden de ideas deben considerarse los artículos 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 10 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Avanzando en la ruta de la protección, las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagra el derecho de rectificación o respuesta de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes. Este derecho, cuyo ejercicio no debe ser entendido como una dádiva, encuentra dificultades para cristalizarse como práctica cotidiana en razón de la reticencia de ciertos empresarios de la prensa.

Los esfuerzos y éxitos iniciales en el ámbito universal no logró, sin embargo, avanzar tan rápida ni expeditamente como podía preverse. La ruta de la positivación de las normas y del ejercicio efectivo de la libertad de expresión y del derecho a la información ha encontrado obstáculos de toda naturaleza.

Enunciación Legal

Una lectura de las normas jurídicas internacionales vinculantes para los países de América que consideran ésta cuestión desde la óptica de los derechos humanos, permite afirmar la protección de las libertades de pensamiento y expresión, entendiendo comprendido en ésta última el derecho a la información.

En este sentido, "la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o informada impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Estos derechos de todas las personas reconocen dos límites claros: la prohibición de censura previa y la propagación de la propaganda a favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia".

El especial papel que toca jugar a esta libertad en el contexto social y en el más amplio de la sociedad democrática, se comprueba que el hecho de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales. Se prevén también restricciones legales necesarias para asegurar el respeto de los derechos de terceros, de su reputación y para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas.

Para comprender mejor como se ratifica esta libertad en la Carta Política de 1993 es pertinente remitirse al diario de Debates de dicho Congreso.

Tomada del diario **DEBATE** de la comisión de Constitución del 25 de Enero de 1993.

- La señorita **RELATORA** da lectura:

Art. 2º, inc. 5) Recibir de cualquier oficina estatal, bajo su costo, toda la información que requiera, sin excepción de las relativas a los secretos de estado, las informaciones personales y las que expresamente se excluyen por ley.

- El señor Ferrero Costa.- Señor Presidente, ¿podría leerse el sexto que tiene relación con el quinto?
- El señor presidente.- Señor Chirinos Soto, le podría solicitar que usted dirija esta parte de la sesión, quiero fundamentar ese artículo.
- El Señor Chirinos Soto asume la presidencia.
- El Señor Presidente.- sugeriría que se pueda leer el inciso sexto que va en relación con el quinto, así podrían ser tratados en forma relacionada. ¿Quiere leer la señorita Relatora, el inciso sexto, por favor?
- La señorita relatora da lectura:
- Art. 2º inc. 6) A exigir que los servicios informáticos, públicos o privados, supriman informaciones personales, salvo los casos de seguridad nacional establecidos por ley.
- El señor presidente.- Voy a dar la palabra al señor Torres y Torres Lara, para que fundamente estos dos incisos, que representa novedad absoluta, respecto al texto constitucional vigente y que está contenido en el proyecto de Nueva Mayoría y Cambio 90.
- El señor Torres y Torres Lara.- Efectivamente el proyecto que hemos presentado recoge como se habría visto, prácticamente todos los derechos y tratos establecidos en la Constitución del año 1979, sin embargo conviene

incluir algunos nuevos derechos que nuestra realidad concreta en el Perú estimamos que son fundamentales y que hecho han sido apoyados también por otros sectores políticos durante el proceso electoral.

Nosotros señor presidente vivimos en un país de grandes marginaciones. Este ha sido nuestro problema, un país plural en que diversos sectores económicos, sociales y étnicos y raciales han estado totalmente marginados de la vida política, económica y social.

Nosotros tenemos que terminar con esta marginación y así se han intentado en diversas oportunidades mediante el esfuerzo que han hecho quienes elaboraron nuestros textos constitucionales anteriores. Con buenos propósitos y debidamente correctos pusieron en nuestra constitución todas las normas convenientes con el propósito de eliminar la marginación concediendo iguales derechos para todos.

Pero hoy señor presidente la ciencia y la técnica actual nos enseña que existe un poder fundamental que ha sido resultado sobre todo por los tratadistas contemporáneos, este instrumento se llama la información.

Hoy en día se dice quien tiene la información tiene el poder. La información es fundamental, primero para que se pueda vivir en un país libre, en un país igualitario, pero un país donde la economía sea democrática, vale decir de iguales condiciones para todos.

La información es fundamental para una empresa; se dice por ejemplo que la técnica ahora, la tecnocracia tiene más poder que los propietarios porque poseen la información porque son los técnicos los que entregan la información a quienes van a decidir y quienes van a recibir, toman la decisión en base a la información que se les da.

El Estado es el que debe establecer cuales son las excepciones; entre ellas, aquellas que dañen a los dos de la persona y aquellos que dañen a los secretos del Estado por razones internas o externas. Esto es lo que quiere decir el inciso quinto que hemos propuesto.

5. LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN EL PERÚ

5.1 Leyes específicas de prensa

No hay ley específica sobre prensa.

5.2 Leyes de radio y televisión y el contenido de la información

El 15 de mayo se publicó el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013 – 93- TCC), el cual rige las telecomunicaciones en sus distintas formas moduladas. Este dispositivo legal señala que el desarrollo de las telecomunicaciones deberá regularse dentro del marco de la libre competencia (Art. 2), así como que toda persona tiene derecho a usar y prestar servicios de telecomunicaciones (Art. 3).

Respecto al servicio de Televisión y Cable es considerado dentro de los "servicios de difusión", entendiéndose por éstos aquellos servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos (art. 20). Para la prestación de este servicio se requiere de autorizaciones, permisos y licencias (Art. 22), no siendo necesario su otorgamiento en concesión.

El Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones de 1994 establece en su art. 10 la inviolabilidad de las comunicaciones. La norma dice que se atenta contra la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones, cuando deliberadamente una persona que no es quien cursa la comunicación ni es el destinatario, sustrae, intercepta, interfiere, cambia o altera su texto, desvía su curso, publica, utiliza, trata de conocer o facilitar que el mismo u otra persona, conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación.

Las personas que en razón de su función tengan conocimiento o acceso al contenido de una comunicación cursada a través de los servicios públicos de telecomunicaciones, están obligadas a preservar la inviolabilidad y el secreto de la misma.

Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, están obligados a adoptar las medidas más idóneas para garantizar la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones cursadas a través de tales servicios.

5.3 Status de tratados internacionales en la legislación nacional

La Constitución en su Art. 55 establece: "Los tratados celebrados por el estado y en vigor forman parte del derecho Nacional".

En consecuencia las disposiciones que se relacionan con la prensa y que figuran dentro del texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, aprobados por el Estado, constituyen leyes de la República y son de obligado cumplimiento.

También en lo que respecta a la jurisdicción internacional, la Constitución dispone en el Art. 205: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organizaciones internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".

5.4 Estructura judicial

No existe una estructura especial de tribunales para el juzgamiento de los delitos o infracciones cometidos a través de los medios.

5.5 Colegiación y exigencia de título universitario

En lo que respecta al ejercicio del periodismo y en cuanto a la colegiación como obligación para su ejercicio, prevalece el art. 2 Inc. 4 de la Constitución de 1993 que regula la libertad de expresión y difusión del pensamiento..

La exigencia de título profesional sólo la establece la Ley N° 23.221 denominada "Ley de Colegio de Periodistas del Perú" para los periodistas profesionales que deseen incorporarse a dicho Colegio.

La inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria para los periodistas, ratificada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre la base de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, tiene validez en Perú según lo establece el art. 55 de la Constitución al incorporar todos los tratados de índole internacional celebrados por el Estado.

Como existía la incertidumbre jurídica relativa a la obligatoriedad de la colegiatura en el Perú, el Congreso expidió la ley N° 26937 del 12 de marzo de 1998 para aclarar dicha circunstancia.

La mencionada ley en el Art. 1 establece que: “El inciso 4 del Art. 2 de la Constitución, garantiza la plena vigencia del derecho de libre expresión del pensamiento, con sujeción a las normas constitucionales vigentes”.

El Art. 2 de la misma Ley señala que: “El derecho reconocido según la Constitución, en el artículo precedente, puede ser ejercido libremente por toda persona”. El art. 3 ordena que: “La colegiación para el ejercicio de la profesión de periodistas no es obligatoria”. Por último, el art. 4 prescribe que la colegiatura obligatoria es para los fines y beneficios gremiales inherentes a la profesión.

5.6 Delitos relacionados con el contenido de la información y acciones civiles

El Código Penal, bajo el título Delitos contra el honor legisla sobre los delitos de injuria, calumnia y difamación en los siguientes artículos:

Art. 130: (Injuria) “El que ofende o ultraja a una persona, con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días multa”.

Art. 131: (Calumnia) “El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días multa”.

Art. 132: (Difamación) “El que ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que puedan difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad, o una conducta que pueda perjudicar su honor y reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días multa”.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el art. 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días – multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días – multa”.

Art. 133: (Causas de impunidad) “No se comete injuria ni difamación cuando se trata de:

- Ofensas preferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o Abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.
- Críticas literarias, artísticas o científicas.
- Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones”.

Art. 134: (Exceptio Veritatis) “El autor del delito previsto en el art. 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones, sólo en los casos siguientes:

- Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieren atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
- Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
- Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública, o en defensa propia.
- Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se la halla atribuido.

Art. 135: “No se admite en ningún caso la prueba:

- Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.
- Sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar o un delito de violación de la libertad sexual que requiere acción privada”.

Art. 136: “El acusado de difamación o injuria encubierta o equívoca que rehúsa dar en juicio explicaciones satisfactorias, será considerado como agente de difamación o injuria manifiesta”.

Art. 137: "En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de su altercado, el Juez podrá, según la circunstancias, declarar exenta de pena a las partes o a una de ellas.

No es punible la injuria verbal provocada por ofensas personales".

Otro delito relacionado con la publicación de información es el previsto en Código Penal en el Art. 249 que castiga a quien produjera alarma mediante la propagación de noticias falsas ocasionando retiros masivos de las entidades financieras.

El Código de Procedimiento Penal prevé un proceso breve para los delitos de calumnia, difamación e injuria a través de los medios realizando el juicio dentro del término de ocho días y fallando de fondo dentro de los cinco días siguientes (Art. 314). Por último existe una prohibición contundente de no poder utilizar los medios de comunicación para referirse al proceso en que se hallare involucrado. Si se violare esta prohibición se considerará al inculpado como reiterante y el juez procederá a acumular al proceso otra comisión del delito de honor (art. 317).

5.7 Derecho a la honra, a la intimidad, a la propia imagen

La disposición referente a la honra, la intimidad y la propia imagen se encuentran reguladas tanto en la Constitución, como en el Código Civil y en el Código Penal.

La Constitución regula la honra en el Inc. 7 del art. 2.

El art. 14 del Código Civil dice que la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser de manifiesto sin el consentimiento de la persona.

El Código Penal establece en su art. 154: "El que viola la intimidad de la vida personal y familiar ya se observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días multa cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días multa”.

Art. 156: “El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quién éste le confió será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”.

Art. 157: “El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menos de tres ni mayor de seis años de inhabilitación conforme al art. 36 inc. 1,2 y 4”.

En lo que respecta el derecho a la imagen, el Código Civil lo regula en su art. 15, “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentamiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeña, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos y ceremonia de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atenta contra el honor, el decoro, o la reputación de la persona a quien corresponda”.

Por su parte el art. 16 del Código Civil establece el derecho al secreto de las comunicaciones cuando se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar. La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos, acción para exigir la cesación de los actos lesivos (art. 17).

5.8 Otras restricciones a la información

El Código de Procesamiento Penal mediante su art. 73 prevé el carácter reservado de la fase de la instrucción o investigación preliminar penal. La norma en

comento señala que el juez podrá ordenar que una actuación se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando juzgue que su conocimiento puede entorpecer o dificultar en alguna forma el éxito de la investigación que se lleva a cabo.

El Código de los Niños y Adolescentes sancionado mediante Decreto Ley N° 26102 contempla en su art. 74 la prohibición de publicar a través de un medio de comunicación, la identidad del menor de edad cuando éste sea autor o partícipe o testigo de una infracción. En la misma disposición se contempla una sanción a quien divulgue las informaciones o secretos de las investigaciones relacionadas con los niños y adolescentes.

De conformidad con el art. 191 de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859,, se prohíbe la publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza, sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación durante los (15) días anteriores a la elección. En caso de incumplimiento se sancionará al infractor con una multa que fijará el Jurado Nacional de Elecciones.

5.9 Derecho de la rectificación o respuesta

Mediante el Decreto 26775 de 1997 se reguló sobre el derecho de rectificación. El art. 2 señala que toda persona deberá ejercer el derecho dentro de los treinta días posteriores a la publicación.

La rectificación se hará dentro de los siete días siguientes a la solicitud de la misma (art. 3). Se debe respetar la proporcionalidad prevista por la Constitución (Art. 3). Si el diario a rectificado espontáneamente, no procede la solicitud (art. 4). El diario podrá rechazar la solicitud cuando la misma no guarda relación inmediata con los hechos o las imágenes. También podrá negarse cuando la rectificación contiene una difamación (art. 5). Si el diario no rectifica, se podrá recurrir al Comité de Ética que establezcan los medios (art. 6).

Como dicho derecho se identifica con el de opinión, la Constitución dispone, en su art. 2, que: "No hay delito de opinión" y que toda persona tiene derecho la "libertad de opinión".

En cuanto al derecho de rectificación, en el mismo art. de la Constitución se señala que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

De acuerdo con la Constitución la publicación de la Rectificación es obligatoria, no así de la opinión que queda a discreción de los medios de comunicación social.

Por otro lado, como consecuencia de la de la Reforma Constitucional del hábeas data quedan sin efecto las disposiciones de la ley 26.301 (3 de mayo de 1994) que se refieren al ejercicio de la Acción de Hábeas Data se trate del Derecho de Rectificación.

5.10 Desacato o insulto a funcionarios

Sobre el desacato, el Código Penal establece que:

Art. 374: "El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del estado, la pena será no menor de dos años ni mayor de cuatro años".

Art. 375: "El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichas lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de 20 a 30 jornadas".

También existe la conducta tipificada de ultraje que constituye una forma de libelo sedicioso, y el Código Penal prevé una sanción cuando éste se comete a través de los medios. El art. 344 dispone: "El que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la Patria o la memoria de los Próceres o héroes de nuestra historia consagra, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento días de multa".

5.11 Secreto profesional o protección de fuentes

El derecho del periodista para no divulgar su fuente de información se sustenta en el artículo 2 literal 4 de la Constitución, cuya norma estatuye que toda persona tiene derecho al libre ejercicio de la libertad de información: "Sin previa autorización, ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de la ley".

Mientras tanto, el art. 2, inc. 18, señala que "Toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas o de cualquier otra índole así como a guardar el secreto profesional".

En diciembre de 1994 la Octava sala Penal de Lima reconoció a una periodista el derecho a no divulgar su fuente de información.

La legislación penal establece en su art. 165: "El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con 60 a 120 días multa".

El Código Procesal Civil en el art. 220 señala un principio procesal: "Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto".

5.12 Cláusula de conciencia

No existe ninguna norma al respecto.

5.13 Información pública o acceso a fuentes oficiales

La constitución, en su art. 2, inc. 5, establece que toda persona tiene derecho: "A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional".

Mientras tanto, el inc. 6 dice que toda persona tiene derecho: "A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

Con la reforma a la Constitución se introdujo la figura del hábeas data que según lo expresado por el art. 200, este derecho se podrá ejercer con relación a los derechos contenidos en la Constitución. El primero se refiere a la posibilidad de solicitar información a las autoridades y recibir respuesta de ellas en el plazo legal (art. 2, inc. 5) e impedir que los servicios informáticos suministren o divulguen información relacionada con la intimidad personal y familiar (art. 2 inc. 6).

5.14 Códigos de ética o autorregulación

El código de ética del Colegio de Periodistas del Perú sólo obliga a los periodistas asociados.

Existe el Código de Ética de Radiodifusión Peruana, aprobada el 15 de Julio de 1994. Entre otros aspectos se refiere a:

1. La Radiodifusión privada, radio y televisión, son medios de expresión que se basan en la libertad, dentro de un marco democrático.
2. Normas sustanciales: se consideran normas operativas que debería ser acatadas por todas las radiodifusoras las siguientes:
3. Acuerdo del minuto: establece un minuto de límite para informaciones sobre violencia terrorista.

El art. 27 de la ley de Telecomunicaciones ordena que el Ministerio de Educación y el Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción concierten con los organismos representativos de los medios de radiodifusión, a fin de establecer un código de ética y conducta que permita difundir una programación que mantenga los principios formativos que brinden relieve a la dignidad humana.

5.15 Derechos de autor

La Constitución especifica en su art. 2, inc. 8, que toda persona tiene derecho "a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto".

El Decreto Legislativo 822 de 1996 que aprueba la Ley de Derechos de Autor señala en el art. 45: "Es lícita también, sin autorización, siempre que se indique el nombre del autor y la fuente, y que la reproducción o divulgación no haya sido objeto de reserva expresa:

- a) La difusión, con ocasión de las informaciones relativas acontecimientos de actualidad por medios sonoros o audiovisuales, de imágenes o sonidos de las obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información.
- b) La difusión por la prensa o la transmisión por cualquier medio, a título de información de actualidad, de los discursos, disertaciones, alocuciones, sermones y otras obras de carácter similar pronunciadas en público, y los discursos pronunciados durante actuaciones judiciales, en la medida en que la justifiquen los fines de información que se persiguen, y sin el perjuicio del derecho que conservan los autores de las obras difundidas para publicarlas individualmente o en forma de colección.
- c) La emisión por radio difusión o la transmisión por cable o cualquier otro medio, conocido o por conocerse, de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público”.

Art. 460: “Es lícito que un organismo de radiodifusión, sin la autorización del autor y pago de una remuneración adicional, realice grabaciones efímeras con sus propios equipos y para la utilización para una sola vez, en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan de derecho de radiodifundir”.

Art. 470: “Es lícito, sin autorización del autor ni pago de remuneración adicional, la realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones”.

Art. 86: “salvo pacto en contrario, para el uso de artículos en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social, otorgada por un autor sin relación de dependencia con la empresa periodística, solo confiere al editor o propietario de la publicación el derecho de insertarlo por una vez, quedando a salvo los demás derechos patrimoniales del cedente al licenciante.

Si se trata de un autor contratado bajo relación laboral, no podrá reservarse el derecho de reproducción del artículo periodístico que se presumirá cedido a la empresa o medio de comunicación. Sin embargo, el autor conserva sus derechos respecto a la edición independiente de sus producciones en forma de colección”.

El Código Penal establece en su art. 216: "El que copia, reproduce, exhibe o difunde al público, en todo o parte por impresión, videograma, fijación u otro medio una obra o producción literaria, artística, científica o técnica sin la autorización escrita del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años".

Art. 217: dispone "La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años cuando:

- La copia, reproducción, exhibición, emisión. Difusión o utilización de la obra o producción intelectual se hace con fines de comercialización.
- La copia, reproducción, exhibición, emisión, difusión o utilización de la obra o producción intelectual se hace suprimiendo o alterando el nombre o seudónimo del autor o productor o titular de los derechos, en su caso, nombre, denominación, sello o distintivo de autenticidad de la obra o producción intelectual".

5.16 Regulación sobre propiedad y registros de publicaciones

El texto único de Procedimientos Administrativos regula bajo el subtítulo "Registro de Publicaciones Periódicas".

En este rubro se establece en su art. 1, que: "Los impresores de libros y folletos están obligados a remitir a la Biblioteca Nacional 6 ejemplares que son distribuidos de la siguiente forma: tres para la Biblioteca Nacional, uno para la Biblioteca Municipal del lugar donde se imprimieron, uno para la Biblioteca del Senado de la República y uno para la Biblioteca de la Cámara de Diputados Congreso Constituyente Democrático.

5.17 Regulación sobre propiedad extranjera de empresas periodísticas

La Constitución en su art. 71 que: "En cuanto a la propiedad, los extranjeros sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno puedan invocar excepción ni protección democrática".

El Decreto 702 de 1991 que exigía (art. 23) la nacionalidad peruana para prestar los servicios de telecomunicaciones fue modificado por la Ley de Telecomunicaciones de 1993 al no incluirse dicha obligación. Sin embargo, debido a

la expropiación en 1997 de un canal de televisión de un propietario extranjero, no parece clara la anterior conclusión.

5.18 Regulación antimonopólica en empresas periodísticas

El art. 61 de la Constitución establece: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley, ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación, no puede ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamientos directa ni indirectamente, por parte del estado ni de particulares".

El Decreto 701, de 1991, que regula lo concerniente a la eliminación de las prácticas monopolísticas establece en el art. 1: "La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores".

Aunque la norma mencionada no alude directamente a la prensa escrita, ésta establece que se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. (art.2).

La ley de telecomunicaciones en sus artículos 2, 11 y 14 exige que se realice la actividad de radio y televisión en condiciones de libre competencia.

5.19 Restricciones a la publicidad

La Constitución en el art. 65 señala: "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Así mismo vela, en particular, por la salud y seguridad de la población".

El Decreto Legislativo 716, de 1991, sobre protección al consumidor dispone en el art. 15 que los proveedores están obligados a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios.

El Decreto 691 de 1991 dispone que los anuncios deben respetar las leyes (art. 3); no deben contener informaciones ni imágenes que puedan inducir a error al consumidor (art. 4); podrán hacerse comparaciones siempre que no sean denigrantes (art. 8); los anuncios de fuertes bebidas alcohólicas deberán estar dirigidas a adultos (art. 9); los anuncios no deben inducir a los menores a conclusiones equívocas por la fantasía (art. 10); y los anuncios de cigarrillos deben tener la alusión que fumar es dañino para la salud (art. 12).

El Código Penal sanciona las conductas que mediante la publicidad hacen inducir a los consumidores en error acerca de las calidades de los bienes y servicios (art. 238). Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento.

5.20 Regulaciones sobre distribución de diarios, libros revistas e impresos

No existe norma específica al respecto.

En cuanto a los distribuidores de los diarios se aplica lo referente a los contratos "atípicos", de forma supletoria, contenido en las normas del Código Civil, art.1790 y siguientes, pertinentes al mandato, así como también los artículos 237 y siguientes del Código de Comercio referidos a la comisión mercantil.

Sobre los voceadores, la ley 10.674 del 5 de Octubre de 1946, estableció como función del estado la protección y asistencia de los expendedores de diarios y revistas. Dicha norma dispone en su art. 80: "Queda prohibida la injerencia de intermediarios entre las empresas editoras y sociedades de beneficencia y los expendedores de periódicos y loterías". No están comprendidos en esta disposición los agentes directos de periódicos y loterías que "se editen o procedan al lugar distinto al de su expedio".



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

Se establece la obligación para las empresas periodísticas con sede en Lima, que editen diarios de la mañana, de proporcionar a sus expendedores callejeros un servicio diario de desayuno, mientras que aquellos que editen diarios vespertinos les proporcionarán diariamente un servicio de té.

5.21 Proyectos de ley que afectarán a la empresa

No existe en la actualidad un proyecto de ley que afecte a la prensa.



TITULO VII

EL DATO: PROTECCIÓN JURÍDICA

1. INTRODUCCION

En el ámbito jurídico, el fenómeno informático produjo la aparición de dos nuevas disciplinas: la Informática jurídica y el Derecho Informático.

La informática ha determinado influyendo en casi todas las disciplinas jurídicas, como el Derecho Internacional Público, en cuanto a la transmisión de datos trasfronteras, el Derecho Internacional Privado, en razón de la distinta nacionalidad de las partes en las relaciones contractuales, de la ley y jurisdicción diferentes por la naturaleza internacional del producto informático; el Derecho Constitucional, en lo relativo a privacidad y protección de datos personales; el Derecho Administrativo, para la regulación de las contrataciones de bienes y servicios informáticos de las administraciones públicas y la transferencia electrónica de fondos; el Derecho Penal, cuando se da la violación de secretos, o la comisión de fraudes o hurtos mediante el instrumento informático; el Derecho de Trabajo, para las modalidades de sus contratos laborales y lo relativo a enfermedades profesionales; el Derecho Civil y el Derecho Comercial, en la contratación de prestaciones informáticas, bases de datos, contratos de suministros tecnológicos; el Derecho Industrial, que reclama la existencia de un instrumento jurídico específico del software, y el Derecho Procesal, en lo relativo al valor probatorio de los registros informáticos.

A esta lista el propio Cocca le agrega: el Derecho Financiero, el Monetario y el Bancario, el Derecho del Autor, el Derecho Fiscal, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho Agrario y el Derecho Minero, etc.

2. EL DATO.

Etimología y concepto.

La palabra dato viene del latín datum, y significa "antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho"⁵⁷.

Datum significa, en su sentido más clásico, "lo que se da", "don, regalo, dádiva". Datum es pues, "dado", participio del verbo dar⁵⁸.

A reglón seguido cita un concepto de Molina de Quiroga: el dato es una mínima unidad de información, que puede consistir en un punto, en una frase, en un número, en una cifra, en un artículo de u. código, en una nota musical, en una imagen, etc.

Rodolfo Daniel Uicich⁵⁹ diferencia el dato de la información, ya que según entiende, "el dato es tan sólo el impulso electrónico que queda grabado en un programa o sistema y que puede ser recuperado, es decir, vuelto a la pantalla siguiendo un determinado procedimiento".

Vale decir, entonces, apunta Gaibrois, que para "la teoría del sistema informático el dato, de suyo, conserva un concepto neutro, porque carece de un significado especial si no está referido a un contexto predeterminado; y, por el contrario, la información conlleva además del mismo dato en sí un contenido de utilidad intrínseca que la caracteriza de por sí como tal".

3. DEFINICIÓN DE DATO.

Es la información amplia o concreta que permite una deducción o crecimiento exacto de una determinada persona. El dato personal, confidencial (en apariencia) vive cercado, tasado, vigilado, sentenciado a reducir su ámbito de origen, familiar, económico, gustos y preferencias, a un mero dígito.

En opinión del Profesor Dr. Miguel Ángel Davara, el dato es la noticia cierta sobre un hecho y la información es el dato adecuado a un fin determinado.

⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española, Ed. Cantábrica, Bilbao, España, 1982, t. I, pág. 267.

⁵⁸ Diccionario Latino Español de Dn Manuel de Valbuena, Ed. Librería de Rosa y Bouret, París, 1860, pág. 248.

⁵⁹ Uicich, Rodolfo Daniel: Los bancos de datos y el derecho a la intimidad, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, págs. 45 y 47

El problema surge cuando el dato se encuentra asociado a una persona. Entonces se convierte en necesaria la denominada protección de los datos de carácter personal, pero lo que realmente figura como objeto de la protección es el sujeto titular de esos datos. Sólo el afectado o interesado tiene derecho a decidir cuándo, dónde, cómo y quién trata sus datos, como referimos a la autodeterminación informativa.

4. DATOS SENSIBLES.

Por datos sensibles entendemos la información más reservada, particular o propia de los datos privados.

Por su importancia, los datos sensibles son considerados en forma independiente.

Definición: Son aquellos que incluyen información sobre: origen racial, origen étnico, vida sexual, opiniones políticas, religiosas, filosóficas, etc.

Pertenencias a gremios, asociaciones, sindicatos, etc.

4.1. EL DAÑO MORAL Y/O PATRIMONIAL

Daño moral: Es el que produce menoscabo psíquico y/o físico permanente o temporal.

Lucro cesante: daño patrimonial que consiste en lo que se deja de percibir por los gastos realizados a consecuencia de un accidente causado por un tercero.

5. REGISTRO DE DATOS.

Los términos: registro, base, archivo o bancos de datos pueden ser utilizados indistintamente.

Ante la necesidad de adoptar aquí una clasificación comprensiva de los archivos existentes, siguiendo a Enrique Falcón⁶⁰, podemos clasificarlos de la siguiente manera:

⁶⁰ Falcón, Enrique. Hábeas Data. Concepto y procedimiento, 1ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, pág. 28.

- 1) Registros personales (del estado civil, de trabajo, escolares y estudiantiles, bancarios, de mandatos, testamentos, reincidencia, policiales, militares, etc.);
- 2) Registros comerciales, que pueden ser societarios (de sociedades y asociaciones, acciones y balances, etc.) o de comerciantes (como el Registro Público de Comercio);
- 3) Registros impositivos (sobre las actividades y bienes de las personas individuales, colectivas o patrimonios indivisos);
- 4) Registros de propiedad (inmuebles; muebles registrables; buques; intelectual de marca; etc.);
- 5) Registros políticos (padrones, fichas de los partidos, etc.);
- 6) Registros sanitarios (de antecedentes y fichas médicas, historias clínicas, etc.);
- 7) Registros de información y de simple registración (según qué datos sean para su libre conocimiento; por ej., cuando se quieren dar los datos de un producto, o cuando simplemente están para el cumplimiento de determinadas funciones y reservados a ciertas áreas);
- 8) Registros públicos, registros semipúblicos, registros privados, registros secretos.

6. LAS BASES DE DATOS.

¿Qué es un dato? La pregunta constituye el punto de partida para reconocer la preocupación constitucional y la pretensión objetiva que trae la garantía creada.

El dato es una referencia. Puede ser descriptivo, indicador, dar una pauta, pero no se vincula a la información mientras el conocimiento no se transmita. Lo mismo sucede con las noticias o las investigaciones.

Afirma Puccinelli que el vocablo "dato" se refiere a un elemento circunscripto y aislado (vgr.: nombre o nacionalidad), que no alcanza a tener el carácter de información, pues para que se transforme en ella se requiere la interconexión de esos datos de manera que, vinculados, se conviertan en una referencia concreta (vgr.: nombre y nacionalidad)

La misma voz (dato) es anfibiológica: define varias cosas y mantiene incertidumbre. Por lo general muestra una característica parcial que se utiliza como indicio o fuente.



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

El dato tiene referencia en algo o en alguien, igual que la información. Sin embargo difieren.

Algunos entienden “datos” a la presentación de hechos, conceptos o instrucciones bajo una forma adaptada a la comunicación, a la interpretación o al tratamiento por seres humanos o máquinas, y por “informaciones” al significado que toman los datos de acuerdo con convenciones vinculadas a estos datos. Asimismo se interpreta por “sistemas de información” los ordenadores, instalaciones de comunicación y redes de ordenadores y de comunicación, así como los datos e informaciones que permiten conservar, tratar, extraer o transmitir, incluidos los programas, especificaciones y procedimientos destinados a su funcionamiento, utilización y mantenimiento.

Los datos de alguien son personales y tienen derecho a la reserva y confidencialidad o a la cobertura mayor de la libertad de intimidad. Por su parte, el derecho de la información es una garantía de las sociedades libres y democráticas, lo cual supone no poner trabas a sus mecanismos de expresión y difusión.

Entre ellos impacta el fenómeno informático que toma los datos como fuentes de información para darles un uso determinado. El ejercicio dinámico del registro para actividades diferentes (vgr.: comercio electrónico –e-commerce-), la transferencia de datos por medios de comunicación que no reconoce fronteras, la comunicación a través de redes, etc., muestra sin dificultades de qué manera la sociedad convierte en públicas las acciones privadas y, por ello mismo, la necesidad de encontrar un límite natural a esta invasión impensada en la intimidad de las personas.

Hay que diferenciar estos tres conceptos –dice Davara Rodríguez- que, aunque es evidente que tratan distintas cuestiones, tienen una incidencia grande en el momento de analizar cualquier normativa sobre protección de datos. Si entendemos por dato el antecedente o noticia cierta que sirve de punto de partida para la investigación de la verdad y aceptamos que ese dato se encuentra en un documento o soporte –físico o lógico- con la calidad de testimonio, debemos distinguirlo de información, entendiendo por tal la acción de informar o dar la noticia de alguna cosa.

El dato es difícil que, por sí solo, pueda tener una incidencia grande o grave en la llamada privacidad. Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuestas o no oriente la posible solución a un problema, en el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el

momento que ese mismo da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución de un problema, se ha convertido en información. En este sentido se expresa el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley española de protección de datos, indicando que "... el conocimiento ordenado de esos datos (los de carácter personal) puede dibujar un determinado perfil de la persona, o configurar una determinada reputación o fama que es, en definitiva, expresión del honor, y este perfil, sin duda, puede resultar luego valorado, favorable o desfavorablemente, para las más diversas actividades públicas o privadas, como puede ser la obtención de un empleo, la concesión de un préstamo o la admisión en determinados colectivos".

La breve descripción de relaciones entre información, dato y uso informático revela de alguna manera cuál es la actividad que se piensa establecer para los jueces. La idea sugiere interpretar que el hábeas data tiende a dejar en manos del juez la información referida a una persona contenida en un soporte convencional o mecánico (base o banco de datos), para que pueda ordenar sobre su uso y destino.

En síntesis: que el juez tenga los registros, o los datos, significa Hábeas Data, esto es una protección de información sobre una persona que desea mantener reserva sobre ellas.

La función tuitiva abarca el control sobre las bases de datos (cumplimiento de principios mínimos para su constitución y funcionamiento), la estimación acerca de cuándo un dato debe ser protegido en el sentido de las acciones que el Hábeas Data recibe (acceso a los archivos, confidencialidad del dato o rectificación o supresión del mismo), la tarea de supervisar, a pedido de parte interesada, la forma de cómo se recolectan los datos y el tratamiento que a ellos se asigna, donde aparecen otras manifestaciones como la cesión y las responsabilidades emergentes.

7. LA INFORMACIÓN Y LOS ARCHIVOS

En la evolución de la figura se verifica un cambio importante que proviene del desarrollo tecnológico y de las ciencias de la información.

Pérez Luño dice que en otros períodos históricos el proceso de la ciencia y de la técnica venía entendido, las más de las veces, como aportación al desarrollo de la



humanidad en términos cuantitativos y, por ello independiente respecto a los valores. Por el contrario, el signo distintivo de nuestra época es que en ella el progreso tecnológico se halla enescindiblemente ligado a elecciones o valoraciones éticas y políticas. Ello obliga a someter cada innovación tecnológica al correspondiente technology assesment, esto es, a una tasación crítica de sus consecuencias. A esta exigencia son especialmente sensibles las sociedades más desarrolladas. En ellas se teme el coste que, para el disfrute de los derechos fundamentales, puedan representar determinados progresos tecnológicos, e, incluso se ha llegado a aludir, en algunos sectores de la teoría social anglosajona, al peligro de una contaminación de las libertades en el seno de las sociedades tecnológicamente avanzadas.

El derecho a la intimidad está ahora acosado por la transformación y el progreso de las herramientas técnicas. Inclusive, la información sobre las personas constituye un dato relevante y revelador de las fuentes de conocimiento sobre el desarrollo de la sociedad.

La posibilidad de aislamiento, otrora posible, está afectada por la intromisión permanente de los medios en el hogar, los que son inevitables y paradójicamente impredecibles.

El dilema no es la perturbación en sí misma, tampoco la invasión en el reducto privado del ambiente familiar. El problema es cuando se obtiene un dato y se lo asocia a otro comienza a elaborarse un perfil de la persona, o del grupo al que pertenece, o también, interesando la sociedad donde está inserto. En definitiva, se ha producido un tratamiento (procesamiento) de los datos que posteriormente se recopilan, se compendian y archivan para darles un destino del cual esas personas quizás jamás tengan conocimiento.

Es cierto –recuerda Estadella Yuste- que antes de la era del ordenador ya se utilizaron archivos manuales con información personal, los cuales fueron usados por ciertas autoridades nacionales para repetidos intentos de aniquilación, de un sector de la sociedad, por ejemplo, en Alemania por Hitler. Por ésta razón, la automatización de ficheros de datos personales es vista, muy a menudo, con cierto recelo.

El avance tecnológico le permite al hombre común que disponga de interés para conseguirlo la posibilidad de tomar fotografías desde puntos tan lejanos que serían imposibles de captar desde el objetivo; se pueden escuchar conversaciones a



distancia; se testimonian hechos por la reconstrucción computarizada, y, entre tantas más, se levantan datos y registros de personas con la finalidad de formar archivos que dan las características generales de la sociedad donde se vive.

Muchas veces estas actividades no tienen el consentimiento o el sometimiento voluntario de las personas a quienes afecta. Aparece así la manipulación y la introducción de la técnica en la vida íntima de los hombres, agrediendo, en consecuencia, la esfera de sus libertades individuales.

Algunos afirman que es recién en los años sesenta del siglo XX cuando se hizo real la amenaza que la intimidad personal sufría por las nuevas tecnologías, comenzando un proceso de legislación internacional, regional y local que sigue hasta nuestros días.

Los derechos humanos han sido objeto, a lo largo de la historia, una serie de mutaciones que les permiten ser clasificados por generaciones. Tal como Pérez Luño ha puesto de manifiesto, la primera generación correspondería a los derechos humanos considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, es decir, los que exigen la no injerencia de los poderes públicos en el ámbito privado; la segunda generación corresponde a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales requieren una política activa de los poderes públicos para garantizar tales derechos, y en la tercera generación se encontrarían los derechos humanos que complementan las libertades individuales y los derechos sociales, es decir son los que presentan como una respuesta al fenómeno de la contaminación de las libertades; dentro de esta categoría se destacarían el derecho a la libertad informática o protección de datos, derechos de los consumidores, etc.

El desarrollo normativo, no obstante, ha debido equilibrar la importancia que tiene la acumulación informativa a los fines de la organización política (por ej., planificación estratégica, política fiscal, economía social, estadística, etc.) con la protección del hombre en su derecho a la privacidad, que constituye, por estos tiempos, un avance moderno de la libertad de intimidad.

8. REGLAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ARCHIVO

La distinción entre archivos públicos y privados, antes de una razón metodológica, es una necesidad que surge del control efectivo que sobre ellos se puede concretar. Mientras los primeros responden al principio del acceso sin interferencias y de la transmisión de datos con libertad, el segundo tiene mayores dificultades para la fiscalización en cualquiera de sus etapas (creación, tratamiento y cesión de la información compilada), circunstancias que motivan el establecimiento de reglas comunes pensadas en dos cuestiones esenciales:

- a) Los derechos de las personas, y
- b) Las obligaciones del archivo.

La exposición de motivos de la LORTAD (actualmente derogada, pero vigente en lo que respecta a este comentario) dice "... Con la pretensión de evitar una perniciosa burocratización, la ley a deshechado el establecimiento de supuestos como la autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro. Simultáneamente, ha establecido regímenes diferenciados para los ficheros en razón de la titularidad, toda vez que en toda evidencia, resulta más problemático el control sobre la titularidad privada que el de aquellos de titularidad pública. En efecto, en lo relativo a estos últimos, no basta la mera voluntad del responsable del fichero sino que es precisa norma habilitante, naturalmente pública y sometida al control jurisdiccional, para crearlos y explotarlos, siendo en estos supuestos el informe previo del órgano de tutela el cauce idóneo para controlar la adecuación de la explotación a las exigencias legales y recomendar, en su caso, las medidas pendientes".

8.1 Los derechos de las personas se sientan en los siguientes principios:

- a) Toda persona física debe prestar consentimiento expreso para que sus datos personales sean incorporados a un banco de datos. No existe voluntad presunta.
- b) Toda persona que se considere afectada por el almacenamiento de sus datos tiene derecho a saber las razones por las cuales ellos fueron registrados.
- c) Se debe asegurar el derecho de acceder a los bancos de datos como una proyección del derecho a la información y en salvaguarda del derecho de la privacidad, para que sea el mismo afectado quien resuelva sobre el destino de sus datos personales

- d) En tal sentido, y como consecuencia del principio anterior, se debe asegurar el control sobre el archivo con el fin de mantener la exactitud de los datos, o en su caso, requerir la actualización o corrección de la información errónea o desactualizada.
- e) Toda persona tiene derecho de exigir restricción para transmitir sus datos personales
- f) Toda persona puede solicitar, como derecho al secreto, que sus datos más íntimos se reserven y mantengan en la confidencialidad del archivo, o en su caso, exigir la supresión.
- g) El afectado podrá solicitar una reparación pecuniaria cuando los datos personales que se registraron sin consentimiento, y se transmitan a terceros, le cause un perjuicio cierto.

8.2 Los archivos, por su parte, deben cumplir con las siguientes obligaciones:

- a) La acumulación de datos personales debe estar autorizada por la persona concernida y limitada a los que sean congruentes con el fin para el que el archivo fue creado.
- b) La pertinencia de los datos personales responde al principio de *unicidad*, por el cual se establece la buena fe en la recolección y el destino adecuado a la finalidad del banco de datos.
- c) No se podrán archivar ni registrar datos que no sean proporcionados por la parte y afecten su derecho a la intimidad (datos sensibles).
- d) La calidad de registro supone la obligación de mantener actualizada la base de datos, y de expurgar la información que haya caducado (supresión de oficio del dato, o derecho al olvido).
- e) Es deber del titular del registro mantener la confidencialidad y secreto de la información que almacena, debiendo cederla únicamente en los supuestos expresamente autorizados por la ley o el particular afectado.
- f) Toda base de datos debe ser segura y secreta, debiendo el titular proteger la información, evitando por los medios que fueran toda invasión o penetración ilegítima.

Según Puccinelli, las primeras normas europeas sobre datos personales contienen diez principios comunes, los cuales fueron calcados por otras Constituciones, al regular el Hábeas data:

- 1) El de justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables.
- 2) El de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección.
- 3) El de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales.
- 4) El de especificación del propósito o la finalidad, para que los datos no sean usados con fines diferentes.
- 5) El de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal.
- 6) El de salvaguarda de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o accesos no autorizados.
- 7) El de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fine, usos y métodos de operación de los registros de datos personales.
- 8) El de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos.
- 9) El de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación.
- 10) El de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos.

9. PROTECCIÓN DE DATOS

El problema ha sido encarado a través de leyes que protegen los datos referentes a la persona y, en algunos países, se ha logrado incorporarlos con rango constitucional, como los casos de Brasil, Colombia, Paraguay y el Perú.

Según la mayoría de especialistas, para una regulación eficaz debería contarse con los siguientes elementos:

- a) Una ley básica que contenga principios generales.
- b) Normas específicas destinadas a regular los conflictos que se plantean en determinados sectores.

- c) Un órgano independiente con funciones de supervisión.
- d) Sistema de intervención del Poder Judicial.

Se debe tener en consideración que existen una serie de intereses que deben ser protegidos:

a. Intereses en la confidencialidad.

Las personas tienen derecho a exigir que determinada información no sea revelada, evidentemente, con especial interés respecto de las informaciones denominadas sensibles. Este derecho no puede tener un sentido absoluto por lo que deberá determinarse en qué, circunstancias no será amparable la oposición del interesado.

b. Interés en que los datos sean completos y actualizados.

Existen una serie de dependencias que pueden no tener al día los datos relativos a una persona, por el mismo hecho de que el ser humano es libre y por ello cambia, de tal suerte que no puede manejarse una información que no está actualizada que puede estar distorsionando la identidad de la persona.

c. Interés de estar informado acerca de lo que se pretende hacer con los datos.

Los datos forman parte de la identidad personal, de tal suerte que es menester que la persona esté informada respecto a la cual será el uso que se dará a dicha información.

d. Interés en contar con la administración eficiente.

Indudablemente que resulta de especial interés para la persona que los datos sean administrados con eficiencia, significando ello un gran sentido de responsabilidad en el manejo, en el acopio, y en el uso en general que se dará a las informaciones contenidas.

e. Interés en que los datos no sean utilizados de manera ilícita.

Las computadoras permiten un acopio y sistematización de la información que pueden provocar gravísimos daños eventuales y permanentes, si es que los datos van a ser usados ilícitamente. Aquí encontramos el interés primario para regular el poder de la informática frente al ser humano.

10. PRINCIPIOS BÁSICOS DE PROTECCIÓN DE DATOS

En los últimos quince años se sancionaron leyes en distintos países, basados en los eventos internacionales que se realizaron y en las experiencias acumuladas. (“HILDA BATTO”), en un análisis comparativo de las diversas legislaciones resumió los siguientes principios que las estructuran y que pueden servir de pauta para futuras legislaciones.

- a) **Principio de la justificación social.** La recolección de datos deberá tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables. El art. 1º de la ley francesa señala: “La informática deberá estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo deberá tener lugar dentro del marco de cooperación internacional. No deberá atentar a la dignidad humana ni a los derechos del hombre ni a la vida privada ni a las libertades individuales o públicas”. Este artículo se explica por sí solo, y traduce el principio en comentario que permite el uso equilibrado y razonable de la informática en razón a los intereses del propio ser humano, nunca en contra de él.
- b) **Principio de limitación de la recolección.** Existe una serie de datos cuya recolección debe prohibirse, salvo excepciones justificadas, como por ejemplo datos referentes a la raza, religión, salud, costumbres sexuales, opiniones políticas, uso de estupefacientes, etc.

Fuera de estos datos sensibles, la recolección de otros datos debe ser con autorización, conocimiento y consentimiento del interesado y deberá limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido con la recolección de cualquier tipo de datos personales.

- c) **Principio de la calidad o fidelidad de la información.** Conforme a este principio los datos recolectados deben ser verdaderos, de tal suerte que no produzcan una falsa imagen de la persona. Por ello es que las legislaciones deben permitir el acceso para una verificación, pudiendo rectificarse, anularse o actualizarse cualquier dato que no corresponda a la realidad.
- d) **Principio de la especificación del propósito o la finalidad.** Al recolectarse los datos debe especificarse la razón o finalidad de aquélla, no pudiendo usarse los datos para fines distintos para los cuales se señaló como razón para la recolección.

- e) **Principio de la confidencialidad.** El acceso a la información por parte de terceros sólo será posible si lo consiente el propio sujeto de la información o por mandato judicial. Indudablemente puede distinguirse cuando los datos se proporcionen sin especificar ni identificar al sujeto, y ello puede ocurrir cuando se realiza un estudio de carácter estadístico, en cuyo caso no acarreará sanción alguna.
- f) **Principio de salvaguardia de seguridad.** A través de este principio se establece la obligación, por parte del responsable del registro, de adoptar las seguridades adecuadas para proteger la información contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado. Inclusive puede disponerse la posibilidad de destruir la información en circunstancias especiales, como en los casos de guerra, por ejemplo.
- g) **Principio de la política de apertura.** Se garantiza a través de este principio la transparencia de la acción de la administración pública o privada respecto de los procedimientos y prácticas concernientes al procesamiento de datos personales. Por ello debe de ser de conocimiento público la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales.
- h) **Principio de la limitación en el tiempo.** Los datos deben conservarse sólo hasta el cumplimiento de la finalidad para lo cual fueron recolectados. Cumplida la finalidad, la información debe ser cancelada, salvo casos excepcionales.
- i) **Principio de control.** Se debe prever un organismo de control, responsable que la efectividad de los principios enunciados. Tanto la ley danesa, como la ley francesa preveen organismos especiales. La primera crea una inspección de Registros, y la segunda la Comisión Nacional de la Informática y las libertades.
- j) **Principio de la participación individual.** Consagra el derecho de acceso de las personas al registro de datos, donde se hayan recolectado datos sobre su vida personal o familiar.



Este derecho de acceso comprende el derecho a:

- Obtener información de la entidad responsable de los datos acerca de la existencia de datos que te conciernan.
- Ser informado dentro de un tiempo razonable y de manera comprensible.
- Oponerse a cualquier dato que le concierna y a que esa oposición quede registrada.
- Obtener que los datos relativos a su persona, en caso de prosperar su oposición, sean suprimidos, rectificados o completados.
- Ser informado de las razones por las cuales se deniega su derecho de acceso o éste no se le conceda en lugar, tiempo y forma razonables; y oponerse a toda negativa a darles las razones mencionada precedentemente.

11. BANCO DE DATOS Y VIDA PRIVADA

La información se ha incrementado a tales niveles y es tanta su importancia que, a través de la informática, se ha ido desarrollando una industria de la información es una mercancía y, por un precio, se puede tener acceso a los bancos con los más diferentes contenidos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Esta nueva industria paradigmática para algunos de la era de la información pone en movimiento diversos protagonistas: los productores de bases de datos: instituciones científicas, universitarias, profesionales o empresas que estructuran y actualizan datos concernientes a su área de actuación; los distribuidores: empresas que disponen de gran capacidad de computo orientada, a la prestación de servicios de consulta, los operadores de redes de transmisión, sean telefónicas o redes especiales de transmisión de datos, etc.

Indudablemente ello ha originado una serie de problemas de orden jurídico, por un lado, lo relativo a los derechos de los productores, por otro, el derecho de los autores; pero además, el derecho que tiene toda persona cuyos datos relativos a su

vida, especialmente aquellos denominados “sensibles” aparecen registrados en estos bancos que están al alcance de cualquier persona o entidad pública o privada, nacional o internacional.

12. FLUJO DE DATOS Y LA VIDA PRIVADA

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, consagró en el artículo 19 la libertad de opinión, de expresión y la libertad de información. En dicho artículo se estableció, no solo la posibilidad de ejercer estas libertades a través de cualquier medio de transmisión de información, sino que se precisó que no existía limitación de fronteras.

Bajo este concepto se ha desarrollado el nuevo derecho a la transmisión internacional de datos, lo que ha revolucionado el campo de la información, pues esta transmisión internacional opera a través de las redes de datos de las computadoras. Este hecho a motivado, a su vez, preocupación a tal punto de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2450 del 19 de diciembre de 1968, “invita al Secretario General a realizar, con la ayuda del Comité Consultivo sobre la Aplicación de la Ciencia y de la Técnica al desarrollo, y en cooperación con los jefes de los secretarios de las instituciones especializadas competentes, el estudio de los problemas planteados desde el punto de vista de los derechos del hombre por los logros de la ciencia y de la tecnología”.

La preocupación por las Naciones Unidas por el tema demuestra la importancia del mismo y la urgencia de adoptar acuerdos internacionales y fija reglas para la transmisión de los datos que hoy la ciencia y la tecnología permite una libre difusión, poniendo en peligro la vida privada de las personas y la soberanía de las naciones.

Sin perjuicio de las diferencias ostensibles que existen entre las naciones, respecto de su desarrollo científico y tecnológico que las colocan en una situación de desigualdad, convirtiendo a unas naciones en transmisoras, otras en meras receptoras, y otras que no pueden estar en ninguna de las dos situaciones es preciso trabajar en aras de una democratización internacional en la transmisión de datos, estableciendo como limitación el respeto de la dignidad del ser humano y

específicamente a su vida privada, y la preservación del orden social y económico de las naciones.

13. PROTECCIÓN A LOS DATOS ÍNTIMOS

Un dato íntimo es vinculable cuando favorece en su entrecruzamiento el conocimiento de aspectos que moldean a la personalidad humana completa: imagen, honor, cuerpo, identidad, intimidad, patrimonio, etc.⁶¹

No es fácil determinar una definición unívoca de la expresión “protección de datos”, pero podemos entender que abarca el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

El tratamiento automatizado de datos de carácter personal se estructura en tres fases: 1) la recogida, 2) el tratamiento posterior y 3) la utilización y, en su caso implica, la comunicación o cesión.

La protección de datos surge de la necesidad de armonizar dos realidades: la utilización de sistemas de información para hacer posible el tratamiento masivo de datos y el derecho fundamental del individuo a tomar la decisión última sobre sus propios datos. Una vez más queda patente la necesidad de la aplicación de las nuevas tecnologías para el desarrollo de la sociedad actual, pero el precio a pagar es la potencial agresividad de la informática frente a la debilidad del individuo.

Consecuentemente, el derecho debe intervenir cuando se trata de garantizar la protección de un bien jurídico en peligro. La autodeterminación informativa es una realidad paralela pero distinta a la intimidad. En los ordenamientos anglosajones se hacía referencia al término *privacy*, nosotros hablamos de privacidad al referirnos a datos de una persona que, individualmente, no tienen mayor trascendencia pero que, al unirlos con otros, pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna,

⁶¹ Información dada por Samuel Lanet 2001.



en su "ámbito de privacidad", en palabras del Profesor Davara. En 1967 se constituyó una comisión en el Consejo de Europa que estudió las tecnologías de la información y sus efectos sobre los derechos fundamentales para llegar finalmente a la Resolución 68/509/CE de la Asamblea del Consejo de Europa.

14. LA PRIVACIDAD DE LOS DATOS

La evolución tecnológica produjo una intromisión impensada en la intimidad de las personas, y sobre todo demostró que la defensa tradicional de los derechos individuales era absolutamente insuficiente.

Se ha dicho que la utilización de nuevas tecnologías y la entrada de nuevos intervinientes exigen esfuerzos continuamente renovados para consultar y educar, tanto al ciudadano particular acerca de los derechos que le asisten, como a los sectores público y privado acerca de las obligaciones que tienen de tratar la información personal de manera responsable y lícita. Aquí las autoridades de control de todo el mundo para la protección de datos y la intimidad tienen un papel clave y una gran responsabilidad (Brüehann).

Primero fueron las Convenciones Internacionales las que advirtieron la penetración del fuero íntimo mediante la técnica de recolección de datos para su posterior transmisión con objetivos diversos, o simplemente con fines de archivo estadístico o informativo.

El concepto de intimidad, como amplió asimismo la idea acostumbrada para resolver las invasiones ilegítimas en el reducto de lo personal. Se habló de un campo propicio para una libertad nueva: la informática y el uso responsable del dato.

Ya analizamos como se produce éste cambio y de qué manera sucede la aparición del Hábeas Data como proceso destinado a resolver el problema de la penetración de los derechos a través de la informática. De todos modos es conveniente recordar que en el ámbito de la contratación individual una persona no puede disponer de los derechos de la personalidad, teniendo en cuenta que no tiene contenido patrimonial y, como tales, resultan intransferibles, fuera del comercio. Lo que no puede ocurrir es que un sujeto enajene su derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad o a la imagen, quedando en definitiva privado de los mismos.

Es el campo donde anida, esencialmente, la protección derivada del hábeas Data, y que sigue principios internacionales respecto a formas, modalidades y controles que debe mantener el individuo cuando se archivan sus datos en bancos destinados a cualquier efecto.

Ellos son:

- a) El principio de la calidad de los datos, por el cual se pretende que los archivos o registros sean absolutamente fidedignos. Además la pertinencia obliga a que la recolección y el tratamiento sean acordes con los fines del banco, incurriendo en ilegalidad cuando se aplica a objetivos diferentes a los autorizados.
- b) El principio de información del afectado, que supone mantener informada adecuadamente a la persona sobre el motivo por el que se lo incluirá en un fichero.
- c) El principio del consentimiento que inspira la participación de la persona en las tres etapas posibles en que actúa el registro.
 - 1) Cuando se toma el dato;
 - 2) Para el mantenimiento y conservación en el archivo, y
 - 3) La cesión o transferencia a terceros de información que le concierne.
- d) El principio de los datos sensibles, que se vincula con la información estrictamente confidencial por su carácter privado y personalísimo (vgr.: raza, credo, religión, salud, inclinaciones sexuales, hábitos y costumbres, etc.). La LORTAD española los clasifica en tres tipos: los relativos a la ideología, religión o creencias; los datos relativos al origen racial, a la salud o a la vida sexual, y los datos relativos a los antecedentes penales.
- e) El principio de seguridad de los datos, considerando a los fines de evitar la introducción de terceros al archivo, de manera directa o indirecta, legítima o ilegítima, para preservar la confidencialidad y, también, para conseguir que los registros no se pierdan, alteren o modifiquen por accesos no autorizados.

El Hábeas Data otorga al individuo la posibilidad de concretar el cumplimiento de cualquiera de estos principios, sea mediante el acceso inmediato, irrestricto y sin condiciones económicas que lo dificulten o esterilicen, o para la actualización, rectificación o supresión del dato que le concierne.

Según el Convenio 108 de la CE, estos principios pueden ser limitados cuando constituyan una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de la seguridad del Estado: seguridad pública, intereses financieros, imposición de

infracciones penales, y cuando estén dirigidas a la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de terceras personas. Señala Garzón que, en circunstancias normales, las medidas restrictivas de los Estados deben ser, en primer lugar, motivadas y han de fundamentarse en una de las razones reconocidas internacionalmente; en segundo lugar, la acción del estado debe comprenderse de buena fe, y por último, las medidas no deben ser discriminatorias para los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado, ni deben suponer un trato discriminatorio en las relaciones económicas internacionales.

15. DERECHO A LA “AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA”.

El Hábeas Data muestra que el punto de mira no es sólo impedir intromisiones ilegítimas en la esfera privada, sino evitar que los datos obtenidos sean utilizados o transferidos sin el resguardo y control que pueda tener la persona; de este modo se elimina – al menos parcialmente- el llamado “rumor informático” y se instala una valla a las empresas que hacen de las bases de datos su fuente de comercialización.

Inclusive, afirma Panuccio, se impone una doble vertiente de responsabilidad al titular del banco de datos: a) diligencia en el mantenimiento de la calidad del contenido de la misma, en términos de veracidad, licitud y caducidad, y b) obligación de responder por las consecuencias lesivas que su negligencia en términos de responsabilidad objetiva, puede ocasionar al afectado.

Precisamente, como la figura no tiene antecedentes en nuestra legislación, más allá de las actuaciones logradas en materia civil respecto a la tutela de la intimidad, o en el Derecho Penal en aras de la defensa del honor y la confianza, lo cierto es que el hábeas data tiene un perfil acotado que se resuelve desde la pretensión del afectado. Es un derecho individual que, partiendo desde el derecho a la intimidad y afirmando en la privacidad, la identidad o la dignidad de la persona, fragmenta su unidad como proceso para aplicar su garantía a otras cuestiones como la tranquilidad espiritual, el derecho al aislamiento, la protección del nombre civil o comercial, la integridad física, el secreto profesional, etc.

La promesa de protección a la intimidad es amplia; sin embargo, no procede si el acto lesivo (la afectación, propiamente dicha) no proviene de un tratamiento informático o manual de nuestros datos compilados en una base, archivo o registro.

Por ello, la garantía, antes que una herramienta procesal, es un derecho disponible por el individuo que encuentra de esta forma una vía de acceso a información que le concierne, e inmediatamente, la potestad de resolver, por sí mismo –con algunas pocas limitaciones-, si quiere que esos datos se transmitan a otros, se conserven bajo reserva o confidencialidad, o se supriman por afectar la sensibilidad de la persona. Este conjunto de atributos suele nominarse como “derecho de autodeterminación informativa”.

Se hace notar que el derecho a la autodeterminación informativa se construye tomando como fundamento el concepto de intimidad o vida privada; puesto que trata de ofrecer tutela a la persona respecto a sus datos de carácter personal, un posible utilización abusiva de los mismos mediante la informática u otro tratamiento automatizado. Ahora bien que nadie se confunda –dice Herrán Ortiz-, mediante el derecho a la autodeterminación informativa no se salvaguardan tan sólo los datos que se denominan sensibles, sino aquellos que sin pertenecer a la esfera más próxima al individuo son susceptibles de daños a su imagen o al ejercicio pleno de sus derechos. Más aún, ni tan siquiera los considerados como datos sensibles representan siempre información íntima o secreta de la persona, el origen racial o determinadas enfermedades son tan evidentes y reconocibles externamente que de ellas poco pertenecen reservado en la intimidad del individuo y, sin embargo, no puede dudarse de su carácter sensible como informaciones personales.

La subjetividad natural que impera en esta potestad de control sobre la base de datos caracteriza, entonces, al derecho emergente como:

- a) Un derecho individual, previsto para atacar las intromisiones en la intimidad concretadas con un fin específico (en el caso compilar las acciones para registrarlas en un archivo).
- b) Un derecho de acceso irrestricto, a excepción de fuentes de información que puedan mantener su secreto por razones de seguridad justificadas (vgr.: datos policiales, registros fiscales, etc.).
- c) Un derecho de requerir la verdad del registro (principio de exactitud y actualidad del dato archivado), o de promover su rectificación o supresión
- d) Un derecho de exigencia por el cual se pretende que el titular de la base de datos utilice la información compilada por la finalidad concreta para la que fue autorizado el archivo.



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

A su vez, el proceso garantiza, si bien sujeto al principio dispositivo, por sí mismo constituye un sistema cautelar o preventivo que no requiere de reglamentación para el obrar en tal sentido, dentro del marco de posibilidades que el derecho otorga (amparo, conocimiento, rectificación o cancelación).

La ley española parte de un "derecho a la autodeterminación informática" que se inspira en el principio de que ha de ser el sujeto quien decida qué datos pueden ser almacenados, por quién y para qué fines, lo cual comporta una capacidad de decisión que descansa en una información previa o en el requerimiento inicial de su consentimiento para recabar, tratar o ceder los datos sensibles a él referentes.

Estamos pues, ante el Hábeas Data en virtud del cual la persona tiene la facultad de controlar la información que le concierne y que se encuentra recogida en el fichero automatizado; le asegura una esfera de libre decisión con respecto a una categoría de datos sobre los cuales el ordenamiento le confiere la facultad de prestar un consentimiento para ser objeto de tratamiento automatizado.

TITULO VIII

HÁBEAS DATA: EN EL DERECHO COMPARADO

El Habeas Data es la garantía constitucional que protege la libertad de las personas cuando ésta se ve amenazada o vulnerada, como consecuencia de datos recogidos, almacenados, sistematizados o transmitidos por medios automáticos o no, públicos o privados. Así como el Hábeas Corpus protege la libertad física de la persona, el Hábeas Data protege la libertad de la persona cuando existan datos que lo perjudiquen, en algún banco de datos o archivo. Protegía además, el caso peruano, el derecho a la información, a la rectificación y a la reserva respecto de informaciones personales, sin embargo, ello motivó una reforma constitucional suprimiéndose este contenido.

1. INTRODUCCIÓN

La concepción del Hábeas Data radica en el reconocimiento de que la persona es la que debe gobernar los datos que se recolecten respecto de, ya que los mismos constituyen una proyección de su personalidad.

Es la garantía procesal constitucional que tiene todo sujeto de derecho para conocer los datos, o registros respecto de él que obren en bancos de datos, computarizados o no, públicos o privados y con posibilidades de difusión. Este es el primer objetivo del Hábeas Data.

Un segundo objetivo es la posibilidad de que la persona pueda actualizar los datos que figuran en los bancos o registros. Por ejemplo, si figura como procesado por algún delito o comprendido por un proceso de carácter administrativo, cuando ya fue absuelto penalmente o administrativamente; en estos casos la persona tiene derecho a actualizar los datos a fin de que se tenga una información completa o parcial que lo perjudica.

Un tercer objetivo es la rectificación de datos incorrectos, falsos, inexactos, que obren en un banco o registro de datos, público o privado. Sería el caso de la persona que figura como que ha sido condenada a una pena determinada por un delito del cual



fue acusado, sin embargo, es un dato falso porque había sido absuelto por sentencia ejecutoriada.

Un cuarto objetivo, importantísimo, es el derecho de suprimir datos referentes a lo que la doctrina denomina "información sensible, las que están referidas a aspectos de la vida privada, al honor y a la identidad de la persona, como por ejemplo la religión que profesa, raza, ideas políticas, conducta sexual, etc., y que pueden provocar discriminación de cualquier índole.

Un quinto objetivo del Hábeas Data, también, es el derecho a exigir confidencialidad respecto de datos que figuran en determinados registros; derecho a que no se divulguen determinados datos. Sería el caso en el que no pudiéramos exigir la supresión de dichos datos. Ejemplo de ello lo tenemos en los datos que tiene registrado la SUNAT. Este es el objetivo que ha resaltado la Constitución Peruana de 1993, aún cuando no se descarta, vía interpretación, el cumplimiento de los demás objetivos mencionados anteriormente. (Jorge Rioja).

2. HABEAS DATA: ORIGEN LEGAL

El Hábeas Data surge como respuesta al exceso del poder informático, el mismo que se ha agudizado por su gran desarrollo. Las computadoras, por la enorme cantidad de datos que pueden almacenar, son capaces de desnudar la vida privada de cualquier persona. Como se trata de un fenómeno nuevo, la respuesta también es novísimo. El tratamiento doctrinario data de la década del 70 del siglo XX.

La primera ley sobre protección de datos fue dictada el 7 de octubre de 1970, por el Parlamento de Land de Hesse, en la República Federal de Alemania, donde se designó un magistrado especial para la vigilancia en la aplicación de dicha ley. Posteriormente, en 1973 en Suecia se aprobó una ley que fue considerada modelo para una legislación sobre informática, donde se consagró el deber de un registro público, los archivos electrónicos, inclusive aquel procesado por las empresas privadas.

3. HÁBEAS DATA Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Año después, estas leyes fueron diseñando un nuevo principio de la libertad informática, que fue proclamado en dos constituciones en la de Portugal de 1977 (arts. 33 y 35 y en la Española de 1978 (art. 18). Ésta libertad informática implica el principio de reserva de los datos personales en los bancos o archivos de datos, y la facultad de control reconocida al ciudadano sobre el uso y la circulación de la información registrada. En ambos casos, no se le conoce con la denominación de Hábeas Data.

En América latina adquiere rango constitucional hace aproximadamente seis años (1988) con la Constitución Brasileña, donde ya se usa la expresión Hábeas Data; luego, es incorporada en la Constitución Colombiana, en 1992, se incorpora a la Constitución Paraguaya y, en 1993, en la Constitución Peruana.

En la Constitución brasileña, el Hábeas Data, es la garantía para poder rectificar los datos que sobre su persona se tengan en registros de datos públicos o privados. La Constitución paraguaya (art. 135) fue más lejos, considerando que no sólo existe el derecho a rectificar la información registrada, sino también a actualizarla o destruirla; así mismo, el derecho a conocer el uso y finalidad de la información que acumula.

Como se puede observar, su origen y desarrollo está centrado en protección el ser humano, en tanto que datos de su vida privada pueden ser capturados por un registro informático o no, poniendo en peligro su libre desarrollo, su libertad.

4. HÁBEAS DATA: CLASIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Siguiendo en este punto la enumeración efectuada por Bergel⁶² podemos citar: En Brasil, Colombia, Países Bajos, Portugal, Perú, Suecia, España y Austria existen disposiciones de jerarquía constitucional que, con diversos matices, se refieren al tema de informática y libertades.

⁶² Bergel, Salvador Darío: “El Hábeas Data: Instrumento Protector de la Privacidad”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 7, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999.

En este sentido, conforme a la clasificación de Bergel, encontramos normas que:

- a) Limitan el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de los ciudadanos. Así, España establece que la ley delimitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18, inc. 4º). La Constitución del Reino de los Países Bajos dispone en su artículo 10, dentro de los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos: "1. Todos tienen derecho, salvo limitaciones que se establezcan por o en virtud de la ley, al respecto de su intimidad personal y familiar. 2. La ley establecerá normas para proteger la intimidad personal y familiar en relación con el registro y el suministro de datos personales". La Constitución del Perú establece que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (art. 2, inc. 6º). Por último la Constitución Sueca de 1974, en el Capítulo II (Derechos y Libertades, dispone que de conformidad con lo que dispongan las leyes los ciudadanos gozarán de protección contra toda violación de su integridad personal como consecuencia del registro de informaciones que existan sobre ellos por medio del procesamiento electrónico de datos (art. 3).
- b) Reconocen el derecho a conocer, actualizar, rectificar y mantener en secreto datos personales obrantes en bases de datos públicas o privadas. Así, Colombia establece que todas las personas tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en el banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (art. 15). La Constitución de la República de Portugal (primera revisión de 1982), luego de establecer que la informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del procesamiento de datos estadístico no identificables individualmente (art. 35, inc. 3º), dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de lo que consta en registros informáticos a su respecto y del fin al que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de sus datos y su actualización. La ley austriaca de protección de datos automatizados del 19 de octubre de 1978 contiene, en su artículo 1, una disposición constitucional (conforme a la facultad conferida por el art. 44 de la Constitución). Esta norma establece que toda persona tendrá derecho, siempre que se elaboren datos acerca de ella con la ayuda de medios automáticos, a exigir de acuerdo a las disposiciones

legales la rectificación de datos inexactos y la cancelación de los datos obtenidos o elaborados indebidamente.

- c) Reconocen un recurso específico para hacer efectiva la libertad informática. En esta línea, el Título II, Capítulo 1, art. 5, LXXII, de la Constitución Brasileña de 1988 establece que se concede el Hábeas Data: "1. Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a las persona del solicitante contenidas en el registro o base de datos de entidades gubernamentales o de carácter público. 2. Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por el procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo".

A su vez, la acción de hábeas data ha sido reconocida no sólo en las legislaciones de diversos países, sino también por los organismos internacionales que, en sus diferentes ámbitos, han elaborado pautas que contribuyen a integrar la perspectiva con que ha de ser evaluada la modalidad de su ejercicio. Así, las directrices formuladas por la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa, e inclusive la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. La amplitud de sus alcances tanto en lo relativo a la exigencia de licitud, lealtad y exactitud en la información como lo que atañe al acceso de las personas legitimadas –conforme a la coincidente opinión de estas instituciones y organismos --, encuentra limitaciones, fundamentalmente, en razones de seguridad y defensa nacional.

Del mismo inciso surge que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y las garantías por ella reconocidos.

De todas las normas referidas, transcribimos la parte correspondiente de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, referido a la protección de la honra y de la dignidad, establece: "1º. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2º. Nadie puede ser objeto de injerencias extrañas o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3º. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Con referencia a la libertad de conciencia y religión, establece: "Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias".

Por fin en su artículo 14, sobre derecho de rectificación o respuesta, prevé: "1º. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2º. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3º. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

5. HABEAS DATA: MATICES COMPARADOS

La doctrina europea ha desarrollado el concepto de "calidad de datos", así estos deben ser adecuados, pertinentes, no excesivos en relación al ámbito y finalidades determinadas, explícitos y legítimos, exactos, actualizados (en lo contrario cancelados y sustituidos), no ser captados por formas fraudulentas, desleales o ilícitas; también usados en función a finalidades compatibles y almacenados en medios accesibles al interesado; mas cual sería la relación respecto al habeas data, el aserto es que el control de la calidad de los datos se garantiza con el Habeas Data.

Bajo el análisis de la libertad informática por la cual el individuo conoce, controla y dispone de sus propios datos personales, el Habeas Data importa la acción de garantía o tutela de dicha libertad para controlar la calidad de los datos personales

respecto a su actualización, rectificación o cancelación⁶³. Otra idea fuerza es que consiste en una garantía fundamental que prevé un control por el titular, para conciliar el derecho a la información⁶⁴.

Es en el orden a la finalidad del habeas data (traigan los datos) para acceder a la verificación de la exactitud, actualidad y pertinencia de los datos personales registrados, que se establece un paralelismo con el habeas corpus (traiga el cuerpo, exhiba, presente) en la medida que se ordena la exhibición del cuerpo para indagar los motivos de la privación de la libertad; en ambos casos comprobada la ilegalidad cesará el dato inexacto o la detención arbitraria⁶⁵.

De otro lado en un sistema para el ejercicio eficaz de la garantía del Habeas Data se precise de una ley regulatoria de protección de datos personales (esperada en el caso peruano) ello porque la ley de protección opera con carácter preventivo y la garantía constitucional rige cuando el daño ya ocurrió⁶⁶ sin embargo, ante el vacío de esa normativa actúa la jurisprudencia, los ciudadanos pueden conocer los datos que sobre ellos guardan los organismos de seguridad, salvo cuando hay riesgos que lo afecten; para aclarar y corregir los datos erróneos del ciudadano; obtener información pública en los procesos de concursos y quiebras; invocar el derecho al olvido⁶⁷; también la doctrina Argentina siguiendo a Néstor Sagués⁶⁸ identifica como subtipos del habeas data al finalista y al autoral; el finalista busca saber para que y para quién se registran los datos; el autoral a su vez, investiga de quién se han obtenido los datos que obran en registros, ausculta, así al productor, ejecutor y distribuidor de ellos. Se suele identificar como sinónimos derecho de acceso y Habeas Data, pero no obstante dirigirse a una misma finalidad es necesario hacer finas precisiones y es que el derecho de acceso (caso de la legislación española) a parte de una Ley Orgánica dotando a un ente administrativo de competencia para regular y decidir sobre la calidad de los datos, cuya resolución puede ser impugnada en similares términos de lo que conocemos como acción contenciosa administrativa ante

⁶³ Álvarez de Bozo, Miriam y otros. Pon. cit. en VII Congreso. PS. 292 / 3

⁶⁴ Jijena Leiva, Renato. Pon. cit. en VII Congreso... p. 275

⁶⁵ Altmark, Daniel Ricardo – Eduardo Molina – “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” Vol.6 p.162

⁶⁶ Palazzi, Pablo A. – “Desafíos al Derecho Informático en el Nuevo Milenio”. “La protección del Derecho a la Intimidad y privacidad frente a las nuevas tecnologías” en ponencias VII Congreso... p. 344.

⁶⁷ Ibíem p. 341

⁶⁸ Citado por Rubio Correa, Marcial, en “Estudios de la Constitución Política de 1993” Tomo VI, p. 103.

el Poder Judicial. Tratándose de habeas data como acción cautelar de rango constitucional se faculta al titular para acudir a los órganos jurisdiccionales (vía civil en el Perú) con el propósito de acceder, corregir, actualizar o cancelar sus propios datos que obran en registros o ficheros. Para reforzar esta institución que nace en la región de América Latina hace menos de una década propone PALAZZI la necesidad que los países que aún no lo han hecho, reglamenten el Habeas Data, como herramienta efectiva que permita el desarrollo pleno del individuo protegiéndolo vía un control para sus datos personales en la sociedad tecnológica, reflexión que nos alcanza y compartimos, es más creemos que el Habeas Data debe permanecer y adquirir su propia proyección conforme lo expresa Rubio Correa; sin embargo, en la región existen algunos planeamientos divergentes que recogen en parte la experiencia europea, así en Venezuela sostiene Álvarez de Bozo ⁶⁹ que hubiere sido preferible contemplar la tutela administrativa (derecho de acceso) que actúe en primera instancia y vía apelación acudir ante los órganos jurisdiccionales, opinión que obedece a un comentario a la Constitución Venezolana (1999) cuyo artículo 28 garantiza a toda persona solicitar ante el tribunal competente, la actualización, rectificación o destrucción de los datos ya erróneos o que afecten ilegítimamente sus derechos, se enfila así a una decisión judicial.

Respecto al derecho de acceso en la experiencia española, conforme a la ilustración de Carrascosa encuentra algún fundamento en el artículo 105 b de la Constitución: la ley regulará... b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas; por este medio tiene el individuo la facultad de conocer la información que le concierne así como controlarla vía la rectificación o cancelación; mas si es un derecho limitado en el tiempo cuanto a su ejercicio, plazo no inferior a doce meses para promoverlo, salvo un interés legítimo de ejercitarlo antes en el ente administrativo competente que es la Agencia de Protección de Datos, en funciones desde la anterior Ley de 1992.

En términos generales el afectado se encuentra facultado mediante el derecho de acceso para solicitar y obtener información de sus datos personales el tratamiento,

⁶⁹ Álvarez de Bozo, Miriam y otros.- po. Cit. VII Congreso... p. 293

origen, y de las comunicaciones de estos, tanto las ya realizadas como las que se prevean hacer.

Como se puede advertir el Habeas Data ofrece varias lecturas; de Garantía Constitucional propia ejercida como tutela jurisdiccional (Brasil, Perú) un amparo específico (Argentina) y de tutela administrativa (España, Chile) con el derecho de acceso; pero ha correspondido a Brasil independizar y constitucionalizar esta garantía, influenciando en otros países de la región, conforme lo recuerda Borea Odría, autor que proyecta el Habeas Data como instrumento procesal de desarrollo en la lucha por la vigencia de los derechos constitucionales y que no deben tener propósitos restrictivos en relación de lo ya logrado con el habeas corpus y el amparo⁷⁰.

6. HABEAS DATA: DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

6.1 Legislación comparada de América Latina

Algunas Constituciones particularmente de América Latina regulan esta garantía, en los términos siguientes:

6.1.1 MEXICO

México, como algunos de sus vecinos del sur, es un país sin tradición legislativa en materia de protección de datos. En la legislación mexicana el derecho a la intimidad no se encuentra sistematizado en un solo dispositivo legal, si no que aspectos del mismo se encuentran dispersos en algunos cuerpos legislativos.

A continuación se citarán las disposiciones legales que regulan algunos aspectos del derecho a la intimidad.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

El artículo 16 de la Constitución mexicana regula algunos de los aspectos del derecho a la intimidad que se han visto a lo largo de este estudio, tales como:

- La inviolabilidad del domicilio:

⁷⁰ . CFR. Borea Odría, Alberto “Evolución de las Garantías Constitucionales” p.460.

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

- El secreto de la correspondencia y las comunicaciones privadas:

“Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor (Habeas Data: María Narváez Tijerina)

6.1.2 ARGENTINA (1994)

Art.º 43

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

Entre las Constituciones que aluden una acción judicial para el control de los datos, tenemos:

6.1.3 PARAGUAY (1992)

Art. 135.-

Toda persona (...) podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o destrucción de aquellos datos si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

6.1.4 PERÚ (1993), con reforma en 1995

Art. 200.-

Son garantías constitucionales:

3) La acción de Hábeas Data, que precede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º. Incisos 5 y 6 de la Constitución. (Texto de Ley N° 26470)

6.1.5 VENEZUELA (1999)

Art. 28.-

Toda persona tiene derecho (...) y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos (datos) que fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

Como facultad de la persona para administrar sus propios datos se tiene:

6.1.6 COLOMBIA (1991)

Art. 15.-

Toda persona (...) tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

6.1.7 NICARAGUA

Art. 26.-

Toda persona tiene derecho.... 4) A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber porqué y con qué finalidad tienen esa información.

6.1.8 CHILE

Hasta fines de 1999 Chile no tenía normas específicas sobre el Hábeas Data. Su Constitución Nacional contiene normas genéricas sobre el derecho a la privacidad. El art. 19 de la Constitución asegura a todas las personas: 4. el respeto a la protección a la vida privada y publica y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de la injuria a particulares.

Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Perro en agosto de 1999 Chile aprobó una ley de protección de datos personales, convirtiéndose en el primer país en latinoamérica en legislar la recopilación de datos personales. Previamente, la ley de delitos informáticos había incorporado ciertas normas protectoras de la privacidad.



6.1.9 URUGUAY

En cuanto al Hábeas Data, no existe hasta el momento en Uruguay previsión legal constitucional alguna que lo contemple.

6.1.10 BRASIL

La Constitución brasileña de 1988 instrumentó un amparo específico, denominado "Hábeas Data" destinado a asegurar a las personas el conocimiento de las informaciones referidas a ellas, que constatasen en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar tales datos.

El sujeto activo, en el caso brasileño, es cualquier nacional o extranjero residente en el país, pero se trata del ejercicio genérico del derecho a la información que posee, por ejemplo, un periodista.

El sujeto pasivo es el Estado propietario del banco de datos, pero también todo sujeto titular de un registro susceptible de generar información. Esto es importante, porque algunas leyes reglamentarias del Hábeas data, lo han ceñido al caso de registros oficiales, cuando el rigor de verdad cualquier base de datos apta para ser utilizada por terceros, debe ser sujeto pasivo el proceso que cometamos. Por el contrario, un banco de datos de uso exclusivamente personal para su titular, estaría abierto por el derecho a la privacidad de este, como papel o correspondencia privada, y (Al menos en Principio) sería incuestionable mediante el Hábeas Data.

Respecto al órgano competente para tramitar al Hábeas Data, el derecho brasileño ha reservado jurisdicción al Supremo Tribunal Federal para juzgar originariamente los que cuestionen los actos del Presidente de la República y de otros dignatarios nacionales, se intenta que de tal modo excluir a jueces de primera o de segunda instancia el conocimiento y decisiones de cuestiones de posible gran importancia, donde por lo común surgirán temas próximos a la seguridad nacional.

Constitución (1988)

Art.5º

LXXII.- Se concederá Habeas Data:

- a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impenetrante que conste en registros o banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;
- b) Para la rectificación datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.

LXXVII.- Son gratuitas las acciones de Habeas Corpus y Habeas Data.

6.2 LEGISLACIÓN COMPARADA DE EUROPA

6.2.1 PORTUGAL

La Constitución de la República Portuguesa de 1976 dedica su art. 35º a la "utilización de la informática", en el que se preceptúa que "todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que contare acerca de los mismos en los registros mecanográficos, así como el fin a que se destinen las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y a su actualización. La informática no podrá ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida, excepto cuando se trata de datos no identificables para fines estadísticos. Queda prohibida la atribución de un número nacional único los ciudadanos".

La precisión técnica implica la necesidad de incorporar definiciones legales. Si, el art. 2º de la Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales frente a la informática define lo que se entiende, a efectos legales, por datos personales, datos públicos, sistema informático, fichero automatizado, base de datos, banco de datos, tratamiento automatizado, responsable de los soportes informáticos, flujo de datos transfronterizados". Esta ley regula el uso de la informática, sometiéndole al régimen legal que configura el status de Habeas Data, concretado en las garantías o derechos de acceso y control de las informaciones procesadas informáticamente por las personas concernidas".

El titular del derecho a la autodeterminación informativa es, en primer lugar, la persona natural. No obstante, hay que entender que la protección se extiende a los extranjeros, como titulares del derecho, en virtud del artículo 15º de la Constitución Portuguesa, ya que ni ésta ni la ley han reservado este derecho exclusivamente a los ciudadanos portugueses. En segundo lugar, también son titulares del derecho las personas jurídicas, siempre que los ficheros, bases o bancos de datos contengan datos personales.

Lo que es especialmente importante en relación al derecho a la confidencialidad, mencionando anteriormente. Así resulta del artículo 3.1.b. de la ley, que –señala: “Las disposiciones de la presente Ley se aplicará obligatoriamente. A los soportes informáticos relativos a las personas jurídicas y entidades equiparadas, siempre que contengan datos personales. El convenio del Consejo de Europa se refiere a las personas físicas o naturales, pero deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan extender el régimen de protección a las personas jurídicas. Esta extensión de la titularidad del derecho a la autodeterminación informativa a las personas jurídicas, que ha efectuado el legislador portugués, es una clara manifestación de que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la intimidad personal o familiar, ya que está en sentido estricto, sólo podría referirse a las personas físicas y a los miembros individuales de las personas jurídicas”.

6.2.2 FRANCIA

El 6 de enero de 1978, Francia promulgó la Ley sobre informática. Los ficheros y las libertades. Los ciudadanos franceses están protegidos contra el abuso o comercio de datos personales informatizados por la Comisión Nacional para la Informática y las Libertades (CNI). A ella deben someterse sus ficheros todas las entidades y empresas. Todas las empresas, instituciones públicas o privadas que tengan algún tipo de fichero informatizado que contengan datos personales deben comunicarlo previamente a la comisión que, a su vez tiene derecho a limitar algunos aspectos de su funcionamiento o manipulación de las informaciones contenidas en el fichero.

La administración Pública y el gobierno están obligados a someterse a la Jurisdicción de la Comisión Nacional para la Informática y las Libertades. Solamente el Consejo de Estado y de forma específica y no general, alegando razones

estrictamente de seguridad nacional puede eximirse de control estricto de la Comisión a la Administración Pública.

Las informaciones que pudieran considerarse sensibles, como las opiniones políticas, filosóficas o religiosas no pueden introducirse en un archivo informático sin el acuerdo escrito de las personas afectadas.

6.2.3 ALEMANIA

La Ley Federal para la Protección contra el uso ilícito de Datos Personales fue sancionada en el año 1977. La ley en cuestión se aplica a toda registración, sea automática o manual, pública o privada, si se procesan en ella datos personales. Para la habilitación de un registro se requiere autorización legal o consentimiento expreso del interesado (art. 3).

El derecho de acceso a los datos por parte del individuo y la obligación de la entidad responsable de los datos de adoptar las medidas adecuadas para su protección aparecen regulados en los art. 4 y 6 de la ley.

Las oficinas públicas pueden coleccionar y reproducir información solo en cumplimiento de sus funciones específicas. La creación del registro debe ser comunicada al ciudadano y publicada en el Boletín Oficial, encontrándose exentos de esta obligación cuando los registros se refieran a cuestiones relacionadas con el servicio de información federal, el servicio de seguridad militar, la defensa de la Constitución y la Defensa Nacional. El presente procedimiento es controlado por un "delegado federal para la protección de los datos personales", que es designado por el Presidente de la República. Dicho funcionario lleva un registro de bancos de datos automáticos que pueden ser consultados por todo interesado y sobre el que se pueden hacer modificaciones.

En los bancos de datos privados se distingue entre los propios –que no poseen regulación de ningún tipo, interviniendo la autoridad sólo en caso necesario- y los que son llevados por encargo de terceros, que están reglamentados y en los cuales la autoridad de contralor puede intervenir por denuncia particular o de oficio.

La supervisión de las actividades del sector privado la realiza un "ombudsman" o controlador de la protección de datos personales, que debe ser nombrado por cada

empresa que procede datos por medios automáticos y en la que intervengan más de cinco empleados (art. 28). Se fijan penas de multa y arresto para el caso de incumplimiento total o parcial de la ley⁷¹

6.2.4 ESPAÑA

Un primer antecedente de este modelo se encuentra en la II República Española (Constitución de 1931) pues el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales tenía competencia para conocer de determinados conflictos constitucionales. Sin embargo, ha sido la ley orgánica del Tribunal Constitucional (1979) ante el silencio del texto constitucional de 1978, la que con algo más de precisión introdujo nuevamente este proceso (Arts. 73 a 75). Respecto a esta competencia podemos indicar lo siguiente:

- Es un proceso jurisdiccional en el que se decide respecto a la titularidad de la competencia controvertida y cuyo objetivo es salvaguardar la supremacía constitucional en tanto ella regula la división funcional del poder.
- El vicio de competencia puede surgir cuando se afectan competencias atribuidas por la Constitución o por las leyes orgánicas.
- Se trata de un conflicto entre órganos constitucionales. Pese a que se discute qué órganos materialmente gozan de especial naturaleza, la ley sólo legitima al senado, al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Congreso de los Diputados, al Gobierno y al Consejo general del Poder judicial.
- Los actos susceptibles de cuestionamiento son las decisiones que incurren en vicios de incompetencia.
- No caen conflictos negativos entre órganos constitucionales, ni procede frente amenazas.
- Se ha sostenido que la regulación prevista en los Arts. 73 a 75 es insuficiente e imprecisa. La jurisprudencia tampoco a fijado mayores precisiones al respecto.

La constitución española restablece en su artículo 18º que “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁷¹ Correa y otros: Derecho informático, Ed. Desalma, Bs. As., 1994, pág. 268.

La Ley de Tratamiento Automatizado de Datos Personales (LORTAD) establece, en su artículo 1º, que “tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas de y medios de tratamiento autorizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las persona físicas o naturales y el pleno ejercicio de sus derechos”. Debe tenerse en cuenta la precisión que hace este artículo de la protección de datos de carácter personal que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las personas naturales. Con respecto a su ámbito de aplicación personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores públicos y privados y a toda modalidad de su uso posterior, incluso no autorizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado”.

6.2.5 REINO UNIDO:

En 1998 se promulgó la Data Protection Act, cuyo ámbito de aplicación se extiende a la información que se procese mediante sistemas manuales o automatizados la información que se procese por medio de equipo operado automáticamente o con la intención de procesarse por ese medio y la información que se procese manualmente. Ese cuerpo legal integra los principios de protección de datos que se han mencionado con antelación.

La información que se procesa o procesará en forma manual, para quedar dentro del ámbito de aplicación de la ley, debe formar parte de un *sistema de ficheros relevante*, es decir, estar relacionada con individuos y estructurada en forma tal que la información específica relacionada con individuos en particular o con criterios concretos, sea rápidamente accesible.

La pauta para caer dentro de la definición de “*sistema de ficheros relevante*” se refiere a la forma de agrupar la información; su estructura y forma de acceso.

Pero aún cuando la información forme parte de un “*sistema de ficheros relevante*”, la aplicación de la ley no es inmediata, ya que gozan de un régimen de transición que se comentará posteriormente.

Para la ley inglesa, el término “datos personales” se refiere a los datos relacionados con un individuo vivo identificable. Incluye cualquier expresión de opinión acerca del individuo y cualquier indicación de las intenciones del controlador de datos o cualquier otra persona con respecto del individuo.



Caso: Dudgeon

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

Constituye violación del derecho a la intimidad personal consagrado en el inciso 7º del art. 2º de la Constitución y demás pactos internacionales de derechos humanos, la prohibición, intromisión y perturbación, sea por ley o cualquier otro hecho, de las prácticas homosexuales realizadas en privado entre personas mayores de edad que consienten libremente (Manuel Alba Navarro)

COMENTARIO

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 22 de octubre de 1981

1. El caso suscitado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos plantea fundamentalmente los problemas derivados de la protección de la vida privada y la especial complejidad que acarrea la tarea de fijar los contornos en los cuales el Estado asegura la no inmisión en la intimidad de sus ciudadanos.

Tiene además especial trascendencia el supuesto que nos ocupa en la medida en que se pone en tela el juicio la valoración de las diversas conductas de los particulares, en este caso la conducta sexual, y consiguientemente, las implicaciones existentes a todos los niveles entre el sistema normativo jurídico y el sistema normativo ético. La demanda planteada por el Sr. Dudgeon ponía sobre el tapete la existencia o no de una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que protege la vida privada y familiar, así como el hogar y la correspondencia. Este derecho había sido violado a juicio del demandante, tanto por la existencia de determinadas leyes en el ámbito de Irlanda del Norte que criminalizan la conducta homosexual, como por la intervención llevada a cabo por la policía en el registro de su domicilio a consecuencia de una investigación seguida por la misma. Efectivamente, el ordenamiento vigente

en esta materia en Irlanda del Norte está constituido básicamente por dos leyes del pasado siglo, concretamente de 1861 y 1865, que castigan tanto la tentativa como el delito consumado de homosexualidad masculina. El problema es tanto más peculiar, cuanto que en otras partes del Reino Unido la legislación ha sido alterada a lo largo de este siglo en punto a conseguir una mayor liberación de la conducta sexual de las personas, uno de cuyos hitos ha sido la despenalización de la homosexualidad. Hay de constatar, no obstante, que también se intentó llevar a cabo una reforma de la legislación vigente en Irlanda de Norte, que no tuvo especial éxito debido a los obstáculos sociales y políticos que se levantaron ante el intento reformador. Este problema quedó por tanto latente y no es sino hasta esta sentencia que el Tribunal Europeo entró en su estudio. De acuerdo con el derecho vigente en Irlanda del Norte, cualquiera, incluso un particular, puede entablar una acción pública para perseguir un delito homosexual, quedando a disposición de la Dirección de la Acción Pública la facultad de asumir la conducción del proceso si lo cree conveniente, abandonarlo. De los hechos recogidos en los resultados se desprende que no ha existido un aplicación excesivamente extensiva de las leyes ante citadas, que por ende el objeto de la demanda es más bien poner en tela de juicio la normativa aplicable.

2. Las quejas planteadas por el Sr. Dudgeon se basa sobre todo en que tanto el derecho en vigor en Irlanda del Norte como la investigación policial que se realizó en su domicilio constituyen una interferencia injustificada de su derecho al respeto de la vida privada con la consiguiente violación del artículo 8 de la Convención. Igualmente argumenta la existencia de una discriminación en el sentido que a esta recepción da el artículo 14 de la Convención, fundamentada aquella discriminación en razones de sexo. La Comisión Europea de Derechos Humanos admitió que la prohibición legal de actos homosexuales consentidos entre varones mayores de veintiún años suponía, en efecto, una violación del derecho del demandante al respeto de su vida privada, y por consiguiente planteó la demanda ante el tribunal.
3. Este, en sus considerados, se planteó por una parte la violación o no de dicho artículo 8 y por otra la del artículo 14. En cuanto a la primera de las cuestiones, el Tribunal reconoce que las prácticas homosexuales entre

varones caen dentro de del ámbito de la vida privada, y por ello admite estudiar el juego del artículo 8 de la Convención a este respecto, enfocándolo desde el prisma de la existencia de una injerencia en el mismo. Respecto a la injerencia, el Tribunal comienza admitiéndolo que por otra parte no habían negado ni la Comisión ni el Gobierno, la existencia de unos sufrimientos del demandante derivados de su condición de homosexual que le convertían en "víctima" a los efectos del artículo 25 de la Convención igualmente señala que "el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada constituye una intromisión continua en el derecho del demandante al respeto de su vida privada (que incluye su vida sexual) en los términos del artículo 8.1. Dadas las circunstancias personales del demandante, la mera existencia de esta legislación afecta continua y directamente a su vida privada... "El, problema, una vez admitida por el Tribunal la injerencia, se traslada a determinar si existe o no una causa de justificación que la legitime. En este sentido, las previsiones del apartado 2 del artículo 8 de la Convención son argumentadas por el Gobierno en la medida en que se trataría de proteger, de acuerdo con el derecho, tanto la moral como los derechos y libertades de los demás. Admitiendo que esto puede ser cierto, el Tribunal, sin embargo, entiende que la "protección de los derechos y libertades de los demás", entendida como salvaguardia de los intereses morales y del bienestar de determinados sujetos o clases de sujetos necesitados de dicha protección, lleva en si misma un aspecto de la protección de la moral que hace difícilmente escindible ambos aspectos. De otra parte se cuestiona el Tribunal si el mantenimiento de la legislación impugnada en su plenitud es o no compatible con las necesidades de una sociedad democrática. Señala la Corte que, en cualquier caso, y por loables que puedan ser las finalidades perseguidas por la legislación atacada, las medidas que se tomen han de ser necesarias y proporcionadas, teniendo el concepto de "necesario" una rigidez especial que lo hace equivalente a "necesidad social importante" que justifique la injerencia. Reconoce de otra parte el Tribunal que la valoración inicial de dicha necesidad corresponde en primer lugar a los propios Estados miembros a través de sus autoridades nacionales. Ello no obsta para que el margen de apreciación quede afectado no solo por la finalidad de la restricción, sino también por la propia naturaleza de las actividades aplicadas en la misma. En resumen, corresponde en su caso al Tribunal revisar las valoraciones que en primera instancia puedan adoptar las autoridades nacionales pero sin que se halle obligado a efectuar juicio valorativo alguno

sobre la moralidad de las relaciones homosexuales entre varones adultos. El tribunal, por otra parte, no deja de constatar la existencia de una creciente modernización del derecho penal en estas materias dentro del ámbito de la Convención. Lo cual no impide el reconocimiento de las peculiaridades que puedan existir dentro de cada sociedad. Llega el Tribunal por vía de sus razonamientos a plantear la cuestión en términos de la contradicción existente entre la protección de la sociedad. En su conjunto en lo que afecta a sus standards morales o éticos, que podrían sufrir ciertos menoscabos caso de despenalizarse la homosexualidad, y la franja de población afectada directamente por la prohibición, castigada con sanciones penales, caso de practicar aquellas actividades sexuales por las que muestran preferencia. Llegando a este punto el Tribunal señala que "las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los standards orales existentes, no puede, sin más, justificar, intromisiones en la vida privada del demandante hasta este punto. La "despenalización" no implica aprobación, y el temor de que determinados sectores de la población pudieran extraer conclusiones erróneas a este respecto de la reforma de la legislación no basta por sí misma para dar una base convincente al mantenimiento en vigor del derecho con todas sus consecuencias injustificables". Lógico corolario de todas estas argumentaciones es que el Tribunal considera que el Sr. Dudgeon ha sufrido y continúa sufriendo una injerencia injustificada en su vida privada merced a la existencia de la legislación en cuestión. Respecto a la posible violación del artículo 14 de la Convención, homologable en su finalidad, y parcialmente en su dicción a nuestro artículo 14 de la Constitución, el Tribunal reitera la doctrina de que la discriminación contemplada en dicho artículo no puede analizarse por la Corte sino cuando esta discriminación constituya por ser un verdadero problema material y no una mera consecuencia derivada de la violación constatada de otro artículo sustantivo de la propia Convención. Como consecuencia de lo cual el Tribunal sienta que no hace falta entrar en el fondo de un asunto concreto que forma aparte, y por ello ya ha sido absorbido, de otro más amplio. Una vez que se acepta la restricción injustificada del derecho del demandante al respecto de su vida privada y que se admite que esto implica un violación del artículo 8 en función del carácter amplio y absoluto del mismo no hay utilidad alguna – dice el Tribunal – en

determinar si se ha sufrido una discriminación adicional en relación con otro tipo de personas que tienen el mismo derecho limitado en menor medida.

4. A esta sentencia del Tribunal se suscitaron varios votos particulares, de desigual trascendencia e intereses. Así por ejemplo el Juez Zekia mantiene en su opinión disidente que no hay auténtica violación del artículo 8 en la medida en que deben de primarse las convicciones éticas y religiosas sobre las puramente jurídicas. En igual medida manifiesta que no hay un concepto europeo uniforme de moral y que, por consiguiente, son las autoridades nacionales las que se encuentran en mejor situación para calibrar los verdaderos sentimientos de la comunidad. Lógicamente sostiene que la existencia de la legislación nor. Irlandesa en sus términos no entraña violación alguna del artículo 8 de la Convención. Se muestran igualmente disconformes aunque con carácter parcial, de la sentencia de los Jueces Evrigenis y García Enterria, quienes afirman que la problemática específica planteada por el artículo 14 de la Convención no es susceptible de despacharse, remitiéndose meramente a la solución dada a la violación del artículo 8. Por el contrario manifiestan echar de menos en la sentencia un análisis detallado de la existencia o no de una discriminación en el presente caso. El Juez Matscher opina que no se debe caer en una excesiva rigidez a la hora de interpretar el concepto de "necesaria" referido a las medidas de injerencia. Cree que el concepto de necesidad social imperiosa no es necesariamente equivalente al anterior y que es la propia finalidad la que modula los medios empleados para alcanzarla. Igualmente, pone de relieve la inexistencia de una persecución procesal en la práctica contra el demandante, por lo cual concluye que no hay intromisión ni violación del artículo 8. En cuanto al artículo 14 es parcialmente concordante este voto particular con el anteriormente visto, ya que el Juez Matscher manifiesta que cuando el tribunal es requerido para que declare la violación de una disposición del Convenio, alegada por el demandante e impugnada por el Gobierno demandado, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre aquélla dando una respuesta al fondo del problema que se suscita. No se pueda – dice el Juez Matscher – eludir esta obligación mediante el empleo de fórmulas que llevan el riesgo de limitar excesivamente el alcance del artículo 14, incluso hasta el extremo de privarle de todo valor práctico. El Juez Pinheiro Farinha manifiesta por su parte que discrepa del tribunal en la

constatación de la existencia de una "víctima" en el sentido del artículo 25 de la Convención. A su juicio no hay víctima por ningún lado y el Tribunal es por ello incompetente para conocer de una violación alegada por alguien que no lo es. Su afirmación la fundamenta en el hecho de que el demandante no ha sido perseguido mediante la aplicación de la legislación prevista para estos casos, ni ha sufrido perjuicio alguno por moral de la misma. Sin duda voto particular más fundamentalista en sus planteamientos es el del Juez Waish. Comienza este en primer lugar planteándose la existencia o no de la víctima, llegando por último a una conclusión negativa, ya que no se ha llevado a cabo acción alguna contra el demandante y la visita a la Comisaría de Policía se realizó voluntariamente, sin que en ningún momento se forzara al demandante. Igualmente, señala el Juez Walsh la inexistencia de una violación de intimidad desde el momento en que el registro policial se efectuó en virtud de un mandato judicial permanente. Señala este Magistrado que lo que el demandante pretende no es una restitución de un bien o valor dañado, sino que "lo que está haciendo en realidad es solicitar al Tribunal que derogue dos posiciones legislativas de un estado miembro. El tribunal no tiene jurisdicción de carácter declarativo en este ámbito que no se refiera a una ofensa actual sufrida o que se alega que se ha sufrido por parte del demandante. Desde mi punto de vista si el Tribunal llevase a cabo competencias de esta índole los supuestos en que el demandante ni ha sido víctima ni se prevé que lo sea inminentemente, las consecuencias tendrían un alcance mayor de lo exigible en cada Estado miembro". Respecto a la violación del artículo 8, el Juez Walsh se inclina por la teoría de que el respeto a la vida privada no es en absoluto independiente de las actividades a las que el ciudadano se dedique en la misma. Ello le lleva a una reflexión sobre la convergencia de campos del derecho y la Moral. Expone en su voto disidente las dos teorías básicas sobre esta concurrencia y se inclina decididamente por la tesis de que el Derecho debe de proteger con toda rotundidad los fines que la moral le dicta. Existe, a juicio de este Magistrado, una concepción moral comunitaria en cada sociedad que hay que proteger de todo ataque y erosión. Consiguientemente afirma que el Gobierno Británico se encuentra en mejor condición que el Tribunal para juzgar cuál es ese consenso moral y qué daños podría infligir al mismo la permisividad en materia sexual. Tras elaborar una distinción entre los distintos tipos de homosexualidad, el Juez Walsh advierte al Tribunal sobre el peligro que se puede derivar de su sentencia si no tiene en cuenta la finalidad perseguida

por el demandante y las posibles interpretaciones que se puedan realizar de la misma, ya que puede haber personas que en función del fallo del Tribunal “intentan borrar la diferencia fundamental entre las actividades homosexuales y heterosexuales”.

Igualmente se expresa con toda rotundidad este Magistrado al señalar que la protección de los más débiles y expuestos, de modo y manera que la salvaguardia de éstos debe primar sobre aquellas personas que utilizan su vida privada para dedicarla a actividades contrarias a la moral. Por ende manifiesta que la interpretación sistemática del artículo 8 exige una protección decidida de la moral y de la vida familiar que no se halla suficientemente asegurada con la sentencia. Por todo lo cual el Juez Walsh cree que no hay violación del artículo 8 de la Convención.

6.3 LEGISLACIÓN COMPARADA DE NORTEAMERICA

6.3.1 CANADÁ:

En ese país existen actualmente dos leyes federales: La Ley de la Privacidad y la Ley de Protección de la Información Personal y Documentos Electrónicos.

La primera de ellas, inició su vigencia en 1983. Impone la obligación a las agencias y departamentos gubernamentales de respetar el derecho a la vida privada de los canadienses, al imponer límites para la recolección, uso y transmisión de los datos personales. Otorga a las personas el derecho de acceso y rectificación de su información personal.

La segunda ley, vigente a partir de enero de 2001, determina una serie de reglas que se aplican a organizaciones del sector privado en la recolección, uso y comunicación de información personal en el curso de sus actividades comerciales.

La ley concede el derecho de informarse acerca de la información que se tenga acerca de sí mismo, así como de solicitar su corrección. Se aplica tanto a clientes como a empleados de las organizaciones.

A partir del 1º de enero de 2002, se protege también la información que sobre la salud de las personas recojan estas organizaciones. Se aplica también a la información que se transmita a través de las fronteras de los territorios o provincias



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

Se han elaborado asimismo leyes en todas las provincias, con excepción de dos (Prince Edward Island y Newfoundland), para intentar resolver los problemas que plantea el derecho a la vida privada. Todas ellas instituyen los derechos de acceso y de corrección de su información personal.

Las autoridades encargadas de aplicar la ley son el Comisionado independiente o el ombudsman.

6.3.2 ESTADOS UNIDOS

La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que la protección de la intimidad frente a cualquier intromisión injustificada deberá ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución americana, y por ello el Estado y la justicia deben garantizar a todas las personas la seguridad propia, de sus domicilios y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida.

En los Estados Unidos se sancionó como "public law" (ley pública) el 4 de julio de 1966 (5 U.S.C. 522) y se estableció una enmienda de las Actas de Libertad de la Información y del Acta de Procesamientos Administrativos, sustentando el derecho del pueblo a obtener información pública. A través del Acta de Libertad de Información, los ciudadanos obtuvieron el Derecho de acceso a los datos contenidos en oficinas públicas, con el único requisito de declarar una razón de necesidad para ello, no pudiendo negársela oficina en cuestión, salvo por razón debidamente fundada.

Esta norma se mejoró con la sanción de la ley referida al libre acceso a información, denominada "Freedom of Information Act", "FOIA", 5 U.S.C. sec: 552.

La "FOIA" es una forma de Hábeas Data prevista para fomentar el acceso a toda clase de documentación o archivo gubernamental; fue hecha ley en 1966, y recibió modificaciones en 1974 (post Watergate) y 1986 (durante el gobierno de Reagan). La norma posibilita, con ciertas excepciones, que toda oficina gubernamental expida información específica referida al contenido de archivos, fichas, etc., contenida en un banco de datos determinado y perteneciente a un período de tiempo limitado. El gobierno debe acceder a la petición, aunque puede cobrar los costos de búsqueda y reproducción de la información si supera un mínimo. En caso de demora o negativa de la dependencia, se puede accionar legalmente contra la misma. Si se demuestra actuación ilegítima por parte del funcionario que negó la información,



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

éste sufrirá sanciones y el Estado deberá resarcir los daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado.

La norma no impone como requisito una necesidad subjetiva entre el requeriente y la información.

Alguna de las características de la norma se refiere a la obligación de las oficinas gubernamentales de brindar al público datos sobre la organización y destino, y sobre la forma para adquirir información sobre la actividad y archivos. Consagra también el principio operativo de la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a bancos, archivos, expedientes específicos, etc. debe fijar un costo razonable y diferencial si el interés es comercial, de uso científico, educativo, personal o general; dice la norma que el costo no puede exceder, por las primeras dos horas de búsqueda a 100 páginas copiadas, los 250 dólares. Las Cortes Federales pueden exigir la reproducción de archivos y de información denegados, fijando a la oficina en cuestión un plazo no superior a treinta días, además de las posibles sanciones. El incumplimiento de la orden de la Corte importará el dictado de una sentencia de desacato contra el funcionario. Toda solicitud de informes deberá ser respondida por la oficina en un plazo de 10 días hábiles, aceptando apelaciones de su decisión con respuesta dentro de los 20 días siguientes a su interposición. La complejidad de los archivos y las circunstancias del caso pueden justificar un plazo mayor; ello estará relacionado con la razonabilidad de la situación.

Las limitaciones que consagra la norma están referidas a la existencia de una orden de defensa nacional o de política internacional que determine la clasificación o reserva de la misma. Puede incluir la información referida a personal de las agencias; la información que fuera objeto de prohibición expresa por una disposición del parlamento; "secretos comerciales"; documentación de terceros privada o referida a un litigio reservado; fichas con contenido personales, informes de salud o privados; cierta información de fuerzas de seguridad o policiales que puedan provocar con su difusión o conocimiento peligro para la integridad física de la persona; información financiera y secreto bancario. Las enunciadas son restricciones genéricas que por una causa de interés general o especial, o por una orden judicial, pueden ser objeto de información..

La FOIA establece también una obligación anual para cada oficina de preparar un informe remitido al presidente y al Congreso sobre la cantidad de solicitudes,

denegaciones y su fundamentación, apelaciones administrativas y órdenes judiciales, sus resultados y sanciones. Por último, la norma se refiere concretamente a “agencias gubernamentales”, pero resultan comprendidas las “oficinas”, “todo departamento ejecutivo”, militar, empresa estatal o similar (entendidas en forma amplia) y también las agencias regulatorias independientes. La presente ley implicó para los ciudadanos el conocimiento directo y personal de los archivos, pero fundamentalmente, y debido a los informes anuales que las distintas oficinas deben evitar, posibilitó el necesario control parlamentario que resulta esencial para el equilibrio de poderes y para evitar que el Congreso se transforme en un mero espectador y continuo solicitante de informes, de los cuales solo recibirá respuesta en tanto y en cuanto los mismos no afecten los intereses del ejecutivo.

En síntesis, podríamos decir que existen en la legislación de los Estados Unidos al menos las siguientes normas relativas a la registración y almacenamiento de datos:

1. Acta de Privacidad de 1974: se refiere, como bien dice el título, a la protección de la privacidad de los individuos cuyos datos personales figuran en bancos de datos del gobierno. Sus mandatos básicos son los siguientes:
 - Prohibición de la existencia de bancos de datos secretos de información personal
 - Posibilidad del individuo de conocer qué información existe acerca de él y cuál va hacer su uso.
 - Posibilidad del individuo de corregir o ratificar la información registrada sobre él.
 - Prohibición de utilizar la información personal sin el permiso del individuo para otro propósito diferente de aquel para el que fue recopilada.
 - Toda organización que recopile, use o distribuya información personal debe establecer los medios necesarios para la seguridad su fiabilidad y prevenir los posibles abusos que se puedan realizar con la misma.
2. Acta de Privacidad Educacional: protege la información registrada en instituciones educativas públicas. Sus principales puntos son:

- Los datos solo pueden ser recopilados por aquellas personas u organismos autorizados por la ley.
 - Los estudiantes y los padres han de tener la posibilidad de acceso a las informaciones educacionales sobre ellos.
 - Solamente se permite la comunicación de esta información a las instituciones educativas públicas para el uso administrativo, y a las autoridades en los supuestos legales.
3. Acta de Privacidad Financiera de 1978: proporciona protección a los individuos restringiendo el acceso del gobierno a las informaciones sobre los clientes de los bancos e instituciones financieras, estableciendo en así un cierto grado de confidencialidad de los datos financieros personales.
4. Acta de Información de 1970: establece el derecho de los individuos de acceder a los datos sobre ellos almacenados.

Además de las actas ya mencionadas, cada estado dicta leyes al respecto, destacando en muchas de ellas la obligatoriedad de que los datos sean relevantes, actualizados y precisos y prohibiendo su difusión sin autorización. Sin embargo, aún no han sido reguladas las prácticas de las instituciones privadas respecto de sus bancos de datos de información personal; esto tal vez se deba a que todavía no está claro el significado del concepto de privacidad de la información.

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

CASO: Katz v. United Status (389 U.S. 347)

En 1965 el FBI colocó micrófonos en el techo de dos cabinas de teléfono públicas usada normalmente por Mr. Katz, quien utilizando tales líneas realizaba apuestas y obtenía información de juegos de azar, en violación de la regulación federal. No contaban con orden judicial.

Katz fue condenado en primera instancia, y la Corte de Apelación confirmó la sentencia. Al llegar a la Corte Suprema esta declaró ilegal la escucha de tales llamadas amparándose en la cuarta enmienda.



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

En palabras del Juez Stewart, por la mayoría, “la cuarta enmienda protege a las personas y no a los lugares”, y “lo que una persona busque preservar como privado, aun si se trata de un área accesible al público, debe estar constitucionalmente protegido”.

El juez Harlan estableció dos requisitos que son citados en opiniones posteriores como determinantes: en primer lugar, que la persona exhiba una subjetiva pero cierta expectativa sea reconocida por la sociedad como razonable.