

---

# EL AMPARO INFORMÁTICO

---

Ernesto Blume Fortini

---

## 1. INTRODUCCIÓN

---

Este trabajo versa sobre los retos que la tecnología de la información del siglo XXI presenta al Tribunal Constitucional peruano, así como sobre las alternativas para enfrentarlos y superarlos, en el marco de los roles que le asigna la Constitución vigente, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales y a la defensa de la constitucionalidad, en el Estado constitucional diseñado por el legislador constituyente nacional al que aspira ser el Perú.

Asimismo, persigue demostrar que, correspondiendo al Tribunal Constitucional peruano garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la primacía normativa de la Constitución, es necesario dotarlo de instrumentos adecuados frente a las eventualidades de su afectación como consecuencia del uso de la tecnología de la información del siglo XXI, caracterizada por el vertiginoso desarrollo de la informática y de la telemática, que presentan su más reciente y mayor expresión en el fenómeno informático denominado "internet", para cuyo efecto deben aprobarse normas constitucionales e infraconstitucionales especiales, así como crearse un mecanismo procesal ad hoc: el amparo informático.

La sobreabundancia informativa existente por el vertiginoso e imprevisible desarrollo de la informática y de la telemática, en la cual muchos de sus contenidos son incompatibles con los valores y principios del Estado constitucional, acarrea, paradójicamente, una "deshumanización" del derecho a la información. Ello exige volver a constitucionalizarlo, adaptándolo a las coyunturas, problemas y riesgos que ofrece la revolución tecnológica del siglo XXI, máxime si se tiene en cuenta que en el Estado constitucional no hay territorios liberados, que el derecho a la información es comprensivo de un conjunto de derechos –y subsecuentes deberes de implicancia mutua– tanto del emisor de la información como del receptor de esta, y que no obstante las bondades que para los titulares de dicho derecho traen la denominada "era de la información" y la llamada "sociedad de la información", en cuanto expresiones del fenómeno de la información en el siglo XXI, existen diversos riesgos que ellas conllevan para el individuo, la sociedad y el Estado peruano, a la par que cuestionamientos a instituciones, postulados y regulaciones jurídicas, frente a los cuales y en cuyo enfrentamiento y superación el Tribunal Constitucional peruano está llamado a jugar un papel gravitante.

---

## 2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

---

Marcando un hito de singular importancia en la historia constitucional del Perú en lo que hace a la atención del legislador constituyente por la protección, la defensa y el rescate de los derechos de la persona y de la constitucionalidad, la Constitución Política del Perú de 1979 consagró una regulación propia y especial para las llamadas

"garantías constitucionales", a las que dedicó su Título V.

Así, para la protección, la defensa y el rescate de los derechos de la persona, mantuvo el hábeas corpus –que ya habían recogido la Carta de 1920 como instrumento de protección exclusiva de la libertad física y la Ley Fundamental de 1933 como mecanismo de cautela de los derechos individuales y sociales en general–, precisando que su ámbito de cobertura se circunscribía a los derechos comprendidos dentro de la esfera de la libertad individual, frente a la circunstancia de que fueran amenazados o violados, por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona; y recogió, en forma inédita en nuestro país, la llamada acción de amparo como proceso de defensa y rescate de los demás derechos de la persona que fuesen amenazados o violados, excepción hecha de la libertad individual, cuya cobertura, como está dicho, reservó para el hábeas corpus.

En lo tocante a la protección, defensa y rescate de la constitucionalidad, entendida como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la normativa constitucional y la infraconstitucional de primer rango o de rango de ley, inauguró la acción de inconstitucionalidad y con ella el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, mientras que para la protección, la defensa y el rescate de la constitucionalidad y de la legalidad de las normas con rango inferior o infralegales, tales como los reglamentos, las normas administrativas, las resoluciones y los decretos de alcance general que expidieran el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y las demás personas de derecho público, mantuvo la rotulada acción popular, que venía ya incorporada en la Constitución de 1933.

De otro lado, elevó a categoría constitucional el control disperso o difuso de cons-

tucionalidad, que el Código Civil de 1936 ya había incorporado a la legislación nacional en su Título Preliminar, configurando el submodelo dual o paralelo de control de constitucionalidad que rige en la actualidad, en el cual subsisten simultánea e independientemente tanto el modelo de control concentrado de la constitucionalidad –también denominado modelo europeo, modelo austriaco, modelo kelseniano o modelo de control ad hoc– como el modelo de control disperso de la constitucionalidad –igualmente llamado modelo de revisión judicial (*judicial review*), modelo de control difuso, modelo de control judicialista o modelo americano–.

Como hemos comentado en oportunidad anterior:

Este esquema de ‘garantías constitucionales’ o, más propiamente, de procesos constitucionales,<sup>1</sup> fue reproducido en la Constitución de 1993, actualmente vigente, y ampliado con la acción de hábeas data, referida exclusivamente al acceso a la información que se requiera de cualquier entidad pública y a la reserva de la información que afecta la intimidad personal o familiar que se encuentre en servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados; la acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad y funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; y el proceso competencial o conflicto de competencias o de atribuciones, que permite resolver las controversias surgidas a raíz de una invasión de

competencia o atribución o de una omisión de ejercicio de competencia o atribución asignada por la Constitución.<sup>2</sup>

Debe apuntarse que el citado esquema ha sido complementado en los últimos tiempos por dos normas de reciente data y significativa importancia, que entraron en vigencia el 1 de diciembre del 2004 y han reemplazado la dispersa y hasta inconexa legislación existente anteriormente: la primera de ellas, el Código Procesal Constitucional, aprobado mediante la Ley 28237, y la segunda, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aprobada por la Ley 28301.

Ahora bien, en el aludido esquema de procesos constitucionales, enmarcado en la normativa constitucional e infraconstitucional vigente, sumada a la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos a la cual se ha adherido el Perú, se ubica el Tribunal Constitucional peruano como un órgano paradigma del Estado Constitucional diseñado por el legislador constituyente, dotado de autonomía e independencia, al cual le compete, en armonía con el artículo 202 de la Carta Constitucional vigente y los artículos 18, 20, 98 y 109 del Código Procesal Constitucional, conocer en instancia única el proceso de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia, los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, en los que se hayan dictado resoluciones de-

- 1 Los procesos constitucionales, mal denominados “procesos de garantía”, “garantías constitucionales” o “acciones constitucionales”, entre otros rútolos impropios, deben entenderse, a nuestro juicio y como hemos apuntado en otras ocasiones, como fórmulas de heterocomposición por órgano jurisdiccional competente de conflictos de naturaleza constitucional, surgidos por la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, vías acción u omisión; por infracción normativa a la jerarquía y a la primacía de la Constitución, a través de normas infraconstitucionales que la afecten, contradigan, desborden, violen o desnaturalicen por el fondo o por la forma; o por invasión o abstención competencial de órganos de rango constitucional.
- 2 BLUME FORTINI, Ernesto. “El derecho procesal constitucional”. *Ius et Praxis* 34. Lima: Universidad de Lima, enero-diciembre del 2003, p. 275.

negatorias a la parte demandante; y, en instancia única, el proceso competencial, ente que la misma Ley Orgánica del Tribunal Constitucional define en su artículo 1 como "... el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad" y al que le corresponde hacer efectivos los fines de los procesos constitucionales descritos en el artículo II del Título Preliminar del antes mencionado Código Procesal Constitucional, garantizando "... la vigencia efectiva de los derechos constitucionales" y "... la primacía de la Constitución...".

En tal sentido, lo reiteramos una vez más, siendo tal su rol y estando a que el derecho a la información es un derecho constitucional, resulta de una evidencia incontestable, a nuestro juicio, la responsabilidad del Tribunal Constitucional en el Estado constitucional peruano de cumplir con la cautela, guardianía, rescate y mantenimiento de un cabal, pleno, auténtico y responsable ejercicio de ese derecho, con sus correlativos deberes, tanto en el ámbito del emisor de la información como del procesador de la información, el receptor de la información y el medio utilizado para transmitir la información, dentro de un contexto de real respeto a los derechos fundamentales de las personas y de total garantía a la primacía normativa de la Constitución Política del Perú.

### 3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL SIGLO XXI

El derecho a la información corresponde al área extrasubjetiva o fenoménica del indi-

viduo y abarca, desde nuestro particular punto de vista, un elenco de derechos, "... todo el haz de derechos y libertades..."<sup>3</sup> en palabras de Ekmekdjain, que corresponden a la comunicación pública en general, sea de noticias, ideas, pensamientos u otros elementos reales o irreales atinentes al ser humano, así como un elenco de correlativos y recíprocos deberes de quienes intervienen en el fenómeno comunicacional, sea que la emitan, la reciban o intervengan en su transmisión por el medio que se utilice.

En esa línea, Loreti apunta un haz más detallado que comprende el derecho a la información como derecho continente, separando los derechos del informador y los derechos del informado. Así, diferencia:

En relación con el informador: derecho a no ser censurado en forma explícita o encubierta, derecho a investigar informaciones u opiniones, derecho a difundir informaciones u opiniones, derecho a publicar o emitir informaciones u opiniones, derecho a contar con los instrumentos técnicos que le permitan hacerlo, derecho a la indemnidad del mensaje o a no ser interferido, derecho a acceder a las fuentes, derecho al secreto profesional y a la reserva de las fuentes, derecho a la cláusula de conciencia. En relación con el informado: derecho a recibir informaciones u opiniones, derecho a seleccionar los medios y la información a recibir, derecho a ser informado verazmente, derecho a preservar la honra y la intimidad, derecho a requerir la imposición de responsabilidades legales, derecho de rectificación o respuesta.<sup>4</sup>

En el mismo sentido, como derecho continente, en cuanto admite una serie de componentes, Armagnague le atribuye las siguientes características:

<sup>3</sup> EKMEKDJAIN, Miguel Ángel. *Derecho a la información*. Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 2.

<sup>4</sup> LORETI, Damián M. *El derecho a la información. Relaciones entre medios públicos y periodísticos*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p.20.

En primer lugar, se trata de un derecho individual. En segundo término, es un derecho relativo. En tercer lugar, el derecho a la información constituye la libertad de manifestarse que posee la persona humana. En cuarto término, es un derecho de carácter universal. En quinto lugar, y según Cifra Heras, el derecho a la información tiene actualmente dos manifestaciones: la tradicional libertad de prensa o de expresión, situada en el momento emisor, y el moderno derecho a la información, que se halla a nivel del receptor.<sup>5</sup>

A su turno, Llamazares lo fundamenta en tres "instituciones": la dignidad de la persona, la libertad de conciencia y el pluralismo político.<sup>6</sup>

Nos adentramos ahora en un tema que ha originado una gran cantidad de esfuerzos y teorías, límites al derecho a la información (en sentido amplio). Es decir, la posibilidad de sancionar a los sujetos que hagan un mal uso de estas libertades o que realicen actos que no se encuentren protegidos por estos derechos. Esta última distinción no es antojadiza. Como se observará más adelante, cada una responde a posiciones teóricas distintas.

Ya vimos cómo nuestra jurisprudencia opta por la "especial" defensa de las libertades informativas al otorgarle la característica de garantía institucional, además de negar tajantemente la censura previa. Por otro lado, se entiende que estos derechos, como el resto de derechos fundamentales, no son absolutos, por lo que solo quedaría determinar cuáles son los límites del derecho bajo estudio, cuestión que es fácil de decir pero difícil de hacer.

Debemos partir primero de lo abstracto, de los límites de los derechos fundamentales en general, para luego centrarnos en las características particulares de los límites al derecho a la información.

Básicamente los límites a los derechos fundamentales pueden ser clasificados desde dos vertientes: los límites internos y los límites externos. Estas propuestas son excluyentes, por lo que se debe optar por una.

La teoría interna de los derechos fundamentales explica que el derecho se encuentra limitado en su propio concepto. Se busca a partir del propio derecho de limitar su contenido esencial. Al estudiar esta posición, Bernal Pulido señala que "los únicos límites que conocen los derechos fundamentales son los que demarcan los contornos de la substancia a la que aluden las disposiciones que los tipifican..."<sup>7</sup> Es decir, estos contenidos son fijados de una sola vez. De esta forma, esta teoría protege las actividades que se dan dentro del derecho fundamental. Las que se den fuera de este espectro no se considerarán ni siquiera como manifestación de aquel derecho, por lo que no merecerán la protección constitucional.

Esta concepción tiene su contraparte en la teoría externa, la que delimita el contenido de los derechos fundamentales mediante la utilización del principio de proporcionalidad, el que está constituido por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así, el derecho fundamental será analizado en virtud de esos tres subprincipios o si es

5 ARMAGNAGUE, Juan. "El derecho comparado en la protección de datos", en ARMAGNAGUE, Juan (dir.). *Derecho a la información, hábeas data e internet*. Buenos Aires: La Roca, 2002, p. 84.

6 LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. *Las libertades de información y expresión como garantía del pluralismo democrático*. Madrid: Civitas, 1999, p. 47.

7 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 443.

que se trata de un conflicto entre derechos fundamentales exclusivamente con el *balancing test*, también denominado principio de ponderación.<sup>8</sup>

Es decir, que en estos casos el derecho fundamental no se limita en sí mismo, sino que se realiza en relación a otros bienes o derechos fundamentales. Es por ello que se le denomina externa. Es esta tendencia la que es aceptada por la jurisprudencia de nuestro supremo intérprete como se aprecia en su jurisprudencia.

Vistas así las cosas, pasaremos ahora a analizar el particular de los límites al derecho a la información. Como ya vimos, este se divide en la manifestación de opiniones y en la de hechos o información (derecho a la información en sentido estricto). Esta división no es poco relevante, ya que en virtud de esta se establecen los límites de estas manifestaciones.

En cuanto a la transmisión de opiniones los límites parecen ser más difusos, ya que existe una mayor carga subjetiva sobre estas expresiones, ello, sin embargo, no importa la ausencia de límites. En estos casos, el discurso tendrá que ajustarse al respeto y a su relevancia pública.

En España, Llamazares Calzadilla entiende que en cuanto a la transmisión de opiniones, se debe respetar el criterio del interés general y el criterio de adecuación de las expresiones.<sup>9</sup> Respecto del primero explica que estará protegida la manifestación de la opinión que se refiera a temas

de relevancia pública que contribuyan a la formación de la opinión pública.<sup>10</sup> De acuerdo al Tribunal Constitucional español, dicha relevancia puede analizarse desde dos perspectivas: a) cuando se refiere a un sujeto, que por ser personaje público existe un interés en ello; y, b) cuando se refiere a un hecho, en el caso de que el objeto sea de relevancia pública.<sup>11</sup>

Por otra parte, sobre la adecuación de las expresiones, como lo señala la judicatura constitucional española, cuando:

... la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona...<sup>12</sup>

En cuanto a la transmisión de hechos se entiende que la información que tiene que ser protegida es la información veraz. Esto es característico en la doctrina y en parte de la legislación. Apreciemos si no el contenido de constituciones como la de España, la de Colombia o la venezolana. En estos tres cuerpos normativos claramente se esgrime que lo protegido será la información veraz. En nuestro caso, esto vino a ser propuesto por la jurisprudencia constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0905-2005-AA/TC, en donde se señala:

8 CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004, p. 123. El autor explica que el principio de proporcionalidad "sirve como criterio de evaluación cada vez que so pretexto de optimizar un bien colectivo, el legislador introduce una disminución sobre lo protegido por un derecho fundamental. No rige, como se verá, en un conflicto entre derechos fundamentales, en cuyo caso la técnica de solución es la ponderación o *balancing*".

9 LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. Op. cit., p. 303.

10 Ibidem, p. 289.

11 Véanse sentencias del TC español, 107/1988, (fundamento 2) y 178/1993 (fundamento 4).

12 Sentencia del TC español 105/1990 (fundamento).

... aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes.<sup>13</sup>

Esta creación jurisprudencial compatibiliza con la doctrina de la real malicia (*actual malice*), de origen norteamericano,<sup>14</sup> pero que ha sido recogida, con las adaptaciones del caso, por no pocos tribunales del mundo.

Básicamente, esta doctrina busca armonizar o resolver los conflictos que se den entre las libertades informativas y los derechos al honor y a la intimidad. De acuerdo con ella, el informador debe abstenerse de publicar cierta noticia si es que es de su conocimiento que esta es falsa o con desinterés acerca de la veracidad de la noticia. Es decir, no se sancionará al periodista que, a pesar de haber publicado una versión falsa de un hecho, se demuestra que hizo todo lo posible para alcanzar una versión acorde a la verdad.

Se comprende, pues, que la veracidad es una actitud que debe ser cumplida por el informador, una diligencia debida en cuanto a la información, si es que se demuestra que este no tuvo diligencia, pues será pasivo de ser sancionado. Dentro de la responsabilidad civil, se podría decir que es de aplicación el factor de atribución

subjetivo, es decir, el análisis de intencionalidad en la producción del daño.

Debemos anotar, sin embargo, que dicha doctrina se utilizó en principio para la protección de personajes públicos. Pero, progresivamente, se fue implementando para resolver conflictos en los que las partes afectadas no eran personajes públicos.

En nuestro medio, esta doctrina ya viene siendo utilizada. Veamos si no lo anotado por el Poder Judicial en el caso de la reportera Mónica Chang, quien emitió un reportaje sin el menor análisis de veracidad. En este caso, la Corte Superior estableció:

... que a criterio del Colegiado el primero de los derechos citados, la libertad de información, debe ser veraz y esa veracidad debe ser analizada 'ex ante' desde la posición del informador, quien debe realizar una comprobación necesaria de la certeza de la información, es decir ésta debe ser diligentemente investigada; y no con posterioridad a la difusión de la noticia.<sup>15</sup>

Sin embargo, paralelamente también se utilizan concepciones del derecho penal para resolver los conflictos entre estos derechos. Por ejemplo, sucede muy a menudo que los jueces de Poder Judicial revisen el dolo. Ello es algo que nuestra Corte Suprema tendrá que ordenar, esperemos, que en concordancia con la jurisdicción del Tribunal Constitucional, para que de esta manera se eviten contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, refiriéndonos al derecho a la información concretamente en el siglo XXI, es interesante destacar lo afirmado

13 Sentencia del TC 0905-2001-AA/TC (fundamento 1 [sic]).

14 La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos a la que nos referimos es: "New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)".

15 Citado por UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima: UPC, 1999, p. 96.

por Renato Jijena Leiva, Pablo Andrés Palazzi y Julio Téllez Valdés, en cuanto sostienen que:

El vertiginoso desarrollo de la informática –que es la ciencia del tratamiento automatizado o electrónico de la información– y de la telemática –que resulta de la unión de la informática con las telecomunicaciones y que se relaciona con las llamadas ‘redes digitales’– ha ocasionado una verdadera revolución social, cultural, económica, política, laboral y, en definitiva, porque el derecho es la necesaria respuesta ante los cambios y nuevos retos sociales, también jurídica. Se hace necesario por ende definir y proponer un nuevo derecho, para, al decir de un grupo de trabajo de la Unión Europea, ‘asegurar que los valores tradicionales y los intereses sociales desarrollados a lo largo de decenios se sigan manteniendo en esta nueva era tecnológica’.<sup>16</sup>

Dicho sea de paso, toman la cita que refieren del texto trabajado por un grupo de expertos de la Unión Europea que analizó la protección de las personas en cuanto a los datos personales frente al tema del anonimato en internet, en diciembre de 1997, que originó la Recomendación 3/97, precisamente sobre anonimato en internet.

Esta verdadera revolución social, cultural, económica, política, laboral y jurídica ha traído innegables beneficios para la humanidad. Ahora, formamos parte de sociedades “... cada vez más interconectadas e interdependientes, donde información de distinta naturaleza se comparte cotidianamente y donde han caído las fronteras geográficas”.<sup>17</sup> Las predicciones sobre esta

revolución escapan a todo cálculo. Baste decir, siguiendo a los mismos autores, que:

Bill Gates, el presidente y director de la transnacional Microsoft Corporation y uno de los gurúes del siglo XX, sostuvo en 1995 al publicar su libro *En el camino*, que a las puertas del Tercer Milenio ‘el futuro sería puramente digital’, pensando en la existencia omnipresente de los PC. Hacia finales de 1999 la predicción estaba concretada con creces, sobre todo en virtud del comercio electrónico mediante Internet. Ese año y en su segundo libro sobre *Los negocios en la era digital*, afirmó que en la década venidera las empresas iban a cambiar más que en los últimos 50 años, alterándose radicalmente la manera de hacer negocios. La evolución de las sociedades y el desarrollo de nuevas redes como ‘Internet II’ no hacen sino darle la razón.<sup>18</sup>

El impacto de esta revolución se debe, a nuestro juicio, a dos elementos: la información que se transmite es multimedial y tal transmisión se hace a través de redes que conjugan un tratamiento automatizado o electrónico de la información con las telecomunicaciones. El carácter de información multimedial consiste en que esta (la información) está compuesta por imágenes, sonidos y datos, de tal suerte que llega al receptor de la información por tres vías: la visual, la auditiva y la escrita o gráfica. He ahí su tremenda fuerza. La utilización de redes, sean abiertas o cerradas, y de la red de redes (internet) habilita una intercomunicación en tiempo real a nivel mundial. He ahí su practicidad y eficiencia.

16 JIJENA LEIVA, Renato; ANDRÉS PALAZZI, Pablo y JULIO TÉLLEZ VALDÉS. *El derecho y la sociedad de la información: La importancia de internet en el mundo actual*. México: Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey/Miguel Ángel Porrúa Editores, 2003, pp. 11 y 12.

17 *Ibidem*, p. 12.

18 *Loc. cit.*

Las redes cerradas o también denominadas privadas,

... posibilitan un mayor grado de seguridad, son redes propietarias administradas por entes específicos, que no admiten el ingreso de terceros no autorizados o no habilitados. Tal es el caso del tradicional Minitel en Francia, o de los cajeros automáticos -la red (RBS) administrada exclusivamente por Redbanc, S.A. en Chile, o Banelco, en Argentina-, la red SITA que utilizan las líneas aéreas y las agencias de viajes para la reserva de pasajes, las VAN o Redes de Valor Agregado, la red de área local (LAN) de una empresa, la red Infovía de CTC, etcétera.<sup>19</sup>

Las redes abiertas o públicas tienen como característica principal que permiten el acceso de cualquiera.

La más grande de las redes abiertas o públicas, caracterizadas al contrario de las cerradas porque nadie puede ser impedido de acceder y operar en ellas, se llama 'Internet', que consiste en un conjunto mundial de servidores y redes computacionales entrelazados gracias a los llamados 'proveedores de acceso o conectividad' -que son múltiples y en competencia- y al uso de un único protocolo de comunicaciones, también conocido como 'La telaraña de la información'. La red permite el intercambio de datos entre los cinco continentes, posibilitando el acceso a todo tipo de contenidos con independencia de la ubicación físico-geográfica de dichos proveedores y sus usuarios.<sup>20</sup>

Los beneficios de ingresar y navegar por el ciberespacio, recibiendo y transmitiendo información multimedial son extraordinarios, al punto de que algunos hablan

"... del mundo antes y después de Internet".<sup>21</sup> En efecto, la cantidad de información multimedial a la que se puede acceder, llámese documental (textos, mapas, estadísticas); visual (imágenes, sean congeladas o en movimiento) o sonora (voz, música y sonidos en general) es tan grande que, como afirman Jijena, Palazzi y Téllez,

... no existen fronteras para las posibilidades del conocimiento y de la inteligencia, para las opciones de aprender y de investigar. En pocos minutos y conjuntamente con el momento en que se van desarrollando, podemos conocer las noticias del mundo y el devenir de acontecimientos deportivos, culturales, económicos, políticos o artísticos. Y esta noción o percepción de la globalidad es positiva, muy positiva, sobre todo para países y naciones geográficamente aislados o apartados...<sup>22</sup>

Esos beneficios, dado el impacto y la efectividad del fenómeno, son de alto interés público y profunda gravitación social; y, en razón de ello, los estados vienen adoptando medidas para que lleguen a la mayor cantidad de personas. Esto es, para aumentar el número de beneficiarios. Existe en tal sentido una responsabilidad pública que debe traducirse en la adopción de medidas que faciliten el pleno y cabal ejercicio de este derecho a la información en términos del siglo XXI. Empero, este vertiginoso desarrollo de la informática y de la telemática, que ha ocasionado la verdadera revolución social, cultural, económica, política, laboral y jurídica a la que estamos haciendo referencia, tiene también sus riesgos, los cuales, como se verá, guardan proporción en cuanto a tamaño e in-

19 *Ibidem*, p. 14.

20 *Ibidem*, pp. 14 y 15.

21 *Ibidem*, p. 18.

22 *Loc. cit.*

tensidad con los beneficios antes indicados; y es a ellos a los que dedicaremos las siguientes líneas.

En este punto, es menester centrar brevemente nuestra atención en los sujetos involucrados, en los intereses en juego y en los derechos, así como en las obligaciones que se presentan cuando nos enfrentamos a la problemática del derecho a la información en el siglo XXI, en el marco de la revolución informática y telemática que se viene dando en el mundo.

En lo que respecta a los sujetos involucrados, encontramos al emisor de la información, al receptor de la información, al intermediador de la información, al Estado y a la sociedad. Ciertamente, dado el carácter de derecho continente que tiene el derecho a la información que, como lo hemos dejado sentado en esta investigación, comprende un elenco de derechos y recíprocos deberes, tanto en el plano activo, de producción y emisión de la información, como en el plano pasivo, de recepción de la información, pasando por los que intervienen en el proceso su transmisión, así como los que sin tener una intervención directa están comprendidos indirectamente por el carácter y trascendencia de aquella, en cuya dinámica operan todos estos actores, desde sus diversos planos de acción y con el carácter de titulares de derechos y deberes recíprocos. Se trata de una pluralidad de sujetos.

En lo que toca a los intereses en juego, estos son de tres órdenes: particulares, públicos y sociales. Los primeros corresponden al sector privado, los segundos al Estado y los terceros a la sociedad, ya sea en su conjunto o a través de sus instituciones representativas. Esto es así, en la medida en que la información que navega en la red, de acuerdo con sus características, utilidad, utilización, fines y efectos puede co-

rresponder a intereses individuales o a intereses generales y, dentro de estos últimos, al Estado o a la sociedad.

En lo atinente a los derechos, así como a las recíprocas obligaciones, encontramos la facultad de recibir información (que comprende noticias, conocimientos y opiniones, entre otros); el derecho de no recibir ninguna información; el derecho de elegir información; el derecho a impugnar la información; el derecho a una información veraz, trascendente y plural; y el derecho de acceder a los medios de comunicación. Igualmente, la facultad de difundir información y de investigar. Recíprocamente, estos derechos conllevan correlativos deberes y consecuentes responsabilidades.

Los riesgos que puedan presentarse y que, de hecho, ya se vienen presentando, son de diversa índole y gravedad, por lo que deben merecer una respuesta en cada caso. Sin embargo, solo para ejemplificar algunos de ellos que nos deben llamar a profunda reflexión, nos permitimos, recogiendo las preocupaciones de Jijena, Pallazzi y Téllez, mencionar los siguientes:

- a) La difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas, la producción y tráfico de drogas y el activismo político que atenta contra la seguridad nacional y mundial;
- b) la oferta de servicios sexuales y pornografía relacionada con niños (pedofilia), lo que requiere velar por la protección de menores;
- c) el envío de mensajes que incitan al odio y la discriminación racial o religiosa, lo que atenta contra la dignidad humana;
- d) las conductas de hurto y destrucción de datos que realizan los hackers, que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información;
- e) los delitos de 'piratería' de software, que vulneran la propiedad intelectual;

- f) el mal uso de tarjetas de crédito ajenas, lo que atenta contra la seguridad económica;
- g) la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales, lo que requiere proteger legalmente la privacidad o intimidad de las personas;
- h) el envío de mensajes difamatorios o injuriantes, lo que atenta contra la honra y dignidad de las personas; y
- i) la publicación o inclusión de hipervínculos a rutinas de descriptación de sistemas de protección de contenidos, como es la rutina que protege el sistema de reproducción de DVD.<sup>23</sup>

#### 4. EL AMPARO INFORMÁTICO

Como sostiene Manuel Castells:

Hacia el final del segundo milenio de la era cristiana, varios acontecimientos de trascendencia histórica han transformado el paisaje social de la vida humana. Una revolución tecnológica, centrada en torno a las tecnologías de la información, está modificando la base material de la sociedad a un ritmo acelerado. Las economías de todo el mundo se han hecho interdependientes a escala global, introduciendo una nueva forma de relación entre economía, Estado y sociedad en un sistema de geometría variable.<sup>24</sup>

Este nuevo mundo está jaqueando al individuo, a la sociedad y al Estado, poniendo en riesgo sus derechos, valores y principios, conquistados a través de milenios.

El individuo, la sociedad y el Estado no deben permanecer inertes ante este emba-

te. Es necesario actuar y pronto. Es en ese sentido que nosotros consideramos que urge una actitud preactiva de defensa de aquello que tanto ha costado lograr a la humanidad. Concretamente, en lo referente al Tribunal Constitucional peruano es menester dotarlo de más eficientes y contundentes instrumentos normativos que le faciliten su tarea dual en beneficio de la persona humana y la garantía de vigencia de sus derechos fundamentales y en beneficio del propio Estado constitucional peruano, en el cual no caben territorios liberados de responsabilidad, ni derechos irrestrictos, ni áreas ajenas al imperio de la Constitución. Ello, por cierto, fuera de los mecanismos normativos supranacionales que deben fortalecerse o crearse, según corresponda, en los que cabe al Perú una participación protagónica, mecanismos que escapen al propósito de esta investigación.

Dentro de esa lógica, proponemos un bloque normativo de resistencia y superación al embate de la era de la información y de la sociedad de la información, en cuanto a los riesgos que ellas presentan, proveyendo al Tribunal Constitucional de normas constitucionales e infraconstitucionales claras y precisas que habiten su intervención pronta y eficaz en cautela, defensa, rescate y mantenimiento de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad.

En tal sentido, la consagración de un amparo informático, como un proceso constitucional especial, de instancia única y de conocimiento exclusivo y excluyente del Tribunal Constitucional, se yergue como un mecanismo procesal que ofrece una

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>24</sup> CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Tomo 1. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1997, p. 27.

real garantía de los derechos constitucionales que podrían verse vulnerados o amenazados por el embate de la tecnología informática actual.

Dicho proceso, además de estar inspirado en los principios que informan a todo proceso constitucional, tales como el debido proceso, la igualdad, la gratuidad, la informalidad, la eficacia, la economía y el impulso oficioso, debe informarse de otros principios acordes con su especial naturaleza.

Así, por ejemplo, tenemos el principio de la finalidad tecnológica, que nos señala que la finalidad de la informática y la tecnología es la de fortalecer la calidad de vida de todas las personas y no la de atentar contra sus derechos y libertades fundamentales.

Encontramos también como un principio que informa a este especial proceso constitucional el de la autodeterminación informática, por el cual debe mediar el consentimiento previo, libre y expreso de una persona antes de hacerse una recolección, tratamiento y circulación de sus datos.

Al respecto, la Ley 25326, de protección de los datos personales, promulgada el 30 de octubre del 2000, en la República Argentina, preceptúa en el numeral 1) de su artículo 5, que el tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, haciendo denotar de este modo la vital importancia que tiene el consentimiento de una persona para el procesamiento de sus datos.

En el derecho europeo, el convenio 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, de protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de

datos personales, contiene diversos principios rectores previstos en resguardo de los derechos fundamentales de las personas, tales como el de pertinencia, de utilización no abusiva, de exactitud y de lealtad.

Con relación al principio de pertinencia debemos mencionar que este es definido como aquel principio por el cual solo se podrán recoger a tratamiento y someter a dicho tratamiento, los datos que sean adecuados y pertinentes en relación con las finalidades para las cuales se hayan obtenido. Según Armagnague "Este principio se denomina de pertinencia, pues los datos deben estar relacionados con los fines perseguidos al crearse el fichero".<sup>25</sup>

De otro lado, el principio de utilización no abusiva importa que los datos personales están impedidos de ser utilizados para fines distintos de los que fueron obtenidos. Como se aprecia, este principio es complementario del anterior porque cierra el círculo de protección de los derechos de las personas en relación con este tema.

Siguiendo con los principios que deben informar al proceso de amparo informático, los principios de exactitud y lealtad determinan que los datos de carácter personal deben ser exactos y responder con veracidad a la situación actual de la persona, prohibiéndose la recolección de estos a través de medios fraudulentos y antitécnicos.

Así, en el nivel constitucional, consideramos urgente introducir modificaciones e inclusiones de carácter sustantivo y procedimental que atiendan estos cuatro requerimientos:

- La inclusión de un título sobre principios fundamentales, en base a la propuesta que en su oportunidad formulara la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional del Perú nombrada

25 ARMAGNAGUE, Juan. Op. cit., p. 375.

por el ex presidente don Valentín Paniagua Corazao.<sup>26</sup>

- La reformulación de la regulación del derecho a la información en el contexto electrónico como un derecho y un deber de tercera generación.
- La inclusión de un artículo que consigne los deberes de las personas, en base a la propuesta que en su oportunidad formulara la Comisión de Bases para la Reforma Constitucional del Perú nombrada por el ex presidente don Valentín Paniagua Corazao.<sup>27</sup>
- La consagración del amparo informático, como proceso constitucional especial, de instancia única y de conocimiento exclusivo y excluyente del Tribunal Constitucional.

En el nivel infraconstitucional, dictar las pertinentes leyes que desarrollen los tópicos propuestos, entre los cuales urge la inclusión del amparo informático en la regulación del Código Procesal Constitucional.

Refiriéndonos concretamente al amparo informático, lo concebimos como un nuevo proceso constitucional de carácter especialísimo, de instancia única, distinto del hábeas data, de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional, de acceso directo por cualquier ciudadano, dados los intereses sociales y públicos que están en juego, que permita una intervención pronta y eficaz de dicho órgano constitucional en defensa y rescate, de ser el caso, de la vigencia de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad, cuando son puestos en peligro mediante un uso indebido de la informática y de la telemática a través del internet o de sistemas similares.

## 5. CONCLUSIONES

- *Primera:* No obstante los beneficios que reporta para la humanidad la denominada era de la información, esta trae también riesgos y peligros, que pueden afectar los derechos constitucionales consagrados en la Constitución y la propia vigencia de la Norma Suprema, del Estado de derecho y del orden democrático, cuya guardianía, rescate, defensa y mantenimiento corresponde principalmente al Tribunal Constitucional.
- *Segunda:* Frente a tales riesgos es menester dotar al Tribunal Constitucional de los instrumentos constitucionales e infraconstitucionales idóneos y actualizados para que pueda enfrentar con éxito los embates de la revolución tecnológica que ha inaugurado el siglo XXI.
- *Tercera:* Tales instrumentos normativos deben partir de la premisa de que el derecho a la información comprende varios sujetos y un elenco de derechos y a la vez de deberes para cada uno de ellos, en el marco de un Estado constitucional, en el cual no deben existir territorios liberados ni áreas ajenas a los parámetros constitucionales, de tal suerte que se evite el exceso y el abuso de poder, en procura del bien común.
- *Cuarta:* En tal dirección, se proponen cuatro reformas constitucionales:
  1. La inclusión de un título sobre principios fundamentales.
  2. La reformulación de la regulación del derecho a la información en el contexto electrónico como un de-

26 Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú. Lima: Ministerio de Justicia, 2001, p. 21.

27 *Ibidem*, pp. 33 y 34.

- recho y un deber de tercera generación.
3. La inclusión de un artículo que consigne los deberes de las personas.
  4. La consagración del amparo informático como proceso constitucional especial, de instancia única y de conocimiento exclusivo y excluyente del Tribunal Constitucional.
- *Quinta:* En la misma dirección, a nivel de normativa infraconstitucional se plantea incorporar en el Código Procesal Constitucional el amparo informático.
  - *Sexta:* Incorporar en la Constitución un título inicial que defina los siguientes diez principios fundamentales:
    1. Dignidad de la persona humana.
    2. Derechos fundamentales.
    3. Orden democrático.
    4. Estado social y democrático de derecho.
    5. Control y transparencia del poder público.
    6. Descentralización.
    7. Economía social de mercado.
    8. Integración.
    9. Supremacía constitucional.
    10. Vigencia de la Constitución ante formas de derogación no previstas por ella.
  - *Sétima:* Incorporar en la Constitución un artículo que establezca los siguientes deberes de la persona.
    1. Realizarse como persona en tanto ser libre.
    2. Contribuir al bien común.
    3. Convivir pacíficamente y colaborar con la afirmación de una sociedad justa, fraterna, solidaria, sustentada en principios éticos y democráticos.
    4. No dañar a las demás personas, respetando su derecho e interés social.
5. Honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, defender la integridad territorial y respetar los símbolos de la patria.
  6. Contribuir a afirmar y perfeccionar el sistema democrático, respetando y defendiendo los derechos fundamentales, la Constitución y el ordenamiento jurídico.
  7. Servir a la comunidad a través del trabajo eficiente y responsable, decisivo medio para la realización personal.
  8. Pagar los tributos y contribuir equitativamente con las cargas legalmente establecidas al sostenimiento de los servicios públicos.
  9. Contribuir con las autoridades competentes en la lucha contra la corrupción.
  10. Respetar la dignidad étnica y cultural.
  11. Requerir a los medios de comunicación que cumplan con sus deberes de información pluralista, ética y de fomento a la cultura y la paz.
  12. Contribuir a la defensa, preservación y mantenimiento de un medio ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.
  13. Colaborar en el mantenimiento de la paz y la seguridad.

---

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ARMAGNAGUE, Juan. "El derecho comparado en la protección de datos", en ARMAGNAGUE, Juan (dir.). *Derecho a la información, hábeas data e internet*. Buenos Aires: La Roca, 2002.

- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BLUME FORTINI, Ernesto. "El control de la constitucionalidad en el Perú (antecedentes, desarrollo y perspectivas)". *Derecho procesal constitucional*. Tomo I. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2004.
- . "El derecho procesal constitucional". *Ius et Praxis* 34. Lima: Universidad de Lima, enero-diciembre del 2003.
- CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004.
- CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Tomo I. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1997.
- Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú. Lima: Ministerio de Justicia, 2001.
- EKMEKDJAIN, Miguel Ángel. *Derecho a la información*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- JIJENA LEIVA, Renato; ANDRÉS PALAZZI, Pablo y Julio TÉLLEZ VALDÉS. *El derecho y la sociedad de la información, la importancia de Internet en el mundo actual*. México D.F.: Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey/Miguel Ángel Porrúa Editores, 2003.
- LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. *Las libertades de información y expresión como garantía del pluralismo democrático*. Madrid: Civitas, 1999.
- LORETI, Damián. *El derecho a la información. Relaciones entre medios públicos y periodísticos*. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima: UPC, 1999.