

EL HABEAS DATA Y LA PROTECCION JURIDICA DE LA INFORMACION COMPUTARIZADA

Julio Núñez Ponce

1. INTRODUCCION.-

El Hábeas Data surge en Europa y posteriormente es regulado jurídicamente en América en países como Brasil y recientemente en el Perú, como mecanismo de control a la informática en el riesgo que pueda permitir que se introduzcan en base de datos informaciones de la vida privada de las personas y éstas se divulguen sin consentimiento, lo cual puede ocasionar que muchas veces se vulnere derechos constitucionales como son la intimidad personal y familiar, libertad de conciencia, etc.; antecedentes jurídicos corresponden a los convenios y reuniones del Consejo de Europa al referirse a la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a la legislación española, brasileña, y argentina. Lo cual ha originado diversas opiniones en el sentido que "en la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de la intimidad perpetrados por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del computador

en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable"⁽¹⁾.

En el Perú, de acuerdo a lo establecido en la Nueva Constitución aprobada por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) y por referéndum, "el hábeas data es un procedimiento judicial muy rápido que al igual que el hábeas corpus o la acción de amparo, tiene por objeto proteger a los ciudadanos en sus derechos constitucionales. Para la defensa de la libertad personal se usa el hábeas corpus; para la defensa del derecho de la información, intimidad y rectificación, se usa el hábeas data; y para la defensa de los demás derechos se usa la acción de amparo"⁽²⁾. En efecto, el artículo 200 establece que son garantías constitucionales: la acción de Hábeas Corpus, de Amparo, de Hábeas Data, de Inconstitucionalidad, la acción popular y la de cumplimiento. Precisándose que la acción de hábeas data 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 2º, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución". Específicamente, el inciso 6 del artículo 2º establece "Toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". Este inciso incorpora una disposición jurídica informática de rango constitucional que puede tener una gran trascendencia en el acrecentamiento de la relación de la Informática y el Derecho a nivel legislativo.

La relación de la Informática y el Derecho tiene un doble desarrollo: el campo de la Informática Jurídica y el Derecho Informático. La Informática Jurídica es la aplicación de la Informática al Derecho con temas, como base de datos, jurídicas computarizadas, aplicación de la Informática a la Administración de Justicia, programas de aplicación al campo jurídico, mientras que el Derecho Informático es la aplicación de las instituciones jurídicas para resolver los problemas que plantea la informática. "El Derecho Informático, es una disciplina inequívocamente jurídica, integrada por las normas del ordenamiento jurídico que regulan un objeto peculiar: la informática. El derecho informático no es una simple síntesis de aspectos parciales y específicos de otras ramas jurídicas ya consagradas, ni un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar, sino, realmente, un derecho propio o una nueva disciplina jurídica independiente que posee idénticos títulos científicos para alcanzar tal entidad

1 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: "Del Hábeas Corpus al Hábeas Data". En Informática y Derecho 1. UNED. Mérida, España, 1,992.

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos: "El Hábeas Data". En Diario Expreso. Miércoles 06 de Octubre de 1,993. pág. A23.

autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el derecho aeronáutico, el derecho espacial o el derecho comunitario europeo. Disciplina en que la informática constituye su objeto inmediato, su objeto mediato es la información ³; en esta nueva disciplina como materias de reglamentación puntual pueden contemplarse, entre otras, las siguientes problemáticas: a) Regulación de bienes informacionales; b) Protección de los datos personales automatizados; c) Flujo de datos transfrontera; d) Protección Jurídica del Software; e) Delitos informáticos; f) Contratos informáticos; g) Valor probatorio de los soportes modernos de información⁴.

La realidad Jurídico Informática reflejada, entre otros temas, en las bases de datos computarizadas, en el proceso informatizado de datos fiscales, en la problemática jurídica del correo electrónico de los documentos, en el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito o en la reserva de viajes por medios informáticos, es una muestra evidente de cómo las nuevas tecnologías, en especial la informática, tienen una presencia cada vez más creciente en nuestra sociedad contemporánea.

El Derecho debe estar acorde con la realidad por lo cual es necesario plantearse desde el punto de vista jurídico como resolver los problemas que plantea la informática, "uno de estos problemas es cómo resguardar adecuada y efectivamente los derechos de intimidad y privacidad personal y familiar frente a la informática, específicamente por el empleo de las computadoras, instrumentos perfectamente despersonalizados que son incomparables en su capacidad de memoria y de cálculo de los datos informativos, hasta el punto de comprender aún los de toda una población"⁵. Hoy, por ejemplo, la compra de un pasaje de avión, la presentación de declaraciones juradas, los exámenes médicos, los censos, etc. implican la posibilidad que toda esa información pueda ser archivada y sistematizada en bases de datos computarizadas y que el riesgo de vulneración o amenaza a los derechos de intimidad y privacidad se acreciente por el uso no autorizado o distinto a los fines para los cuales se dio esta información y que sea utilizado sin consentimiento.

3 TELLEZ VALDES, JULIO : " Derecho Informático " Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Autónoma de México, 1987; citado por ROUANET MOSCARDO, Jaime: " Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico " En Revista " Informática y Derecho " N°1. UNED, Centro Regional de Extremadura , Mérida, 1992; págs. 163-164.

4 FROSSINI, Vittorio: " Informática y Derecho ". Editorial Temis, Colombia. 1,988. pág. 72.

La acción de Hábeas Data, en una evaluación preliminar, tal como está planteada en la Constitución aprobada por el CCD y referéndum, específicamente tratándose de la vinculación de la Informática y el Derecho, constituye un cauce procesal para resguardar que los servicios informáticos no suministren información que afecten la intimidad personal y familiar y otros derechos específicamente señalados en la Constitución, dándole la jerarquía de garantía constitucional y salvaguardando la libertad de la persona en la esfera informática. Creemos que la inclusión del Hábeas Data en la Constitución es un avance que debe ser complementado posteriormente por la dación de una adecuada legislación que contenga disposiciones que reflejen en forma coherente y sistemática la problemática jurídico-informática y que esté acorde con la doctrina y legislación comparada. Con esta ponencia tenemos el propósito de incidir en el análisis jurídico tanto de la protección jurídica de la información computarizada como en el Hábeas Data. Para ello partimos, en forma breve, de conceptos jurídicos básicos como son la información, el derecho a la intimidad y a la confidenciabilidad, así como de una resumida visión comparativa de la principal legislación en materia de protección de datos informáticos de carácter personal y en un análisis reflexivo del articulado pertinente de la nueva Constitución Peruana de 1,993 en el contexto jurídico informático.

2. EL HABEAS DATA Y LA NATURALEZA JURIDICA DE LA INFORMACION.

La privacidad de los datos de las personas y su protección jurídica da lugar a una novísima práctica en el derecho, esto es el Hábeas Data, el derecho a preservar o recuperar datos o información del uso o abuso de una autoridad, información que pueda estar registrada en las Bases de Datos y Redes de Datos, privadas o estatales.

La información podemos definirla, tratando de incluir en ella los diferentes elementos que la constituyen como "una combinación significativa de señales, más o menos persistentes, establecidas en sus correspondientes soportes, con las que un sujeto emisor, elabora su representación mental de una realidad y que son dirigidas, a través de los oportunos canales de producción y de los adecuados medios, a otro sujeto perceptor, que las percibe"⁵). En el hecho de la información intervienen ordinariamente un sujeto que emite la información, otro sujeto que la recibe, una

5 DIAZ, Francisco Eugenio: "Naturaleza Jurídica de la Información". En Encuentros sobre Informática y Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 1990-1991. Editorial Aranzandi, Madrid, España, 1992. pág. 40.

realidad a la que la información se refiere y unas señales con que tal realidad se representa. La información es un producto del espíritu pero no se percibe ni se emite sino a través de la materia o energía a través de un fenómeno en muy amplio sentido de la física, siendo un hecho físico. Pero la información además también es un bien en el sentido económico del término, que sirve para la satisfacción de alguna necesidad, que puede ser elemento de producción y consumo y que puede cotizarse en el mercado conforme a la ley de oferta y demanda.

Determinar la naturaleza jurídica de la información es fijar sus caracteres jurídicos diferenciadores, predefinir sus efectivas consecuencias, sentar las bases para un análisis jurídico adecuado tanto de la información en sí misma como de las instituciones jurídicas estrechamente relacionadas con ella como es el caso del Hábeas data. Podemos iniciar nuestro acercamiento a su naturaleza jurídica, señalando que la información es un bien inmaterial, incorpóreo, que para efecto de su tráfico jurídico puede ser considerado como bien mueble. Los bienes inmateriales tienen caracteres distintivos que también son aplicables consecuentemente a la información entre los que podemos señalar los siguientes: a) El bien inmaterial no es susceptible de ser objeto de un inmediato disfrute económico, porque previamente necesita exteriorizarse o plasmarse en algo corpóreo, en caso de la información, ésta requiere exteriorizarse en algún medio idóneo ya sea escrito, visual, auditivo u otro. En caso de la aplicación de la informática la información, se plasma en un soporte material magnético, en una base de datos, en una red informática, en un sistema multimedia, en hipertexto, en un cd-rom, etc.; b) Su representación material en principio es repetible. En el caso de la información computarizada la representación de ella es evidentemente repetible ya sea en una base de datos, en una red teleinformática o en un correo electrónico; c) El bien inmaterial por su especial naturaleza puede ser objeto de posesión simultánea. Tratándose de información computarizada una misma información puede ser utilizada simultáneamente por varios usuarios, ya sea a través del uso de las redes teleinformáticas o de las bases de datos interconectadas.

Estos caracteres distintivos de los bienes inmateriales creemos que deben ser tomados en cuenta al analizar jurídicamente instituciones jurídicas estrechamente relacionadas con la información como es el Hábeas Data.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA CONFIDENCIABILIDAD EN LA INFORMACION COMPUTARIZADA Y EL HABEAS DATA.

"A fines del siglo pasado el Derecho a la intimidad se definía como "el derecho a ser dejado a solas"; sin embargo las nuevas dimensiones aportadas al problema de la defensa de la intimidad, en especial por la difusión del uso de los computadores u ordenadores obligan a una reformulación del concepto entendido ahora como "el derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal"⁽⁶⁾.

"El desarrollo del fenómeno informático en nuestra sociedad ha traído consigo una mayor vulnerabilidad de las libertades del individuo y la invasión frecuente de su esfera privada. La intimidad, el ámbito íntimo, o el "right to privacy" (por utilizar la terminología anglosajona), es un concepto moderno que alcanza un reconocimiento implícito, a través de la libertad de conciencia, en las declaraciones de derechos que se promulgan con el advenimiento del Estado liberal y tendrá su reflejo en la tradición constitucionalista occidental de nuestro siglo"⁽⁷⁾.

La información computarizada de carácter personal y privado contenida en las bases de datos puede ser "accesada" u obtenida sin consentimiento por medios informáticos y telemáticos vulnerando el derecho de la intimidad tratándose de personas naturales y el derecho a la confidenciabilidad tratándose de personas jurídicas. Frente a esta realidad el Derecho ha buscado mecanismos que permitan proteger jurídicamente en forma eficaz la información de carácter privado, uno de estos mecanismos es el Hábeas Data. El Derecho de la información tiene un doble significado es el derecho que todos tenemos de ser informados de lo que sucede y puede interesarnos y es también el derecho a informar a los "profesionales de la comunicación" sobre los acontecimientos. Pero el ejercicio de este derecho de información en su ejercicio no debe vulnerar otros derechos, como es el caso el derecho a la intimidad, sin que signifique en ningún caso menoscabo de este importante derecho de información.

6 HEREDERO HIGUERAS, M. "Informática y Libertad..." citado por GONZALES, Gerki: "El Derecho a la Intimidad y la Informática". Revista Themis, 1993 Lima, Perú.

7 DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso: "DERECHO A LA INTIMIDAD Y PUBLICIDAD DE DATOS PERSONALES DE CARACTER PATRIMONIAL." III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho" Setiembre, 1, 1992, España.

Además, debe tenerse en cuenta que en el presente estado de la Doctrina "El derecho a la intimidad, tradicionalmente definido como un derecho esencialmente negativo, adquiere en la actualidad perfiles nuevos y distintos: ya no se tratará de un derecho delimitador de un ámbito de no interferencia, sino que vendrá a definirse con un contenido abiertamente positivo. Frente al derecho a la información, caracterizado por su doble vertiente de derecho a informar y a ser informado, el individuo de la sociedad tecnológica afirmará su derecho primario a controlar el flujo de informaciones que sobre su vida privada puede existir en las bases de datos. La intimidad se perfila así como derecho o facultad de autodeterminación informativa y encontrará su expresión legislativa a nivel internacional, entre otras normas, en el Convenio Europeo para la Protección de datos personales "(⁸).

Este nuevo perfil del derecho de la intimidad influye también en la nueva dimensión del derecho a la confidenciabilidad de las personas jurídicas, que en nuestra legislación está protegida por figuras jurídicas como el secreto de producción; como, en efecto, se establece en el artículo 83 del Decreto Ley 26017 que "el Estado protege al titular de un secreto de producción contra el aprovechamiento ilícito de su empleo, divulgación o comunicación, siempre que el titular haya tomado las medidas necesarias para preservar su carácter secreto y que sea efectivamente novedoso" o por la competencia desleal al establecer el artículo 6° del Decreto Ley 26122 que se "considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben de regir en las actividades económicas".

Sin embargo, el avance de la tecnología plantea problemas jurídicos al Derecho cada vez más crecientes en los que la aplicación de las normas jurídicas citadas puede tornarse insuficiente. Por ejemplo, los correos electrónicos y la comunicación teleinformática se están convirtiendo cada vez más en una herramienta sumamente útil para las empresas, tanto para administrar su correspondencia interna como externa, debido a sus innegables ventajas en cuanto a rapidez, mejora de las comunicaciones, interacción a todos los niveles de la empresa. Y en este campo de la comunicación de información computarizada surgen problemas jurídicos en torno a la confidenciabilidad de las empresas.

En Estados Unidos, en torno al problema de la vulneración de la confidenciabilidad de las empresas, a través del uso de los correos electrónicos y de

8 DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso: Ob. Cit. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Mérida, España.

la comunicación teleinformática de información computarizada, se han presentado varios casos jurídicos, entre los que podemos citar el litigio Borland/Symantec en el que "recientemente se acusó a Eugene W., ex-vicepresidente de Borland International de pasar documentos confidenciales de la compañía utilizando correo electrónico (que también se le conoce como E-mail) a uno de los principales competidores de Borland: Symantec Corporation. Después de que Eugene W. dejó a Borland por un puesto en Symantec, la gerencia de Borland examinó la cuenta del correo electrónico de Eugene W. y descubrió evidencia probatoria suficiente que condujo, inclusive, a que el presidente de Symantec, también fuera acusado en el caso" (9).

En el Perú, la utilización de las nuevas tecnologías por parte de las empresas cada vez se acrecienta más. Actualmente existen redes electrónicas de datos, correos electrónicos, bases de datos interconectadas que hacen suponer que los problemas jurídicos en torno a estas actividades se producirán en forma creciente. A manera de ejemplo, podemos señalar que la CONASEV ha emitido nuevas disposiciones en referencia al Mercado de Valores por las cuales se obliga a las Sociedades Agentes de Bolsa a tener un Sistema Automatizado de recepción y registro de órdenes, que sea inviolable y asegure la continuidad del servicio. El Sistema deberá facilitar a la Sociedad atender las órdenes e instrucciones de sus clientes y asignar sus operaciones a través de sistemas computarizados y de comunicación que impida la intromisión o alteración alguna que desvirtúe la intención del cliente (10). Lo que ha de implicar manejo de información computarizada y la adopción de sistemas de seguridad de datos que han de tener consecuencias jurídicas. También debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, se han establecido servicios como Dataline que brindan facilidades de comunicarse con otros usuarios de computadoras poseedoras de base de datos utilizando modem, la red telefónica y la red de conmutación de paquetes MEGAPAC.

9 Computerworld Perú. N°13. Del 06 al 19 de Octubre de 1,993. Servicios Especiales de Edición (SED) División Data World. Lima, Perú págs. 20 y 21.

10 Comunicado de CONASEV, publicado en Diario "El Comercio" el 29 de Noviembre de 1,993. Págs. B-8, B-9.

4. LA LEGISLACION COMPARADA EUROPEA Y LA PROTECCION JURIDICA DE LA INFORMACION COMPUTARIZADA.

a) Legislación Portuguesa.

La Constitución de la República Portuguesa de 1976 dedica su artículo 35º a la "utilización de la informática", en el que se preceptúa que "todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que contare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinen las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización. La informática no podrá ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se trata de datos no identificables para fines estadísticos. Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos".

La Ley 10/91 de la República Portuguesa, o Ley de protección de datos personales frente a la informática, ha regulado este precepto constitucional. Esta ley también conocida por sus siglas LPDP tiene una extensión de 45 artículos, distribuidos en nueve capítulos. El principio inspirador de la regulación de la Ley es el establecimiento de un sistema preventivo frente a los riesgos que comporta el uso informático de datos personales sin un control por las personas concernidas por ellos. Las actividades de captación, conservación, tratamiento y transmisión automatizada de datos personales sólo puede hacerse de acuerdo con las previsiones de la Ley. Es decir que no es un régimen jurídico de libertad incondicionada, sino que la Ley fija el régimen preciso al que deben someterse los agentes que utilizan la informática.

La precisión técnica implica la necesidad de incorporar definiciones legales. Así, el artículo 2º de la Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales frente a la Informática define lo que se entiende, a efectos legales, por datos personales, datos públicos, sistema informático, fichero automatizado, base de datos, banco de datos, tratamiento automatizado, responsable de los soportes informáticos, flujo de datos transfronterizos." Esta ley regula el uso de la informática, sometiéndolo al régimen legal que configura el status de Hábeas Data, concretado en las garantías o derechos de acceso y control de las informaciones procesadas informáticamente por las personas concernidas"⁽¹⁾.

11 ASPAS, A. José: "El Derecho de la Autodeterminación Informativa en la Ley Portuguesa de Protección de Datos de 1991. Sujetos, contenidos y garantías". En *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*. Mérida, España, Setiembre de 1992.

El titular del derecho a la autodeterminación informativa es, en primer lugar, la persona natural. No obstante, hay que entender que la protección se extiende a los extranjeros, como titulares del derecho, en virtud del artículo 15° de la Constitución Portuguesa, ya que ni ésta ni la Ley han reservado este derecho exclusivamente a los ciudadanos portugueses. En segundo lugar, también son titulares del derecho las personas jurídicas, siempre que los ficheros, bases o bancos de datos contengan datos personales. Lo que es especialmente importante en relación al derecho a la confidenciabilidad, mencionado anteriormente. Así resulta del artículo 3.1.b. de la Ley, que señala: "Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán obligatoriamente: "... a los soportes informáticos relativos a personas jurídicas y entidades equiparadas, siempre que contengan datos personales." El Convenio del Consejo de Europa se refiere a las personas físicas o naturales, pero deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros puedan extender el régimen de protección a las personas jurídicas." Esta extensión de la titularidad del derecho a la autodeterminación informativa a las personas jurídicas, que ha efectuado el legislador portugués, es una clara manifestación de que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la intimidad personal o familiar, ya que ésta en sentido estricto, sólo podría referirse a las personas físicas y a los miembros individuales de las personas jurídicas" (12).

El titular del derecho a la autodeterminación informativa goza de una serie de derechos para defender su posición, que están dentro de los derechos que la doctrina jurídica reconoce al Hábeas Data, aun sin mencionarlo expresamente en este articulado. Así, tenemos:

i) El derecho a conocer la existencia de bancos de datos. El artículo 13° de la Ley Portuguesa de Datos Personales establece que cualquier persona tiene el derecho de ser informada sobre la existencia de un fichero automatizado, base o banco de datos personales que le afecten, de la respectiva finalidad, así como sobre la identidad y la dirección del responsable. Es un principio paralelo al recogido en la artículo 8° del Convenio del Consejo de Europa.

ii) El derecho de acceso a la información personal. Todas las personas, debidamente identificadas, tienen reconocido el derecho de acceso a las informaciones sobre ellas registradas, conforme lo establece el artículo 27° de la Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales (LPDP) con las excepciones de la

12 ASPAS A., José: Ob. cit. Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho Mérida, España. Setiembre de 1,992

legislación sobre secretos del Estado y de la Justicia. El ejercicio de este derecho no puede ser limitado, aunque puede someterse a reglas para evitar un ejercicio abusivo. El Convenio 108 del Consejo de Europa exige que las peticiones de acceso se puedan formular a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos. La información debe ser comunicada de forma inteligible. Dispone el artículo 28.2 de la Ley, que la información debe ser transmitida en lenguaje claro, exenta de codificaciones y debe corresponder rigurosamente al contenido del registro. En el caso de información médica, el acceso es indirecto, ya que la información debe ser comunicada por medio de un médico designado por la persona interesada.

iii) Los derechos de rectificación, integración y cancelación. Consecuencia del ejercicio del derecho de acceso puede ser el de estos derechos para asegurar la calidad de los datos, de la que es uno de sus presupuestos la exactitud y actualidad de éstos.

Así, según el artículo 30.1 de la LPDP, cualquier persona tiene derecho a exigir la corrección de las informaciones inexactas que le afecten (derecho de rectificación) y a que se completen las omitidas total o parcialmente (derecho de integración). La carga de la prueba de la inexactitud corresponde al titular del registro cuando la información hubiera sido proporcionada por él mismo o con su consentimiento o si no hubiere comunicado su alteración.

La Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales (LPDP) reconoce, igualmente, el derecho de cancelación expresamente. Cualquier persona tiene derecho a la supresión de las informaciones personales que se tengan en ficheros automatizados y que hayan sido obtenidas por medios ilícitos o engañosos o cuyo registro o conservación no sean permitidos. En el sistema de la Ley rige el principio de limitación temporal de conservación de los datos: los datos pueden conservarse sólo el tiempo estrictamente necesario para su finalidad. Así, el responsable del fichero está obligado a destruir los datos una vez transcurrido el plazo de conservación autorizado, ya que los ficheros se crean por tiempo determinado. Una manifestación concreta del derecho de cancelación es el derecho reconocido a cualquier persona para exigir que su nombre y dirección sean eliminados de ficheros de direcciones.

Un aspecto importante del tratamiento automatizado de datos es el referido a su uso. El artículo 15º de la LPDP, a este efecto, dispone que los datos personales sólo pueden ser utilizados para la finalidad determinante de su recogida, salvo autorización concedida por ley.

La Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales (LPDP) tipifica en su capítulo VIII en sus artículos del 34° al 43° una serie de delitos castigados con penas privativas de libertad, que son los siguientes: a) la utilización ilegal de datos; b) la obstrucción al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación e integración; c) la interconexión ilegal de ficheros y la atribución de un número de identificación personal; d) el falseamiento de la información de la solicitud de constitución o mantenimiento de ficheros y la omisión de la comunicación de constitución de ficheros que no contengan datos sensibles; e) el acceso ilegal a los datos; f) la falsificación o destrucción de datos; g) la desobediencia a la orden de interrupción del funcionamiento de un fichero y la denegación del deber de colaboración; h) la violación del deber de sigilo.

Además de las penas privativas de libertad, se puede imponer como pena accesoria la publicidad de la sentencia en los periódicos, a expensas del condenado como lo establece el artículo 43° de la Ley Portuguesa de Protección de Datos Personales.

"La Ley debería haber tipificado, junto a las infracciones penales, infracciones y sanciones administrativas, así como ilícitos civiles y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Como señala el artículo 10° del Convenio 108 del Consejo de Europa, el régimen de recursos y sanciones debe perseguir que los principios básicos del régimen de protección de datos personales sean respetados"⁽¹³⁾.

b) Legislación Española.

La Constitución Española establece en su artículo 18° que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

La Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos Personales Española (LORTAD) establece, en su artículo 1°, que "tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas o naturales y el pleno ejercicio de sus derechos". Debe tenerse en cuenta la precisión que hace este artículo de la protección de datos de carácter

13 ASPAS, A., José: Ob.Cit. Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Mérida, España, Setiembre de 1992.

personal que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las personas naturales. Con respecto a su ámbito de aplicación se precisa que "serán de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores públicos y privados y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado". (art. 2º LORTAD).

En la exposición de motivos se señala que "partiendo de que su finalidad es hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos, la ley se nuclea en torno a lo que convencionalmente se denomina 'fichero de datos': es la existencia de estos ficheros y la utilización que de ellos podría hacerse la que justifica la nueva frontera de la intimidad y el honor. A tal efecto, la ley introduce el concepto de tratamiento de datos, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica; dicho en otros términos, no los entiende como un mero depósito de datos, sino también, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados" (14).

La Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) consta de cuarenta y ocho artículos, además de disposiciones adicionales, finales y transitorias. "La ley está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudiera resultar del tratamiento de la información. A tal efecto, se estructura en una parte General y en otra Especial. La primera parte recoge los principios en los que ha cristalizado una "opinio iuris" generada a lo largo de dos décadas, y define derechos y garantías encaminados a asegurar la observancia de tales principios generales, entre los que podemos mencionar la de recogida de datos de carácter personal, que contiene pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados, cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos" (15).

En la Parte especial de la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos Española (LORTAD) se distingue entre los distintos tipos de ficheros, según su titularidad pública o privada; en esta parte la Ley encomienda el control de su aplicación a un órgano independiente especializado denominado Agencia de

14 Exposición de Motivos. Boletín Oficial de las Cortes Generales Españolas. Congreso de los Diputados. Aprobación por el Pleno. IV Legislatura. Núm. 59-11. Madrid, España, 1992. pág. 183.

15 Exposición de Motivos. Ob.Cit. pág. 184.

Protección de Datos. También cabe destacar las normas referentes a la transmisión internacional de datos, " la protección de la integridad de la información personal se concilia de esta suerte, con el libre flujo de los datos, que constituye una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, la reserva de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra" (16).

c) Legislación Francesa.

El 06 de Enero de 1978, Francia promulgó una Ley sobre Informática, los ficheros y las libertades. Los ciudadanos franceses están protegidos contra el abuso o comercio de datos personales informatizados por una Comisión Nacional para la Informática y las Libertades (CNIL). A ella deben someter sus ficheros todas las entidades y empresas. Todas las empresas, instituciones públicas o privadas que tengan algún tipo de fichero informatizado que contengan datos personales deben comunicarlo previamente a la Comisión que, a su vez, tiene derecho a limitar algunos aspectos de su funcionamiento o manipulación de las informaciones contenidas en el fichero.

La Comisión está integrada por diecisiete miembros nombrados por el Gobierno, el Senado y la Asamblea Nacional. La legislación existente es particularmente estricta y sólo la Seguridad Nacional puede lograr excepciones a la generalidad.

"La Comisión Nacional de la Informática y las Libertades (CNIL), fue una de las primeras instituciones político-jurídicas creada tras la publicación de un célebre estudio realizado por Pierre Nora y Alain Mine, sobre los efectos potencialmente revolucionarios socialmente de la informática en la vida cotidiana de las sociedades industriales avanzadas" (17).

La Administración Pública y el Gobierno están obligados a someterse a la Jurisdicción de la Comisión Nacional para la Informática y las Libertades. Solamente el Consejo de Estado y de forma específica y no general, alegando razones estrictamente de seguridad nacional puede eximirse del control estricto de la Comisión a la Administración Pública.

16 Exposición de Motivos. Ob.Cit. pág.185.

17 MARTIN ONCINA, José Ignacio: "La Protección de Datos Informáticos en el Derecho Comparado". Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Mérida, España, Setiembre de 1992.

La Policía y el Ejército no están bajo el ámbito de sometimiento de la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades, pues los problemas de seguridad y orden público no están bajo el control de la Comisión.

"Las personas están particularmente protegidas por medio de la CNIL, que prevé para cada ciudadano el derecho a conocer el contenido de los ficheros informáticos donde figure su nombre, el control de las informaciones que le conciernen y su eventual verificación o manipulación o rectificación previo procedimiento"⁽¹⁸⁾. Nótese que los derechos de: a) conocer la información contenida en las Bases de datos; b) Acceso a las bases de Datos; y c) Rectificación de la información contenida en las bases de datos están presentes en la legislación francesa, existiendo elementos comunes al Hábeas Data sin que se le dé esta denominación ni la jerarquía constitucional sino que esté normado a nivel legislativo.

Las informaciones que pudieran considerarse sensibles, como las opiniones políticas, filosóficas o religiosas no pueden introducirse en un archivo informático sin el acuerdo escrito de las personas afectadas.

5. REFLEXIONES EN TORNO A LA PROTECCION JURIDICA DE LA INFORMACION COMPUTARIZADA Y EL HABEAS DATA EN EL PERU.

a) Análisis de los artículos pertinentes de la Constitución en un Contexto Jurídico Informático.

La Constitución Peruana de 1,993 establece en su artículo 2° inciso 6°, que "Toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

La presente disposición tiene elementos comunes con las disposiciones constitucionales españolas y portuguesas citadas anteriormente. Es un derecho de la persona que puede dar origen a legislación de protección de datos personales y de la información computarizada. Los antecedentes en la Legislación Comparada Europea nos permiten incidir en la importancia y trascendencia de este precepto

18 MARTIN ONCINA, José Ignacio: Ob. Cit. Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Mérida, España. Setiembre de 1,992.

constitucional. Al referirse a que... "los servicios informáticos, computarizados o no..." están incluyendo tanto servicios de base de datos, correo electrónico, comunicación teleinformática, flujo de datos de información u otros medios que conforme avance la tecnología puedan utilizarse; al señalar que "...sean públicos o privados..." se está incluyendo tanto los servicios informáticos de la Administración Pública como de las empresas del Sector Privado. Asimismo, al disponer que "...no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar..." está resguardando constitucionalmente el derecho de la intimidad frente a los servicios informáticos principalmente de base de datos personales y de comunicación teleinformática de información.

El Artículo 2º, en su inciso 5), de la Constitución Peruana establece que "Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido..." . En este inciso se consagra constitucionalmente el derecho de información del Ciudadano frente a la Administración Pública, pero seguidamente se establece en la misma Constitución que "...se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley..."; con lo cual se establecen limitaciones a este derecho de acceso a la información en razones de seguridad nacional u otras como podría ser orden público que establezca la legislación, como es el caso de las legislaciones española, portuguesa y francesa analizadas. En el siguiente párrafo del mismo inciso se refiere al "levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria a pedido de juez, del Fiscal de la Nación o Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado" estando relacionado este precepto con el derecho de información de la función jurisdiccional que permite levantar el secreto bancario y la reserva tributaria en caso debidamente fundamentado de acuerdo a ley.

El artículo 2º, en su inciso 7), de la Constitución Peruana establece que "Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal así como a la voz y a la imagen propia...".

En este inciso se consagran derechos de la persona como son:

El derecho al honor y a la reputación, por el cual se protege el buen nombre de la persona o el decoro que es inherente a ella. El honor, es "la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros en el sentimiento de la persona misma"⁽¹⁹⁾.

19 DE CUPIS, Adriano: "I diritti della personalità". Ed. Giuffrè, Milán, 1950. pág. 93. Citado por FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: "La Persona en la Doctrina Jurídica Contemporánea". Universidad de Lima. 1984, pág. 33.

Este derecho, cuando se trata de información computarizada que contiene datos personales o sensibles, que son divulgados sin consentimiento, puede ser vulnerado.

El derecho a la intimidad personal, el cual hemos tratado anteriormente como un derecho a la privacidad o reserva de los actos de la vida privada, tiene una gran importancia en el contexto jurídico informático con la utilización cada vez más creciente de las bases de datos y las comunicaciones teleinformáticas que contienen información de datos personales o información sensible que al ser divulgados sin consentimiento pueden ser vulnerados.

Con respecto al derecho a la voz y a la propia imagen debe tenerse en cuenta que existen en la actualidad sistemas informáticos, entre los que podemos mencionar los multimedia que contienen voz e imagen. Estos sistemas podrían divulgar sin consentimiento voces e imágenes de personas sin previo consentimiento de ellas, vulnerando también estos derechos.

En el mismo inciso 7) del artículo 2º de la Constitución se establece que "... Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene el derecho a que éste rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicios de las responsabilidades de ley". Con lo que se está consagrando el derecho a la rectificación de informaciones inexactas que en el contexto jurídico informático tiene gran importancia, por haber una vinculación cada vez más creciente entre la informática y las telecomunicaciones, que permite el uso cada vez más generalizado de los sistemas informáticos en los medios de comunicación social.

En su artículo 200º, inciso 3), la Constitución Peruana de 1,993 establece que es garantía Constitucional la Acción de Hábeas Data, 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 2º, incisos 5, 6 y 7º.

La acción de Hábeas Data, tal como lo establece la norma constitucional, constituye un cauce procesal al que puede acudir una persona por el hecho u omisión que vulnere o amenace los derechos de intimidad, información, rectificación de información inexacta, honor, buena reputación, voz e imagen de acuerdo a lo que establezca la ley y en concordancia con los incisos del artículo 2º de la Constitución comentados. Al señalar la norma constitucional que procede contra el hecho u omisión que vulnere o amenace estos derechos, está permitiendo que esta garantía constitucional pueda regularse jurídicamente incluyendo tanto el Hábeas Data

Preventivo como el Hábeas Data Correctivo. En el Hábeas Data Preventivo, en un contexto jurídico informático pueden incluirse procedimientos y facultades como el de conocimiento y acceso a las bases de datos computarizadas y sistemas informáticos que contengan datos personales con el fin de prevenir la amenaza de vulneración de los derechos protegidos. En el Hábeas Data Correctivo se pueden incluir las facultades de rectificación y modificación de la información que vulnere los derechos protegidos. Creemos que esta garantía constitucional deberá mantener una coherencia y sistemática con la legislación que pueda darse sobre protección de información computarizada que contenga datos personales en concordancia con los avances en esta materia en el Derecho Comparado.

b) A modo de Conclusión.

La Doctrina Jurídica actual, en un contexto jurídico informático, señala que "en la actualidad la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa...han determinado que se postule el status del Hábeas Data, concretado en las garantías de acceso y control de las informaciones procesadas en base de datos y servicios informáticos..."⁽²⁰⁾. Esta tendencia puede observarse en la legislación europea de protección de datos informáticos de carácter personal, portuguesa, española y francesa, a que hemos hecho referencia.

En el contexto latinoamericano, la Constitución Brasileña ha incluido la acción de Hábeas Data, que comprende tanto el aspecto preventivo como el correctivo, con el objeto de defender derechos de la persona, como el de la intimidad, frente a la utilización de la informática principalmente por el poder público. En la Constitución Colombiana si bien no se menciona expresamente el Hábeas Data, se señala en su artículo 15° que la persona tiene derecho a "conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas", con lo que se permite que pueda darse en Colombia una legislación de protección de la información computarizada que contenga datos personales que incluya medios procesales que permitan conocer, actualizar y rectificar la información.

En el Perú, con la Nueva Constitución de 1,993 se está incluyendo como Garantía Constitucional el Hábeas Data y se está permitiendo que se dé una legislación de protección de la información computarizada y teleinformática, que sea sistemática y coherente y esté de acuerdo con la legislación comparada. El

20 PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: "Del Hábeas Corpus al Hábeas Data". En *Informática y Derecho* Nº 1. Centro regional de Extremadura. UNED. Mérida, España, 1,992. pág. 158.

legislador puede prever problemas jurídicos que plantea la Informática al Derecho y darles una construcción jurídica adecuada.

La acción del Hábeas Data en el ámbito propio de la realidad jurídico-informática, además de contemplar aspectos propios como la posibilidad de solicitar, mediante procedimiento rápido información sobre uno mismo o de un tercero, en que haya legítimo interés en las Bases de Datos, o la rectificación de datos o anulación de información innecesaria, podrá estar concordada o contenida, según sea el caso, con legislación que tenga disposiciones que prevean problemáticas jurídicas estrechamente relacionadas como, por ejemplo, protección de datos personales, confidenciabilidad del correo electrónico o email, protección jurídica de las bases de datos, flujo de información transfronterza, seguridad de datos .

Consideramos que estos temas planteados deben ser objeto de un detallado análisis. Es con esta finalidad que planteamos su problemática jurídica. La tarea es grande y necesaria . El desarrollo de la informática en nuestros países va estar constantemente acrecentándose. Corresponde a los profesionales del Derecho prever los problemas y situaciones jurídicas que se han de presentar; por ello, éste es un campo que requiere mayor investigación y estudio. En la medida que estos apuntes hayan originado interés e inquietudes por este importante tema, habremos cumplido nuestros objetivos. Es hora de actuar y de buscar las soluciones jurídicas más adecuadas a los problemas que plantea la Informática al Derecho.