
INTIMIDAD, IDENTIDAD E INFORMÁTICA

A propósito de la Constitución peruana de 1993

Yuri Vega More

Abogado, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Realizó estudios de posgrado en Siena, Italia, en la especialidad de disciplinas bancarias. Profesor de Derecho de las Personas y Contratos en la Universidad de Lima.

"En otros tiempos el peligro era que los hombres se convirtieran en esclavos. El peligro del futuro es que los hombres lleguen a convertirse en robots."

Erich Fromm (*La condición humana actual*, p. 14.)

1 EL IMPACTO DE LA INFORMÁTICA SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

A diferencia de la pasividad del hombre de derecho de la primera mitad del ochocientos, cuya apatía se convertiría en un inédito estado de alerta frente a la aparición del maquinismo, el jurista del siglo actual, a lo largo de la centuria que está en trance de concluir, ha experimentado los más variados cambios y las más aceleradas transformaciones que la historia de la civilización haya conocido¹.

Sería extenso enumerar todos aquellos hechos que han obligado al operador del derecho a reformular las categorías, conceptos y esquemas con los cuales solía entender y explicar la realidad, así como a buscar e idear un nuevo instrumental jurídico que dé cuenta de un escenario tan diverso como el actual.

1. Según Guido Passó, la Europa del ochocientos era un mundo estético, no inclinado a las transformaciones. Sin embargo, la revolución industrial fue modificando sensiblemente la economía y las condiciones de vida de vastas esferas sociales; nuevas actividades y nuevas relaciones económicas hicieron surgir la necesidad de nuevos institutos correspondientes y nuevas relaciones jurídicas. Citado por LAQUEB, Manuel A. "El derecho frente a las nuevas tecnologías". En: *El derecho y las nuevas tecnologías*. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 345.

Sin embargo, existen algunos acontecimientos que han despertado un particular y señalado interés. Me refiero a las consecuencias de la introducción de la informática en el derecho. De entre ellas, cuyo estudio desborda la intención de este trabajo, me ceñiré a la incidencia de la informática en el terreno de los derechos de las personas.

Las razones que han motivado la atención por aquel tópico son múltiples. No obstante, creo que ha sido la impensada convergencia de ciertos hechos la que ha sacudido de la inercia hasta al más desaprensivo hombre de derecho.

En efecto, la creciente afirmación de la libertad de información (orgullosa conquista política de las democracias contemporáneas)²; la masificación de los medios de comunicación social; el consumo, acumulación, transferencia y comercialización de la información; la multiplicación de archivos de datos personales, en manos del Estado o de particulares, para los más diversificados fines; el empleo de ordenadores electrónicos, etc., han confluído casi al acaso para dar origen a un novedoso entramado de relaciones sociales.

El derecho a la información ha adquirido nuevos matices en la sociedad tecnológica. Este hecho se aprecia con mayor evidencia en la labor que desempeñan los medios de comunicación, los mismos que, en su afán de difundir noticias y sucesos que se producen aun en los lugares más recónditos, despliegan los mayores esfuerzos por acumular, indagar, procesar y comunicar información del más distinto tipo, valiéndose de los avances técnicos que la modernidad ofrece.

Las distancias se han recortado. La radio, la televisión, los satélites, etc., nos han convertido en espectadores privilegiados al liberarnos de la necesidad de desplazarnos geográficamente para saber lo que acontece en cualquier espacio del orbe. Basta un simple diario, un aparato de radio o de televisión para gozar de relatos e imágenes "frescas" de hechos que han ocurrido horas antes o que se están desarrollando al tiempo de recibir la información.

El hombre del siglo xx exhibe, además, una apetencia creciente de información. El consumo de noticias lo integra a los acontecimientos que la cotidianidad arroja. Le da conocimiento, seguridad, capacidad decisoria y, sobre todo, poder.

La información, a su vez, ha creado toda una industria y un conjunto de reglas de juego sobre ella. Cientos de miles de personas se lanzan en su persecución. Los medios de comunicación compiten por ella. Su divulgación puede tener como propósito atraer la atención de los espectadores o encauzar la opinión pública. Los gobiernos, a su turno, la utilizan de modo estratégico, según el contenido de la misma.

La información, por otra parte, se ha "cosificado" para pasar a ser, incluso, un bien "comerciable".

Todo ello no hubiera sido posible sin los recursos técnicos con los que actualmente se cuenta. Un hombre no puede memorizar la cantidad abrumadora de datos que conoce y desea registrar. Los satélites, la televisión, los registradores auditivos o audiovisuales, etc., son máquinas indispensables para las comunicaciones y la transmisión de noticias e información.

A esos medios se ha añadido otro invento humano: el ordenador electrónico.

Éste, que originariamente fungió de calculador matemático —desplazando al hombre por la velocidad de sus respuestas— y que resolvió no pocos e importantes pro-

2 Cf. FROSTO, Yvonne. *Informática y derecho*. Bogotá: Temis, 1986, pp. 32-33, 81-84.

blemas técnicos, ha devenido soporte de las más variadas actividades.

Gracias a su capacidad de almacenamiento de datos con los cuales se le alimenta y, sobre todo, a su posibilidad de aplicar el razonamiento lógico, se ha erigido en una prótesis electrónica de la inteligencia humana para atacar cuestiones insolubles o imposibles para cualquier persona.

Se ha dicho que si la revolución industrial reemplazó la fuerza física del hombre, la cibernética y su hija predilecta, la computadora, pretenden sustituir el pensamiento humano³.

Las computadoras han imitado y automatizado diversos procesos mentales para los cuales el esfuerzo de un hombre, incluso superdotado, sería insuficiente.

Su carácter instrumental y su adaptabilidad a las exigencias del mercado han hecho posible que su incursión en los procesos productivos se acreciente a través de la creación de robots que reducen la intervención humana.

Asimismo, y en consonancia con el tema de la información, han servido y se usan para acumular, recuperar, recibir y transmitir datos automáticamente, en cuestión de segundos. Este tratamiento racional de información a través de máquinas automáticas ha sido bautizado, precisamente, como *informática*.

Esta última función ha permitido que la información disponible, que antiguamente era tratada de modo manual, sea archivada electrónicamente en bancos de datos de la

más diversa índole para los más disímiles fines.

Muchos de los archivos de datos organizados con ordenadores sirven de auxilio a las tareas que competen al Estado. Otros tienen un uso particular y restringido a las actividades del titular del banco de datos.

Los bancos se nutren, curiosamente, sin que las personas nos demos cuenta de que somos nosotros mismos quienes proporcionamos información sobre distintos hechos que nos atañen.

Las declaraciones sobre las rentas percibidas, los requisitos para ser sujeto de crédito, para obtener una visa de viaje o una tarjeta de crédito, las solicitudes para ingresar a una institución o para ocupar un puesto de trabajo, el movimiento de las cuentas corrientes, etc., son algunos de los supuestos en los cuales el sujeto, desapercibidamente, trasmite o produce información personal que alimenta los bancos de datos.

También es común la comunicación de aspectos o circunstancias personales cuando el individuo es sometido a un tratamiento médico (las historias clínicas) o psiquiátrico, así como cuando recurre a un profesional al cual confía hechos que pertenecen al ámbito de la reserva o de la vida privada.

Todos esos datos inconexos eran inofensivos en el pasado, cuando se encontraban dispersos. Pero la informática, al permitir el levantamiento y transmisión de esas informaciones, plantea serias dudas

3. Frente al riesgo de la deshumanización de la sociedad por medio de la sustitución del hombre por las máquinas, entre ellas la computadora, se alzan las apasionadas líneas escritas por Enoch FRONDI en su extraordinaria obra *La revolución de la esperanza*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 35 ss.

4. PARELLADA, Carlos Alberto. 'El derecho de la persona y la informática'. En *Derecho civil. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima*, 1992, p. 215. Ponencia presentada en el congreso internacional celebrado en Lima del 15 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

cuando su utilización hace posible la creación de una "imagen" del sujeto⁴.

En efecto, el uso de la información acumulada no representaría ningún peligro si fuera exclusivamente utilizada para los fines estrictos para los cuales fue requerida o si la transferencia de los datos acopiados no implicara ningún riesgo para la tranquilidad de la persona.

Sin embargo, el uso indebido de los archivos electrónicos, precisamente por la importancia de la información que pueden contener, sobre todo cuando atañen a la intimidad de la persona, ha eliminado la complacencia y neutralidad asumidas en un primer momento frente al progreso que han aportado a la civilización actual las computadoras.

De otro lado, la información, así como puede ser sistematizada, modificada, procesada, etc., también puede ser manipulada con el claro propósito de establecer un "perfil" de la persona a la cual se refiere, lo que entraña el peligro de tergiversar la identidad del sujeto en desmedro de su verdad personal.

La corrección de estas posibles desviaciones del uso de la informática ha sido objeto de leyes en un importante número de sociedades informatizadas, en las cuales el rol protagónico del ordenador se remonta a varios lustros.

No es ajena a nuestra realidad la presencia de grupos o empresas que se especializan en rastrear información personal y que, a cambio de una retribución, la proporcionan a quienes están interesados en tener una descripción aproximativa de ciertos individuos.

Esta preocupación ha dado pie a que se incorporen a nuestro ordenamiento algunas técnicas novedosas de protección de la persona, para evitar los ataques provenientes del mal uso de los bancos de datos.

De ese modo, se confirma aquella apreciación según la cual nuestra época plantea perentoriamente la estructuración de un orden jurídico que garantice soluciones adecuadas a las nuevas circunstancias históricas⁵.

2 LOS BANCOS DE DATOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Los bancos de datos, sobre todo aquellos organizados mediante el uso de ordenadores electrónicos, han simplificado drásticamente la tarea de rastrear y acumular información cada vez que se pretenda tener conocimiento —al menos parcial— de alguna persona en particular. Quien desea tener un perfil de determinado individuo puede recurrir a esos archivos.

Sin embargo, como dijimos, la sistematización de los datos puede suscitar serios conflictos de intereses cuando afecta ciertos intereses fundamentales del ser humano.

Las controversias no sólo se presentan cuando se transmiten datos calificados como "sensibles", es decir, cuando se refieren a la intimidad o a la vida privada del sujeto, sin que éste tenga el más mínimo conocimiento y, por tanto, se carezca de su asentimiento. Es necesario retroceder un paso para evitar que la búsqueda —y no sólo la posterior transferencia de la información que se apetece— suponga la violación de la privacidad de la persona.

El fisgonear o hurgar en la intimidad ajena para recoger datos constituye una invasión a la esfera de actos y hechos que el

5. FASE DE MASNATTA, Héctor: "La liberación jurídica en la sociedad tecnológica", en: *El derecho y las nuevas tecnologías*. Op. cit., p. 386.

sujeto ha excluido del conocimiento de los demás para gozar de tranquilidad, para tener equilibrio emocional y espiritual. La inmiscusión de los terceros para saber qué es lo que acontece en aquel ámbito de reserva no es apreciable socialmente, de modo que cualquier intrusión resulta, a todas luces, indebida⁶.

En este orden de ideas, resulta claro que debe partirse del principio según el cual la información no puede ser obtenida en desmedro de la privacidad de la persona.

Este cúmulo de datos puede, de otro lado, conferir un poder excesivo en favor de quien los ha compilado y archivado en ordenadores electrónicos. En otros términos, el *poder informático* que surge de esa información puede comprometer seriamente la libertad de la persona, al extremo de ser instrumentalizada bajo la amenaza de la difusión de los hechos o circunstan-

cias que respectan a su vida privada. El poder de la máquina, del dato "sensible", condiciona las decisiones del individuo, lo mediatiza y lo transforma en un autómatas ejecutor del capricho ajeno.

La divulgación de los datos "sensibles" obtenidos de modo ilegítimo o comunicados por quien los conserva en bancos (con el asentimiento del individuo a quien aluden), parece ser la hipótesis más frecuente de ataque frontal a la intimidad ajena⁷.

Esta nueva realidad, sin embargo, también ha supuesto que aquella faceta del derecho a la intimidad conocida como *informational privacy* (control de la información) vea reforzada una de sus dos manifestaciones para adecuarse al cambio de circunstancias y a las vicisitudes propias de la sociedad informatizada.

En efecto, como se sabe, la intimidad se relaciona de dos maneras con la información; por un lado, manteniendo ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida del sujeto; por el otro, con la posibilidad que le compete a aquél de controlar el manejo de la información que, sobre su persona, tiene un tercero⁸.

El redimensionamiento de esta segunda manifestación del *right of privacy* ha determinado que no se le considere exclusivamente como un derecho a ser dejado solo⁹, sino también como un derecho a informarse y disponer de los datos infor-

6. Ha dicho DE CUPIS, Adriano, *I diritti della persona*. Milán: Giuffrè, 1982, p. 301, que la esfera íntima de la vida privada es aquella parte de la vida privada que todo ser humano desea, con particular intensidad, sustraer a la curiosidad de los demás, en cuanto contiene actos y expresiones de sentimientos frente a los cuales el conocimiento de los terceros representa una indiscreta violación y trasgresión de las lances destinadas a proteger contra la mirada ajena. Por su parte, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*. Lima: Studium, 1986, pp. 39 y 40, ha dicho que la intimidad nace contra la inmiscusión en la esfera privada por una injustificada e intrascendente curiosidad de terceros, así como contra la divulgación de lo que en ella acontece. En idéntico sentido, VEGA MERE, Yari, "Proyecto de modificaciones al libro I del Código Civil: Derecho de las personas". En: *AEJUM* 6. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1992, pp. 78 a 80. Poco importa el que los hechos que se difundan sean verdad, ya que, como dice PIRANO LETO, Argello, "Il diritto ad essere se stessi". En: *Nalberto di famiglia e delle persone* 2, año XIX. Milán: Giuffrè, 1990, p. 695, el derecho a la intimidad también protege contra la verdad cuando lo que sucede en la vida privada no goza de un interés socialmente apreciable para que sea puesto en conocimiento público.

7. Vid. PARELLADA, Carlos Alberto. "El derecho de la persona y la informática". Op. cit., p. 228.

8. FERREIRA RUBIO, Matilde. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 44. Vid. PARELLADA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 238.

9. Como lo plantea WARREN, Samuel, y Louis BRANDeis, en su precitado ensayo "The right of privacy". En: *Harvard Law Review* 4. 1890-1891, pp. 193 a 220.

matizados que posee el administrador de una computadora¹⁰.

De ese modo, la intimidad no es entendida únicamente en sentido negativo, es decir, como exclusión o rechazo de la intromisión de terceros. También es entendida como afirmación de la libertad y dignidad personales que limitan el poder informático¹¹.

Esa manifestación del derecho a la intimidad tiene un contenido riquísimo: al menos, de *lege condenda*, debería facultar, a la persona amenazada, a oponerse a la recolección de datos "sensibles", a informarse sobre los fines del archivo electrónico para el cual le han pedido información, a controlar que los datos proporcionados sean usados para los fines para los cuales son aportados voluntaria u obligatoriamente, a tener acceso a los registros en donde aparezcan datos que le conciernan, a impedir que se trasmitan a terceros, a rectificar la información errónea y a suprimir de los bancos aquella que afecta su esfera de reserva.

Las acciones tradicionales del derecho común, justo por haber nacido al calor de los acontecimientos de épocas pasadas, resultaban inadecuadas para la tutela de la persona frente a la amenaza del poder informático. De ahí que haya sido necesaria la ideación de un mecanismo acorde a la defensa de este interés de la persona: el hábeas data.

3 LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993 Y EL HÁBEAS DATA

La incorporación a los ordenamientos jurídicos contemporáneos de la acción de hábeas data se remonta a la experiencia del Land de Hesse, en Alemania, en el cual se dictó, en 1970, la primera ley sobre la protección de la persona frente a los bancos de datos, aunque limitada a la administración pública del Land. Sólo siete años más tarde la República Federal Alemana aprobó una ley para proteger los datos y contra el uso ilícito de los mismos.

En Suecia, en 1973, se promulgó una ley bastante coherente y completa sobre la tutela de la intimidad y sobre el control de los bancos de datos públicos y privados, reformada en 1979.

En 1974 correspondió a los Estados Unidos dictar una ley, la *Privacy Act*, de aplicación a los archivos públicos, que fue complementada en 1980 con la *Privacy Protection Act*.

El interés por regular expresamente esta materia prendió, sucesivamente, en diversos países, fundamentalmente europeos, los mismos que se han dado sendos estatutos legales: Nueva Zelanda, 1976; Canadá, 1977; Francia, 1978 (en favor de las personas físicas respecto de archivos públicos o privados); Dinamarca, dos leyes el mismo año (una para registros privados, la otra para registros públicos); Austria, 1978; Noruega, 1979 (sobre datos personales); Luxemburgo, el mismo año; Israel e Islandia, 1981; etc.¹²

10. En este sentido, FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho*. Op. cit., p. 49, aunque calificando a esta dimensión de la intimidad como libertad informática. En una obra anterior, el mismo FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Temis, 1982, pp. 177 y 178, califica esta facultad del sujeto como un aspecto del derecho a la información, es decir, como el derecho a ser informado, o sea, de exigir noticias para proteger, como es obvio, su vida privada.

11. FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho*. Op. cit., p. 49.

12. Referencias tomadas de: POLLEET, Yves. "Derecho y nuevas tecnologías de la información: un enfoque comparativo del derecho europeo continental". En: *El derecho y las nuevas tecnologías*. Op. cit., pp. 783 a 787; FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho*. Op. cit., pp. 115 a 118; PARELLADA, Carlos Alberto. "El derecho de la persona y la informática". Op. cit., pp. 221 a 225.

No todas las leyes tienen el mismo contenido.

El punto culminante de esta acelerada y progresiva consagración de la tutela de los datos personales frente a los posibles abusos de la informática, se dio con la incorporación de normas referentes al tema a las Constituciones de Portugal, de 1977, y España, del año siguiente.

En nuestro medio, la Constitución de 1979 fue ajena a la materia. Sin embargo, no faltaron autores que se pronunciaron sobre los riesgos de la informática¹³.

Torres y Torres Lara afirmaba, entonces, que los derechos personales (la intimidad, básicamente) estaban vinculados al acceso a todo registro con datos personales, por parte de su titular, para impedir que ciertos datos se registraran o para rectificarlos. De no darse esas garantías, agregaba, los ciudadanos vivirían dominados por aquellos que disponían de la información, ya que quien tiene información sobre una persona, tiene casi siempre el dominio sobre la misma.

Por su parte, Marcenaro ilustraba, con algunos ejemplos de acopio de datos, cómo las computadoras podían constituir una amenaza a la intimidad de las personas, para concluir resumiendo los principios que se debían tomar en cuenta en las normas que se dictaran respecto al control de la información personal conservada por computadoras (sistemas no secretos, acceso y uso, control, corrección, respon-

sabilidad de quien organice y solicite información, y limitación de la recolección de datos).

Algunos años después, el mismo Torres y Torres Lara en su calidad de representante al Congreso propuso y defendió la incorporación de un novedoso inciso a la Constitución peruana de 1993. Me refiero al inciso 6 del artículo 2 de la misma, el que establece, como derecho de la persona, el que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

La incorporación, sin embargo, no fue pacífica, al grado de que las discusiones que se dieron en el seno de la Comisión de Constitución del Congreso determinaron la modificatoria de la propuesta original, la cual se refería únicamente a la supresión de informaciones personales¹⁴.

El cambio de la redacción y la consiguiente sustitución de la fórmula de la supresión de datos por la actual de la prohibición de suministrar información, se debió a una intervención de la congresista Chávez Cossio¹⁵. Lo cierto es que la propuesta, según el propio Torres y Torres Lara, ha sido más modesta que la solución acogida por las Constituciones de Brasil y Portugal¹⁶, puesto que la norma del inciso 6 del artículo 2 de nuestra Constitución sólo se refiere a la no comunicación de información que afecte la intimidad per-

13. Así, TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "Nociones preliminares sobre el derecho a la informática y la informática jurídica". En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* 47, segunda época, años 1987-1989. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1991, p. 197. MARCENARO FREIRE, Ricardo. "Derecho a la intimidad y a la información". En: *Derecho civil*. Op. cit., pp. 206 a 208.

14. Véase, muy brevemente, el diario de debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, del 25 de enero de 1993, recogido, en lo que respecta al inciso 6 del art. 2 de la actual Constitución, en la publicación *Derecho a la información, informática e intimidad. Reforma Constitucional 1993*, serie "Debates Constitucionales". Lima: Desarrollo y Paz editores, 1993, pp. 102 ss.

15. *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., pp. 113 y 114.

16. *Ibidem*, p. 121.

sonal y familiar¹⁷, pero no dice nada sobre el acceso, la rectificación y la oposición a la recolección de información sensible en bancos de datos¹⁸.

Este precepto se vincula directamente con el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución. Según esta norma, una de las garantías constitucionales viene dada por la acción de hábeas data, la misma que procede 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 2, incisos 5, 6 y 7, de la Constitución.

El inciso 5 del artículo 2 establece como un derecho de la persona el 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 excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación, o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado¹⁹.

Por su parte, el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución de 1993 consagra el derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La inclusión de esta nueva acción de hábeas data ha sido considerada, por Samuel Abad, innecesaria, además de exageradamente amplia, según refiere, por desconocimiento de esta figura. En opinión de este crítico, no tenía sentido que el derecho a la rectificación de informaciones inexactas o agravantes fuese tutelado por el hábeas data. Una inadecuada actuación judicial, agrega, podría propiciar excesos que afectasen la libertad de expresión, por lo que aconsejaba la exclusión (se entiende, del derecho a la rectificación) a través de una reforma constitucional²⁰.

Esta apreciación merece cierta matización.

Me parece que la limitación del supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución es la que ha originado serias confusiones.

En efecto, tal como ha sido redactado el precepto –propio de una sociedad que afronta los riesgos de la informática–, ha quedado consagrado el derecho de la persona a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten su

17 El texto aprobado por la Comisión de Constitución sólo se refiere a la intimidad personal. La referencia a la intimidad familiar fue sugerida, por razones de coherencia, por el congresista Carlos Ferrero Costa durante la undécima sesión plenaria del Congreso, del día 22 de febrero de 1993. Véase *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., p. 107.

18 A pesar de que una de las propuestas que surgieron al calor de las discusiones, redactada por Torres y Torres Lara, incluyó tanto la prohibición de suministrar como la supresión de datos que afecten la intimidad. Véase *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., p. 113.

19 Sobre el debate de este artículo por parte de la Comisión de Constitución del CCD y su posterior aprobación en el plenario, véase *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., pp. 15 a 302 y 123 a 155.

20 ABAD VIBANQUI, Samuel. "Constitución de 1993: garantías constitucionales". En *Hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 13.

intimidad personal y familiar²¹. Quedaría descartada, entonces —al menos para el inciso 6 que se analiza—, la posibilidad de que el sujeto se oponga al acopio de datos que afecten su intimidad, o a que tenga acceso a los bancos de datos para saber si existe información "sensible" que le concierne, así como a modificar o suprimir referencias de carácter reservado.

Sin embargo, tengo la impresión, por lo que se sostuvo en la undécima sesión del Congreso Constituyente Democrático²², que, en concepto del autor de la propuesta, la acción de hábeas data también es ejercitable cuando se desconoce el derecho de la persona a solicitar y recibir información, es decir, cuando se desconoce el derecho de acceso a la información, que complementaría lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 2. De ahí la referencia, al ejercicio de la acción de hábeas data, que hace el inciso 3 del artículo 200 al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución.

En el mismo orden de ideas, la facultad de rectificar la información vendría reconocida gracias a la posibilidad de ejercitar la acción de hábeas data cuando se vulnera lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 2, tal como lo señala, igualmente, el inciso 3 del numeral 200 de la Constitución.

21 Por lo demás, no es del todo técnico que se haga referencia a servicios "informáticos" computarizados o no. En todo caso, se debió decir "bancos de datos" computarizados o no. Si la amenaza se debía como consecuencia de la introducción de las computadoras, y teniendo en cuenta que a la Comisión de Constitución del CED le preocupaba que la regla no alcanzara a los archivos no electrónicos o no informatizados, la norma conlleva una contradicción. Véase la observación formulada por el congresista Olvera Vega en el seno de dicha comisión, en *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., p. 117.

22 Cf. *Derecho a la información, informática e intimidad*. Op. cit., p. 130.

Visto así, se concluiría que el inciso 5 del artículo 2 consagra el derecho de acceso a la información, el inciso 6 contiene la facultad de impedir la transmisión de datos sensibles, y el inciso 7 contemplaría la rectificación de la información inexacta. El elenco de facultades se aproximaría a las reconocidas en otros ordenamientos jurídicos.

No obstante, creo que la conclusión no es correcta, y de haber sido ésa la idea que movió al autor del inciso 3 del artículo 200, estimo que incurrió en una grave contradicción.

Ella es fácil de evidenciar si se tiene en cuenta que el inciso 6 del artículo 2 alude a la prohibición de los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, de suministrar información que afecte la intimidad, mientras que el inciso 5 se refiere al derecho de solicitar y recibir, bajo el costo del pedido, información de cualquier *entidad pública* (no así privada), dentro del plazo de ley, con las excepciones a las que se refiere la propia norma.

La información solicitada, de otro lado, puede no estar referida a la persona que la pide, de modo que el desconocimiento del derecho al acceso de esa información no es una de las manifestaciones típicas de la acción de hábeas data, ya que ésta, por su finalidad, sólo puede ser ejercitada si no se responde al interesado que existen datos archivados que conciernen a su intimidad, cuando es ésa la indagación que ha realizado.

El derecho de acceso a los bancos de datos para saber si se ha registrado información de la vida privada del interesado, además, no podría estar sujeto al pago del costo que suponga el dar respuesta a su solicitud.

De ello se concluye que la inclusión del inciso 5 del artículo 2, en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, es errada.

Por lo que respecta al inciso 7 del artículo 2, comparto la crítica de Abad, puesto que si ya el inciso 6 tutela la intimidad no era necesaria la inclusión del derecho a la rectificación de las informaciones inexactas dentro de la acción de hábeas data. Bastaba el ejercicio del derecho a la rectificación o, en su defecto, la acción de amparo.

Es más, los bancos de datos, precisamente por recoger información y no juicios valorativos sobre una persona, pueden afectar la intimidad pero no el honor ni la reputación. Quién sabe si en el futuro todos los bancos tendrán —además de datos escritos— fotografías o registros de voces que afecten también a la persona.

Por ello, también participo de la idea de que el inciso 7 del artículo 2 debe ser eliminado del inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, sobre todo por el eventual desconocimiento de la libertad de prensa.

Así, curiosamente regresamos a lo que señalé líneas arriba. Es decir, que la acción de hábeas data ha quedado reducida a hacer valer la prohibición de transmitir datos "sensibles", por las limitaciones de la redacción del inciso 6 del artículo 2.

4 LA LEY SOBRE EL HÁBEAS DATA

El 2 de mayo de 1994 se promulgó la ley 26301, ley que regula la aplicación de la acción de hábeas data y de la acción de cumplimiento.

La mencionada norma está fuertemente condicionada por la Constitución y, como es natural, arrastra las mismas deficiencias antes advertidas.

La parquedad del inciso 6 del artículo 2 de la Constitución y la limitación del supuesto de hecho a la prohibición endere-

zada a los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, de transmitir informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, han determinado que la ley 26301 no revista mayor interés, puesto que no aporta nada nuevo, sino, al contrario, carece de las amplias posibilidades que la acción de hábeas data franquea en otros medios.

En efecto, por el principio de no trasgresión de la norma constitucional la ley no consagra el derecho de acceso a bancos de datos para saber si existe información que atañe a la intimidad de la persona solicitante. Tampoco se prevé la facultad de modificar datos inexactos en los archivos electrónicos (supuesto al que no hace referencia el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución). Del mismo modo, silencio, como la propia Constitución, la oposición a la acumulación y procesamiento de datos "sensibles".

No existe, adicionalmente, la incorporación del principio de la pertinencia, es decir, la obligación a cargo de los titulares de los bancos de almacenar datos para fines determinados y legítimos, así como de emplearlos para la finalidad para la cual fueron registrados, e, igualmente, de conservarlos de manera que faciliten su identificación y sólo por un período que no exceda de lo necesario.

También está ausente la posibilidad de pedir la supresión de información que ataque frontalmente la intimidad de la vida privada.

Mucho menos se ha previsto la obligación de declarar la organización de bancos para individualizar al responsable de su manejo, ni tampoco la creación de un ente que registre los bancos de datos e intervenga ante la amenaza de los derechos de la persona.

La ley se ha reducido a un conjunto escueto de normas que establecen la com-

petencia (art. 1) y que se remiten a las leyes que regulan la acción de amparo, para aplicarlas al hábeas data (art. 3).

Sus distintos artículos desarrollan muy modestamente el ejercicio de la acción de hábeas data para rectificar noticias que sean inexactas (art. 2), y se limitan a establecer una vía previa para los distintos supuestos contemplados en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2 de la Constitución (arts. 5 y 6).

Fuera de ello, la ley 26301 no dice nada. Sólo prolonga las contradicciones insitas en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución cuando permite el ejercicio de la acción de hábeas data frente al desconocimiento de lo dispuesto por los incisos 5 y 7 del artículo 2 del texto constitucional.

Ante este hecho, lo aconsejable será, a través de una futura reforma constitucional, modificar el inciso 6 del artículo 2 para establecer todas las posibilidades de acción que permitan una más amplia tutela del derecho a la intimidad frente a los bancos de datos, e, igualmente, remitir a una ley para que desarrolle adecuadamente la figura.

En el mismo sentido, con dicha reforma será conveniente eliminar la referencia a los incisos 5 y 7 contenida en el inciso 3 del artículo 200.

5 EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. LA IDENTIDAD "INFORMÁTICA": UN NUEVO FILÓN

En los últimos años se ha difundido en nuestro medio, gracias a la incansable labor de maestro de Carlos Fernández Sessarego, la existencia de un derecho a la

identidad personal nacido en la jurisprudencia italiana²³.

A diferencia de lo que sucede con los llamados *signos de identificación* (nombre, imagen, huellas dactilares, sexo, etc.), que suelen permanecer inalterados en el tiempo, por su propia naturaleza estática, y que no agotan las más variadas facetas de la riquísima personalidad del individuo, existe una forma mucho más auténtica de conocer el perfil de una persona.

Esa posibilidad de conocer a "otro" se da gracias al patrimonio ideológico-cultural del sujeto, compuesto por su posición social, económica, política, profesional, religiosa, así como por las ideas, convicciones, pensamientos, opiniones que dicha persona ha hecho públicos en el medio en el que se desenvuelve. Ese patrimonio es el que hace al sujeto "el que es", de acuerdo a su "verdad personal". En otros términos, el que da cuenta de su identidad personal.

Pero así como ello nos permite conocer al sujeto, éste también tiene interés en ser descrito de acuerdo a su "verdad personal", según la "biografía" única, singular e irrepetible que él mismo ha tejido con sus actos y pensamientos conocidos y expuestos en el terreno de la intersubjetividad. Este interés, que en Italia fue considerado digno de tutela por los tribunales, es el que ha dado nacimiento al derecho a la identidad personal.

23 Advierto que en el texto sigo las ideas y el pensamiento de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, expuestas en su extraordinaria obra *El derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, que es la primera obra sobre este fascinante tema que se escribe en Latinoamérica. Curiosamente, en Italia, donde nace el derecho a la identidad, no existe ninguna obra individual sobre la materia. Sólo se han publicado textos que contienen ponencias de diversos congresos dedicados al estudio de este nuevo derecho.

Esta situación jurídica subjetiva exige, por tanto, que cuando alguien se refiera a "esa" persona la describa "tal cual es", con fidelidad a su "verdad personal", sin alterar su posición en el medio, sin atribuirle o restarle hechos que desfiguren su "historia individual".

El derecho a la identidad, por tanto, faculta a su titular a que haga valer su "verdad" cuando se narre su "biografía". No lo tutela contra los juicios valorativos peyorativos, que son contrarrestados por medio del derecho al honor. La identidad protege contra una descripción inexacta, errada o incompleta de la persona.

Una característica muy señalada de este derecho es que debe ser respetado de acuerdo a la verdad "actual" de su titular.

En efecto, si tenemos en cuenta que el patrimonio ideológico-cultural de la persona se puede ir enriqueciendo por la circunstancia de que el ser humano es siempre lúbil, proyectivo, abierto al tiempo, y no compacto ni finito como las cosas, es posible que el sujeto varíe algunos de los pensamientos, ideas, convicciones o posiciones que se le conocían en el medio en el que se desenvuelve, que abandone ciertas creencias o que reniegue de ellas; que se arrepienta de haber profesado o compartido algunas ideas.

Esta particularidad exige que toda referencia o descripción que se haga de "esa" persona tome en cuenta los cambios que ha experimentado su "verdad" personal.

Gracias a la pasión y empuje de Fernández Sessarego, Torres y Torres Lara planteó, en el proyecto de su grupo parlamentario, la regulación del derecho a la identidad personal en la nueva Constitución. La propuesta fue acogida, por lo que nuestro texto constitucional es el primero que contempla este derecho en esa dimensión dinámica y amplia, y no sólo referido a los signos de identificación

—que son, como quedó dicho, estáticos, y no permiten establecer un auténtico perfil del sujeto.

Si tenemos en cuenta que algunos bancos de datos suelen hacer referencia a información que pretende describir la "verdad" personal de un cierto individuo, a través del registro de circunstancias tales como su posición social, profesional, política, artística, etc., que no afectan la intimidad de su vida privada, surge un interesante filón de este derecho a la identidad personal: el derecho del sujeto a rectificar las informaciones que no guarden fidelidad con su "biografía", con su mismidad.

Frosini, al referirse al derecho a la intimidad en el marco de una sociedad tecnológica, señala que éste se presenta como una nueva forma de libertad personal, libertad positiva que se ejerce mediante el control de los datos que conciernen a la propia persona y que, siendo parte de la intimidad, se encuentran registrados en archivos electrónicos. Esta forma de la libertad la denomina *libertad informática*, que consiste en el derecho de autotutela de la propia identidad informática: o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico²⁴.

Es posible ir más allá de este planteamiento un tanto confuso, pero interesante en perspectivas que apenas esboza Frosini.

Creo que es legítimo separar el caso del control sobre los bancos de datos para impedir el registro y la transmisión de datos íntimos, así como suprimirlos, del caso en que la información, sin ser relativa a la

24 FROSINI, Vittorio. *Informática y derecho*. Op. cit., p. 110.

vida privada del sujeto, no se ajusta a la verdad personal del mismo. En este segundo supuesto, la corrección o modificación de los datos no tiene como propósito tutelar la intimidad, sino la identidad personal.

A esta última faceta del derecho a la identidad personal la llamaremos, sin el trasvase de conceptos en el que incurre Frosini, *derecho a la identidad informática*, es decir, el derecho a rectificar datos inexactos registrados en ordenadores.

Este interesante y nuevo aspecto del derecho a la identidad personal merecería ser considerado dentro de la acción de *habeas data*, aun cuando no se refiera a la privacidad. La identidad es también un interés merecedor de tutela, al punto de haber sido incorporada al inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993.

Sin embargo, el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución no se refiere a ese derecho.

Si bien el inciso 7 alude a afirmaciones inexactas (que lesionan la identidad y no la intimidad), el supuesto refiere que dicha inexactitud se produce en algún medio de comunicación social y no en un banco de datos, como habría de corresponder a esta expresión "informática" del derecho a la identidad personal.

La posibilidad de recoger este nuevo filón del derecho a la identidad queda, cuando menos, planteada. Su inclusión dependerá de una eventual reforma del inciso 6 del artículo 2 de la Constitución.