

---

# INFORMÁTICA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

---

Gorki Gonzales Mantilla

*Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

---

## 1 EL PROBLEMA

---

Se trata de establecer el sentido y la forma como son regulados a través del derecho los cambios tecnológicos, en el terreno de la informática, que operan en la sociedad contemporánea.

Esta perspectiva de análisis debe permitir comprender el tipo de relación que existe entre las instituciones jurídicas creadas a propósito de estos cambios y los derechos fundamentales. Pues, si bien está claro que toda actividad normativa de esta naturaleza debe tener como finalidad esencial afianzar la vigencia de estos derechos, este solo hecho no garantiza necesariamente la ampliación y desarrollo de los mismos.

Como se desprende de lo anterior, el problema presenta en sí mismo tres aspectos o ámbitos, cada uno claramente delimitado, pero a su vez interrelacionado con los demás. Veamos brevemente en qué consiste cada uno:

- a) *El ámbito de lo tecnológico.* Que consiste en lograr la creación de sistemas y dispositivos físicos o lógicos que impidan el acceso sin control a los sistemas de información.
- b) *El ámbito de lo deontológico.* Que exige la creación de una mentalidad responsable por parte de los profesionales en la

informática y la aceptación de un código de ética informática.

- c) *El ámbito jurídico*. Que consiste en la formulación del marco conceptual de derecho objetivo, que, sobre la base de lo anterior, debe permitir regular los supuestos de hecho que se van perfilando y los que vayan apareciendo. Se debe tener presente que sólo a través del desarrollo de este ámbito es posible efectivamente establecer un equilibrio en el proceso de irrupción incontrolada de la informática.

## 2 EL ORIGEN DEL PROBLEMA

### 2.1 Una dimensión que se pensó utópica

Que el tiempo en que vivimos es un tiempo de cambios profundos, no cabe la menor duda. Pero si pudiéramos resumir en pocas palabras la dimensión de estos cambios en la sociedad contemporánea, podríamos decir, con Díez Picazo<sup>1</sup>, que ellos han permitido la conquista de los tres infinitos:

- a) El nivel de lo *infinitamente pequeño*, es decir, el dominio de la energía atómica, que abre la era de una desintegración controlada de la materia y que pone en manos del hombre unas posibilidades sin límites de riqueza y poder.
- b) El nivel *infinitamente grande*, constituido por las exploraciones cósmicas, que abren un horizonte sin fin a las transformaciones de la humanidad.
- c) El nivel de lo *infinitamente complejo*, formado especialmente por la revolución cibernética: los ordenadores, la automatización de la producción y la

informática, que suplen de tal modo los cálculos humanos, que el cerebro del hombre queda liberado para la función exclusivamente creadora, que bruscamente se engrandece.

Se puede afirmar, por ello, que uno de los rasgos característicos de los tiempos modernos consiste en sostener la idea de que el futuro de la ciencia se confunde con el futuro de la humanidad, afirmando a partir de ello la solución a las angustias del presente.

Sin embargo, la propia realidad se ha encargado de demostrar que, a la par que el desarrollo de la ciencia y la tecnología ha logrado mayores niveles de presencia en la sociedad contemporánea, paradójicamente, para poder sobrevivir, la humanidad ha tenido que hacer frente a situaciones cada vez más difíciles e imprevisibles, tornándose su existencia en incierta y precaria.

En otras palabras, y refiriéndonos al nivel de lo *infinitamente complejo*, que a través de la informática se pueda ejercer un poder de control sobre las personas no es algo de lo que hoy podamos extrañarnos, porque lo que hasta hace algunos años se mantenía en el nivel de la literatura de ciencia ficción, hoy es perfectamente posible y realizable.

### 2.2 El poder informático

Por lo tanto, las modalidades clásicas de injerencia arbitraria en la esfera de la vida íntima, tales como el teatro, la literatura, la prensa, que se fueron perfeccionando con la fotografía a distancia, la radio, el teléfono y la televisión, quedan minimizadas con la evolución de la electrónica y la informática.

Se sostiene, en consecuencia, que la informática, a la par que un bien jurídico y económico constituye una nueva forma de poder. Un poder que consiste en la posi-

1 DÍEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Anel, 1975, p. 361.

bilidad que tiene hoy el operador de computadoras de acumular información en cantidad ilimitada sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana de un individuo: salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc. Un poder cuyo ejercicio incontrolado hace totalmente factible la destrucción de la esfera de reserva de un individuo, la misma que siendo frágil se hace aún más vulnerable, especialmente en los supuestos que bien pueden enumerarse de la siguiente manera:

- a) Cuando se incluye a una persona en un banco de datos sin solicitar su previo consentimiento.
- b) Cuando se impide al interesado el *derecho de acceso a su propia información* contenida en un banco de datos.
- c) Cuando no se otorga al sujeto el *derecho de rectificación* de datos erróneos o incompletos.
- d) Cuando se fijó un *plazo para el uso de los datos* y el usuario de los mismos se excede en el término.
- e) Cuando los sujetos que manejan la información contenida en un banco de datos se apartan de los fines para los que aquella había sido solicitada, usando y difundiendo la misma en forma indebida e ilícita.
- f) Cuando los datos se difunden al exterior sin autorización del interesado.

### 3 EL DERECHO FRENTE A LA INFORMÁTICA

En estos años se han estado formulando soluciones destinadas a equilibrar la situación de la sociedad respecto del desarrollo de la informática.

Algunos países de Europa, y básicamente Norteamérica, procesan jurídica-

mente diversas alternativas conducentes a viabilizar en este nuevo contexto el respeto por los derechos fundamentales, en especial por el derecho a la privacidad y los demás derechos vinculados a éste.

A grandes rasgos, puede decirse que de las diferentes soluciones formuladas, se perciben como aspectos esenciales del problema:

- protección a la vida privada e identidad personal;
- regulación y control de las bases de datos personales;
- regulación del flujo de datos transfronterizas.

#### 3.1 Clasificación de las políticas legislativas

Ahora bien, de acuerdo a la particular perspectiva con que se ha abordado el tratamiento normativo de esta problemática en los países que lo han hecho, tenemos la siguiente clasificación:

##### a) Países con enfoque constitucional

Se consagra la protección de los datos personales frente a la informática. Se encuentran en este grupo:

- Portugal (art. 35 de la Constitución de 1976);
- Austria (ley de 18 de octubre de 1978);
- España (art. 18 de la Constitución de 1978);
- Estados Unidos (las Constituciones de Alaska, Arizona, California, Florida, Iowa, Montana, Ohio y Washington);
- Brasil;
- Colombia;
- Paraguay.

##### b) Países con enfoque legislativo

Se establecen reglas sustantivas relativas al tratamiento de información personal a través de ordenadores, reglas procedimen-

tales y previsiones institucionales. Entre estos países tenemos:

- Francia (ley relativa a la informática, los ficheros y las libertades, de 6 de enero de 1978);
- Luxemburgo (ley de 1979);
- República Federal Alemana (ley de 27 de enero de 1979);
- Suecia (ley de 11 de mayo de 1973);
- Noruega (ley de 9 de junio de 1978).

#### c) Países con un enfoque sectorial

Se distingue el sector público del privado, a efectos de plantear una regulación por separado.

Así, tenemos:

- Alemania (ley de protección de datos, del 7 de octubre de 1970, promulgada por el ministro presidente del estado de Hesse);
- Alemania (ley federal de Datenschetz, de 1977, destinada a proteger los datos personales almacenados en bancos públicos y privados);
- Dinamarca (ley de registros privados, del 8 de julio de 1978, y ley de registros de las autoridades públicas);
- Estados Unidos (ley de privacidad, del 31 de diciembre de 1974).

#### d) Países con un enfoque especializado

Se establecen normas específicas tendientes a regular actividades con problemas específicos:

- Estados Unidos (ley de evaluación legal de la insolvencia, de abril de 1971).

### 3.2 El *habeas data*

Es en este marco en el que se gesta el *habeas data* como institución cuyo origen está ligado al surgimiento de los archivos computarizados. En tal sentido, su configu-

ración inicial estuvo orientada a la protección de la intimidad personal.

El derecho a la intimidad ha venido adquiriendo mayor gravitación en vista de la compleja red de alteraciones que el desarrollo de los tiempos modernos imprimen a la vida cotidiana. Y es producto de esta evolución que, al interior de la esfera del derecho a la intimidad, se observan como contenido a proteger:

- la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico y también en sus expresiones o comunicaciones;
- la reserva de los vínculos afectivos más cercanos;
- la reserva del lugar donde la persona habita o desarrolla su vida íntima;
- la salud y los antecedentes médicos;
- la correspondencia;
- las creencias de cada persona;
- los hechos de la vida pasada o las memorias.

La puesta en vigencia de este mecanismo de protección, al que se ha denominado también *habeas scriptum*, tiene como fin el obligar a una persona o entidad que tiene registrados datos de otra, a que exhiba o ponga de manifiesto a ésta los soportes informatizados que contengan tales datos. Se ha generado lo que en doctrina se conoce como el *derecho de acceso a la información*.

Este principio parte de considerar que *el desarrollo de la informática debe ir acompañado de una ampliación del derecho a la información*. Por ello, si el desarrollo del tratamiento automático de los datos puede dar lugar a un aumento del poder sobre las personas, hay que compensar este aumento de poder mediante una intensificación del derecho a la información.

El interesado debe tener la posibilidad de conocer los datos que hay registrados acerca de él y en los cuales habrán de fun-

darse las decisiones que le afecten, para tener el control sobre la información que sólo a él concierne.

En este punto es posible distinguir dos aspectos a tener en cuenta:

- Se trata de un *derecho personal* consistente en la facultad de exclusión que ostenta la persona para evitar la intrusión de terceros. En este sentido, la intimidad reviste verdaderamente un valor positivo en cuanto su contenido está integrado por facultades de control sobre las informaciones personales, en especial las automatizadas.
- Respecto del *objeto del derecho* de acceso, la doctrina propugna que comprenda no sólo los datos en sí mismos, sino además las fuentes de los mismos y los usos que de ellos se realicen.

Como resulta obvio, del derecho de acceso se desprende, a su vez, el derecho de *impugnar o rectificar* los datos incompletos, inexactos, obsoletos o ilícitos, y la correlativa obligación, del titular del archivo, de rectificar tal información.

Cabe añadir la posibilidad de que las rectificaciones, adiciones o supresiones de datos, resultado de la impugnación, sean notificadas a las personas que habían tenido conocimiento de los datos inexactos, incompletos o falsos, con el fin de que éstas puedan a su vez modificar sus decisiones o su actitud para con el interesado.

### 3.2.1 *El hábeas data en la Constitución de 1993 y los derechos fundamentales*

En consecuencia, la institución jurídica que históricamente surgió con el fin de hacer frente al hecho concreto del riesgo generado por el poder informático, presenta en el caso de nuestro texto constitucional una ampliación inusitada. Además del derecho a la intimidad, han pasado a formar parte de la esfera de protección tutelar de esta acción de garantía constitu-

cional el derecho a la propia imagen, el derecho al honor y el derecho a la información. Cabe precisar que la plataforma conceptual que sirve de base para la arquitectura del hábeas data es sin duda la ampliación del derecho a la información, con mayor intensidad en el caso peruano.

Ahora bien, la visión occidental de los derechos humanos ha venido sufriendo algunos cambios desde mediados del presente siglo. En este proceso han tenido una intervención decisiva las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo, pues de ellas se deriva una visión que incorpora los aspectos culturales, económicos, sociales y políticos que les son propios. En tal sentido, es desde posiciones alternativas o de perspectivas no hegemónicas del poder económico<sup>2</sup> que se ha venido enriqueciendo el concepto y contenido de los derechos humanos. Es el caso concreto de los derechos de las minorías étnicas, por ejemplo, o los derechos que han venido surgiendo como consecuencia de las carencias y urgencias que la propia realidad plantea. Así, frente a una realidad tan lacerante como la producida, por ejemplo, a raíz del fenómeno de la desaparición de personas por parte de agentes del Estado o de entidades no gubernamentales, se ha constitucionalizado el derecho a no ser desaparecido –por poner un ejemplo–, en la Constitución de Colombia (artículo 12).

Me parece que el hábeas data, en el caso peruano, obedece sin duda a una necesidad que va haciéndose cada vez más latente. Al margen de la orientación política que de hecho pudo haber tenido su inclusión en el nuevo texto constitucional –tema que ya ha sido suficiente-

2 ROMERO, Amanda. "El neoliberalismo, los derechos humanos y el nuevo paradigma". En *El otro Derecho* 11. Bogotá: IUSA, 1992, pp. 53-54.

mente abordado y al cual no me voy a referir-, pienso que la tutela efectiva de los derechos antes indicados parte de considerar que se trata de proyecciones de la personalidad del ser humano, es decir, aspectos sin los cuales el ser humano no podría ser tal y que en el contexto actual se encuentran permanentemente amenazados.

El punto de partida para esta consideración es que, producto de la crisis de los últimos años, vivimos en medio de una sociedad en la cual se ha producido un debilitamiento extremo de los estándares que permiten la convivencia humana. Existe un ejercicio de la libertad de prensa que no siempre actúa de acuerdo con los principios de ética profesional y respeto de los derechos fundamentales de las personas. La proliferación de medios de información escrita que dan cuenta de hechos alusivos a personajes públicos en forma lesiva a sus derechos humanos, es algo de lo cual todos somos testigos a diario.

Se podría decir entonces que un mecanismo de protección jurídica de derechos fundamentales, cuyo origen se debe al surgimiento de los archivos computarizados en las sociedades desarrolladas, en donde la tecnología ciertamente constituye un real peligro, en el contexto nuestro recibe de la realidad un ingrediente adicional producto del ejercicio muchas veces irrestricto y desproporcionado de la prensa.

De este modo, teniendo como fundamento el derecho a la información, el hábeas data amplía su esfera protectora a los derechos que, asociados al derecho a la privacidad, se encuentran en permanente peligro ya no sólo por el nuevo contexto tecnológico propiciado por la informática, sino por los cambios operados en la sociedad de las comunicaciones que hoy se abre paso entre nosotros sin que estemos debidamente premunidos.

En consecuencia, al margen de lo que resulte de la discusión sobre la probable modificación y supresión de uno de los extremos del hábeas data en el Congreso, lo cierto es que la garantía última para que este mecanismo opere con certeza radica, sin duda, en la labor jurisdiccional. En tal sentido, hay que rescatar de todo esto el sentido positivo que de hecho puede adquirir el hábeas data en una realidad tan compleja como la nuestra, en la cual sin duda los jueces deberán dar vida a las nuevas directrices del derecho en este nuevo contexto.