
Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del recurso de protección al Hábeas Data)

Francisco Zúñiga Urbina*

1.- Derecho a la intimidad y sus paradigmas

Al igual que los derechos humanos en general, el derecho a la intimidad tiene su historicidad y positividad que nos refieren a la modernidad. La referencia a la modernidad concierne a su matriz ideológica: el liberalismo y la distinción público-privado.

Es sobradamente conocido el opúsculo de Benjamín Constant: "De la Libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" de 1819, tomado de sus Diarios escritos entre 1802 y 1806, en que se formula el diverso cuño conceptual e ideológico de los derechos de los modernos (libertad "negativa" en la sugerente expresión de Berlin). Así la libertad de los modernos "es el derecho de cada uno a no estar sometido más que a leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones,

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ponencia presentada en el "Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Hábeas Data", Universidad de Talca, Abril de 1997.

a sus caprichos. Es en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, o de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Comparen ahora esta libertad con la de los antiguos. Aquella consistía “en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía (...). Todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia nada se dejaba a la independencia individual, ni en relación con opiniones, ni con la industria, ni sobre todo, con la religión (...). Así, entre los antiguos, el individuo soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas (...). Entre los modernos, por el contrario, el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia; incluso en los Estados más libres” (259-261). La libertad individual es la “verdadera libertad moderna” y la libertad política su garantía (Constant). B. Constant un “libertario doctrinario” no hace sino compendiar el *ethos* cultural de una época, en que la burguesía se erige en clase dominante, con compromisos con las clases tradicionales, en que la libertad de los modernos, son las libertades del burgués y del proletario, concebido el hombre (burgués) como una mónada aislada (Marx).

En la indagación de las raíces de la matriz ideológica liberal hemos de descubrir el individualismo del siglo XVII y XVIII, que en su versión puritana destaca el igual valor moral de todo ser humano, de suerte que todo individuo es libre en la medida en que es “propietario de su propia persona y de sus capacidades” (Macpherson). “La sociedad política se convierte en un artificio calculado para la protección de esta propiedad y para el mantenimiento de una relación de cambio debidamente ordenada” (idem) (17). El “individualismo posesivo” (Macpherson) es la matriz ideológica e histórica del derecho a la intimidad, el cual dado su historicidad y positividad está en constante evolución o cambio. La consolidada tríada individuo-libertad-propiedad será la base tradicional de toda fundamentación liberal y naturalista de los derechos. “El liberalismo –señala H. Béjar– fundamentaba su teoría moral y política en la socialización del individuo. La condición humana se identifica con la libertad, está indisolublemente unida la razón; así, las libertades civiles básicas serían aquellas relacionadas con el intelecto” (...) Es un ser –el hombre– que sólo cuenta con su libertad

y se halla a solas con su conciencia y su conocimiento. Centra su existencia en su individualidad, pero como quiera que ello es común a todos los mortales, cada individualidad se encuentra limitada por los demás (...). La privacidad emerge, como concepto, con la conciencia de que el otro –sea éste el prójimo o el gobierno- es un enemigo en potencia. La esfera privada se dibuja como un bastión de no interferencia en lo que sería el último reducto de mi libertad” (26-28). La intimidad en la teoría liberal, no es sólo el reducto o castillo del hombre desarmado frente al Estado, sino el bastión de la moralidad, la religiosidad, la afectividad, en la subjetividad. El resguardo de la subjetividad no es sino la tutela de la socialización del ser humano, aporte imborrable de las revoluciones políticas y burguesas de los siglos XVIII y XIX.

En esta concepción liberal el derecho a la intimidad es básicamente una libertad negativa, un *status libertatis*, de no ingerencia del Estado o individuos en la subjetividad (G. Jellinek). “La exclusión –dice H. Béjar- de la esfera del poder y el aislamiento como opción de un ser moral representan dos maneras distintas de entender el fenómeno de la privacidad” (235). “La privacidad es, pues, el ámbito de la libertad y el área de desarrollo de la condición humana”. Pero efectivamente, en la sociedad postindustrial en que el hombre “mercancía” es un consumidor de diversos productos en un mercado (económico, político, cultural, religioso, etc.), el derecho a la intimidad puede ser la cobertura de la soledad insolidaria, negadora de la intersubjetividad. “La privacidad –observa H. Béjar- puede llegar a ser el marco de la sociedad humana. La consideración de la vida privada como valuarde de la humanidad acaba por empobrecer la esfera pública que se tiene como carente de interés. El hombre como ciudadano, vitalmente implicado en la empresa colectiva, ha perdido fuerza (...). La esfera íntima es una promesa incumplida: la autocomplacencia que acompaña al proyecto privado se transforma en un difuso sentimiento de impotencia en relación al entorno. La autosuficiencia en indiferencia hacia los demás. El abandono de la arena pública guarda una semilla de imprevisibles consecuencias, la insensibilidad hacia lo social y la extensión de la apatía política (236-237). A este respecto no se requiere ser un epígono de la Escuela de Frankfurt, para aceptar que la alienación y anomia en una sociedad postindustrial, son presupuestos de la dura dominación política y que, sumado a la concentración del poder informático, puede conducir a realizar la más perfecta “utopía” totalitaria. Luego, la configuración

contemporánea del derecho a la intimidad como una libertad negativa y positiva, que permite el derecho a la soledad y el derecho a la auto-determinación informativa, permite regular el poder informático e introducir controles a éste.

Por otra parte, el distingo público-privado no es nuevo en la teoría política y en la ciencia jurídica, podemos remontarla a la conocida definición de derecho público y de derecho privado del *Corpus Iuris* Justiniano. Sin embargo, el engarce de lo público (Estado) y de lo privado (individuo-sociedad) se consolida en la modernidad marcada por el paso del *status* al contrato (H. Summer Maine), de la Comunidad a la Sociedad (F. Tönnies). La modernidad ha conocido fases de supremacía de lo privado y de lo público (Estado Policía, Estado Liberal, Estado Social), para generar un estadio medio, caracterizado por una dialéctica público-privado asimétrica (Habermas). De alguna manera, lo público es reivindicado frente a los *arcan imperii* de la razón del Estado, como fórmula básica para construir una opinión pública, pero cuidando de resguardar a las personas una esfera de intimidad o privacidad frente al Estado (Bobbio, 11-38).

El Estado de la sociedad postindustrial sumido en esta dialéctica de socialización de lo estatal y estatalización de lo social, hace del derecho a la intimidad no sólo una libertad negativa, sino también una libertad positiva; puesto que se trata no sólo de tutelar la subjetividad de la injerencia ajena (estatal o privada), sino de preservar la identidad y libertad frente al intenso e invisible poder informático. Así la privacidad o intimidad se convierte en un límite para el Estado, definiendo lo privado a partir de lo público, pero no reduciéndolo a lo estatal, dado que en sociedades organizacionales como las actuales el poder informático está imbricado con la burocracia y tecnocracia, tiene en los grandes grupos económicos o corporaciones su principal amenaza.

En consecuencia, la ligazón *privacy-property right* propia del "individualismo posesivo" (Macpherson) está obsoleta, ya en la teorización de Warren y Brandeis, que además tiene la virtud de separar la *privacy* del derecho al honor. En la actualidad el derecho a la intimidad, conserva su núcleo original de libertad negativa (Berlin) o *status libertatis* de "obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos" (Bobbio), y absorbe una dimensión de autodeterminación de la persona, libertad positiva o estatus que confieren al sujeto el poder de "orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones,

sin verse determinado por la voluntad de otros” (Bobbio). El derecho a la intimidad, en concreto su garantía procesal de Hábeas Data, es concreción de una libertad positiva, denominada libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (Pérez Luño, Lucas Murrillo, Losano).

Por lo tanto, atañe en este punto una inflexión: hacer un sumario examen del derecho a la intimidad en tres culturas jurídicas, que han logrado reconstruir dogmáticamente este derecho fundamental, con una rica jurisprudencia y avanzada legislación.

1.1 Derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad en los Estados Unidos de América tiene su primera formulación en un opúsculo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis *The Right to Privacy*, que deviene en la base doctrinal de la jurisprudencia posterior. Resulta sorprendente que el opúsculo referido, en pocas páginas, aborde de manera simple y convincente la fundamentación de un derecho a la privacidad siempre en tensión con la libertad de expresión. Con el anglicismo derecho a la privacidad se designa un derecho a la soledad, una facultad *to be let alone* o derecho que a uno lo dejen en paz, garantía de la persona y su familia frente a intromisiones ilegítimas, a partir de la Cuarta Enmienda a la Constitución norteamericana. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la privacidad por el Tribunal Supremo fue tardío, primero se aplicó la doctrina por los *lower courts* de Nueva York, y a finales de los años 30, encontró reconocimiento en un *Restatement*.

Con todo cabe observar, que Louis D. Brandeis (1856-1941), graduado de Hacward (1877) fue designado por el Presidente Woodrow Wilson en 1916 miembro del Tribunal Supremo, donde permanece hasta 1939; y en una memorable *dissentinig opinion* en el *case Olmstead vs. United States* (1928) recogerá su doctrina: “El gobierno dispone ahora de medios más sutiles y de más largo alcance para invadir la vida privada. Los descubrimientos y las invenciones han hecho posible para el gobierno obtener que se declare ante la Corte lo que se murmura en el *toilette*” (...). El progreso de la ciencia, que proporciona al gobierno nuevos métodos de espionaje, no se va a detener con el medio de interceptar los teléfonos. Quizás algún día se desarrollen los medios por los cuales se pueda reproducir papeles en los tribunales sin sacarlos de

los cajones secretos, y por los cuales el gobierno pueda exponer al jurado los más íntimos acontecimientos del hogar. Los progresos en las ciencias psíquicas pueden dar medios para explorar las creencias, pensamientos y emociones inexpresadas (...). ¿Es posible que la constitución no proporcione protección alguna contra tales invasiones de la seguridad personal? ...” (89-90).

La opinión desidente del juez Brandeis en el caso *Olmstead*, se basó en un fallo de 1886 (*Boyd vs. United States*), que unía la Cuarta y Quinta Enmienda, señalando como digna de tutela constitucional la protección contra registros sin autorización judicial y protección frente a la autoincriminación. En 1942 el Juez Frank Murphy en el caso *Goldman vs. United States* reconocía que no era necesaria la invasión física para un registro; y citando a Brandeis afirmó la existencia de un derecho a la privacidad garantizada por la Cuarta Enmienda. En 1949 en el caso *Wolf vs. Colorado*, la Corte sostuvo: “La seguridad de lo privado contra la intrusión arbitraria de la policía –que es la esencia de la Cuarta Enmienda- es básica en una sociedad libre. Está por lo tanto implícita en el “concepto de libertad ordenada” y como tal es aplicable contra los Estados por medio de la cláusula del debido proceso” (F. Frankfurter).

Así entre 1956 y 1966 el Tribunal Supremo norteamericano aceptó un “nuevo concepto de la privacidad constitucional”, la doctrina Warren-Brandeis era citada, pero la referencia al derecho a la privacidad se hacía a la ley común (*Poe et. al. vs. Ullman* de 1961; *Gibson vs. Florida*, de 1963, y *López vs. United States*, de 1963). En el caso *López* de 1963 la referencia al derecho a la privacidad unía la protección contra la “confesión”, y el resguardo frente a la intromisión por medios electrónicos.

Con el caso *Griswold vs. Connecticut* de 1965 el Tribunal Supremo reconoció el derecho a la privacidad como un derecho constitucional, en que se resucita la doctrina *Lochner* con fines diversos. En el caso citado la ley de Connecticut prohibía el uso de contraceptivos siendo perseguidos y multados un ejecutivo y un médico de un Centro de Planificación Familiar, los que apelaron. El Tribunal Supremo declaró inconstitucional la legislación estatal sobre contracepción porque para su cumplimiento hubiere sido preciso entrometerse en la privacidad del hogar. El juez Douglas señaló que la ley actuaba directamente sobre la “íntima relación entre marido y mujer”, y médico, lo que estaba cubierto por las penumbras de la Primera, Tercera, Cuarta, Quinta, No-

vena y Decimocuarta enmiendas “No obstante –indica C. Wolf- el basarse en la Decimocuarta Enmienda sugiere que el Tribunal estaba haciendo precisamente lo que Douglas negaba: acogerse a la lógica de *Lochner*. Estrictamente hablando esto no fue una “resurrección” del debido proceso sustantivo, porque éste nunca había muerto del todo. Incluso después de 1937, el debido proceso sustantivo estaba muy sano –aunque mutilado- bajo la forma de aplicación de la Primera Enmienda a los Estados (desde *Gitlow* en 1925). Pero con certeza, Griswold le dio una nueva vida al aplicar la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda con bastante independencia de otras disposiciones específicas de la Constitución, porque esto es lo que hizo el Tribunal, a pesar de los pocos convincentes intentos de Douglas por “dorar la píldora” (402). En la década de 1970, se apeló fundado en el derecho a la privacidad como derecho independiente, pero la apelación sólo tenía éxito aplicada en el contexto de investigación y captura (*Katz vs. United States*, 1967), privacidad del hogar (*Stanley vs. Georgia*, 1969, *United States vs. Baird*, 1971) o al campo de la privacidad sexual (*Eisenstadt vs. Baird*, 1972). En la sentencia del caso *Eisenstadt vs. Baird*, el Juez Brennan señala: “Si el derecho a la privacidad significa algo, y que el individuo, casado o soltero, tiene derecho a hallarse libre de la intromisión gubernamental, sin orden judicial en asuntos que afectan a la persona de un modo tan fundamental como la decisión de dar a luz o de engendrar a un niño”.

En 1973 la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Roe vs. Wade* expone claramente el nuevo estatus del derecho a la privacidad, caso en que el Tribunal declaró inconstitucional una ley de Texas, del siglo XIX, que convertía al aborto en un delito, en cualquier etapa de preñez, excepto en los casos que implicaba salvar la vida de la madre. En este caso el juez Harry Blackmun centró su disertación en el derecho a la privacidad, ya sea que esté fundado en el concepto de la Decimocuarta Enmienda sobre libertad personal y restricciones a la acción del Estado, o en la reserva de derechos de la población recogida en la Novena Enmienda, dado que la mujer tiene derecho a decidir sobre su preñez (derecho a la autonomía personal). El Tribunal Supremo no se pronunció sobre el momento en que principia la vida humana, declarando la libertad de la mujer para decidir, con su médico, un aborto durante los tres primeros meses; fijando resguardos para el segundo trimestre en razón de la viabilidad del feto.

La aludida sentencia generó un debate nacional, durante la presidencia de Nixon, y el Tribunal Supremo tuvo que soportar severas críticas: sólo parangonables con el fallo en el caso Dred Scott. Con todo, el Tribunal Supremo no dio pie atrás en su empeño liberalizador, así en la sentencia del caso *Doe vs. Bolton* (1973), se declaró inconstitucional un cuerpo normativo de Georgia, que obligaba a que los abortos hechos en hospitales constaren en una certificación de un Comité del Establecimiento acerca de la interrupción voluntaria del embarazo, y que limitaba la práctica a residentes del Estado. El jurista americano John Brigham señala: “los fallos no conformaban un simple comentario de la Constitución; fijaron el marco de la política nacional sobre aborto. Las órdenes para la acción, emitidos por la Suprema Corte en un caso constitucional, estipulan lo que se sostendrá legítimamente como ley. La política pública en los dictámenes sobre aborto fue una orden para las legislaturas estatales, la cual limitaba su capacidad de promulgar leyes. Los casos Roe y Doe sostenían que: (1) los Estados no regularán el aborto durante los tres primeros meses de preñez; (2) la reglamentación ulterior del aborto, para el segundo trimestre, debe relacionarse con la preservación y la protección de la salud de la madre; y, (3) con la viabilidad del feto en los últimos tres meses. El Estado debe proscribir el aborto, excepto cuando sea necesario preservar la vida o la salud de la madre” (227). En este sentido los fallos posteriores del Tribunal Supremo: planeación de la maternidad de *Missouri vs. Danforth* (1976), *Maher vs. Roe* (1977), *Bellotti vs. Baird* (1979) y *Harris vs. Mc. Rae* (1980), profundizan la doctrina jurisprudencial acerca de la “privacía sexual”, con una clara orientación “liberal” de los Tribunales Warren y Burger (C. Wolfe).

También el derecho a la privacía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha cubierto el “estilo de vida” de las personas, es decir, la reputación, la preferencia sexual y las identidades culturales. Así, en la sentencia del caso *Paul vs. Davis* (1976), el referido Tribunal Supremo sostuvo que una persona arrestada y no procesada por raterías en tiendas, encontró su nombre y fotografía en un volante distribuido en toda la comunidad local; el Juez Rehnquist estimó que “la Corte ha reconocido que puedan crearse zonas de privacía por medio de garantías constitucionales más específicas y, de este modo, imponer límites al poder gubernamental”, y el juez Brennan en su disentimiento estimó que “las nociones de privacía se encuentran inextricablemente ligadas con las

consideraciones que obligan a un Estado a no individualizar a una persona para castigarla fuera del proceso judicial”. En la sentencia del caso *Batt vs. Mariona Heights Inc.* (1979), el Tribunal Supremo sostuvo que un empleado despedido de una clínica de reposo por su homosexualidad, no tenía fundamentos para recusar el cierre de su caso. Con posterioridad el Tribunal Supremo se negó a conocer de expulsiones de homosexuales del Ejército y la Armada. Contrasta la jurisprudencia de tribunales menores como Cortes estatales, en que el derecho a la primacía es la fuente de tutela de la diferenciación sexual o del concubinato (*Sullivan vs. Distrito Escolar Independiente de Meade*, de 1976).

1.2 Derecho a la autodeterminación informativa

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria ha concebido el derecho a la intimidad como una manifestación del derecho general de la personalidad, a partir del artículo 1.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. El derecho general de la personalidad, fundado en el valor dignidad, tiene un aspecto estático equivalente al derecho a la privacidad anglosajón y un aspecto dinámico, el poder de desplegar la personalidad y la libertad de decidir y de actuar por sí mismo.

En la doctrina mayoritaria, de la cual un buen exponente es E. Benda y W. Maihofer, el derecho general de la personalidad reconoce un concepto de hombre (dignidad) vinculada a un sistema material de valores. Por ello me parece acertada la advertencia teórico-práctica de E. Stein: “tan digno de alabanza es el intento de evitar que el artículo 2, I, se desvalore, como peligroso es conectarlo a una determinada concepción histórica del hombre. Según la Ley Fundamental, el valor supremo; el último punto de referencia, es el hombre mismo en su realidad viviente. Este no puede ser encadenado a una determinada concepción del hombre. Por el contrario, el valor de todas las concepciones debe medirse por el propio hombre” (215). Ahora bien, la jurisprudencia y doctrina germanas utilizan la teoría de las esferas (*Sphären*) para reconstruir dogmáticamente el derecho a la intimidad (esfera individual, esfera privada y esfera íntima).

La doctrina germana mayoritaria expuesta por E. Benda, de talante conservador vincula el valor dignidad humana (de raíz ético religiosa, consagrado en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental con el derecho

general de la personalidad del artículo 2.1. El axioma de Benda reza: “La Ley Fundamental es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo derecho. El Art. 1º, GG hace de este objetivo el supremo principio constitutivo de la Ley Fundamental” (118). Tal axioma redundante en un canon que define al hombre, al ser humano como una verdadera mistificación ideológica. Benda al comentar la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe (*B. Verfge* 4.7) señala: “El individuo debe asumir aquellos límites que, para cultivar y fomentar la vida en común, imponga el legislador a su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se garantice la autonomía de la persona. De esta manera no solo rechazan las concepciones individualistas del liberalismo clásico, sino también tentaciones colectivistas; renunciando a soluciones extremas, se busca una línea intermedia»(119). La conclusión lógica es afirmar la dignidad como el valor supremo de la Constitución en el Estado; y en concreto, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental sería un “parámetro valorativo” para interpretar los derechos fundamentales, y tendrá la tutela garantista del recurso de Amparo. Esta hipótesis (dignidad de la persona) permite extenderla al *nasciturus* ya fallecidos.

A partir del valor supremo de la dignidad humana (art. 1.1) se reconstruye la protección de la esfera privada e íntima de la persona. “Y no se trata –señala Benda- únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por sentimiento natural de pudor, es decir, no sólo y especialmente de la esfera sexual, sino en idéntica forma del derecho a no tener que revelar defectos, particularidades o achaques físicos sin un motivo justificado; y lo mismo sucede con cuanto tenga que ver con la fe y la conciencia, en fin toda expresión de la individualidad...” (129). El derecho a la intimidad supone un derecho a la soledad, y el reconocimiento de una esfera íntima y propia exenta de injerencias.

En una sociedad postindustrial, la procura existencial por el Estado social hace de la administración, un agente potencial de lesión de la esfera privada e íntima, dado que para programar y planificar requiere de información. En este contexto emerge el derecho a la autodeterminación informativa. La protección de la esfera privada frente al procesamiento de datos, sea electrónico o manual debe ser objeto de regulación, que el *Land* de Hesse asumió tempranamente. Así en 1983 el Tribunal de Karlsruhe en la sentencia sobre censo de población calificó

el derecho a la autodeterminación informativa, como un derecho derivado del Art. 2.1 en conexión con el Art. 1.1, resultado del derecho común de la personalidad, derecho que reconoce límite en su despliegue comunitario. Para el juez constitucional germano el recurso legítimo del Estado a datos personales depende de la utilidad y posibilidad de aplicación de los datos, es decir, el objeto del sondeo y posibilidades de procesamiento y combinación, y no dependen tanto del carácter sensible de los datos en la esfera íntima.

Un enfoque distinto nos ofrece el jurista Robert Alexy en su ambiciosa obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” que conecta el derecho a la autodeterminación informativa al derecho general de libertad del artículo 2.1 de la Ley Fundamental. Alexy reconstruye el derecho general de libertad, a partir de una concepción crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y concluye afirmando la existencia de un derecho fundamental abierto (concepción formal-material), conectado a la teoría de las esferas y de los derechos de libertad tácitos. No es este el lugar para dar cuenta de las coordenadas de la teoría de las esferas, pero el distingo de esferas íntima, privada, amplia y social es problemática. La esfera más interna o íntima tiene un mayor grado de protección, dado que los comportamientos del individuo no afectarían a la comunidad, resultado de una “ponderación” (Alexy) en favor de la libertad negativa y de la dignidad de la persona. En la esfera más amplia la jurisprudencia subraya al respecto de la regla de proporcionalidad, que obliga a fundar las restricciones o instrucciones en la esfera privada. En cuanto a los derechos de libertad tácitos, estos pueden ser referidos a acciones o situaciones, con carácter concreto y abstracto, y con posiciones *prima facie* o definitivas. Para Alexy el derecho a la esfera privada secreta e íntima, al igual que el derecho al honor, el derecho a la imagen, entre otros, son derechos adscritos al derecho general abstracto a la personalidad, lo mismo que el derecho a la autodeterminación informativa.

En la práctica el Tribunal Constitucional Federal vía recurso de Amparo conoce de las impugnaciones de las leyes que limitan este derecho general de libertad o libre desenvolvimiento de la personalidad, fijando su matriz teórica tempranamente en la sentencia Elfes. Las sentencias más significativas del Tribunal de Karlsruhe (caso de grabaciones de conversaciones privadas, caso Soraya, caso Lelach) ha configurado la extensión de las esferas y los grados de intensidad de la pro-

tección de la libertad negativa, (Hans G. Rupp., 319 y ss.) y la colisión con el derecho a la información y la libertad de información.

El mentado derecho a la autodeterminación informativa acuñado por el Tribunal de Karlsruhe en la citada sentencia del 15 de diciembre de 1983 sobre Ley de censo de población, que confería poder jurídico a los individuos para disponer de la información personal y su uso en todas las fases de elaboración y uso: acumulación, transmisión, modificación y cancelación; dio origen a un amplio debate en la doctrina germana, que toca cuestiones bien de fondo, aunque formalmente el debate se produce entre quienes defienden el derecho como un derecho fundamental autónomo o nuevo y los que ven en éste una concreción del derecho general a la personalidad. El sector doctrinal que entiende el derecho a la autodeterminación informativa como una dimensión del derecho a la intimidad, esfera cubierta por el artículo 2.1 y artículo 1.1., cuenta con apoyo en la jurisprudencia constitucional, la que desde el fallo *Elfes* utiliza el derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad como la cobertura de otros derechos fundamentales (A. Podlech, E. Benda).

En este punto me parece acertada la observación de Pérez Luño, en orden a que aceptar un derecho a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, acarrea el peligro de consagrar una especie de propiedad privada sobre datos personales (*Spiros Simitis*). La concepción privatista-propietaria de los derechos niega la dimensión social y comunitaria de los derechos. Con todo, Pérez Luño defiende la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática; fundado en la evolución o dinamicidad del derecho a la intimidad (derecho de soledad, en la formulación de Warren y Brandeis) de libertad negativa a libertad positiva, o poder de control sobre informaciones personales. Para Pérez Luño este cambio de contenido del derecho a la intimidad, que da origen a un nuevo derecho, libertad informática, erosiona la “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*). “Frente –dice Pérez Luño- a esta construcción abstracta e irreal, hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la “intensidad social” de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses, públicos o privados, que puedan contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva” (158). A lo expuesto el iusfilósofo sevillano agrega que negar

la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dificultaría su relación con otros derechos fundamentales, puesto que una libertad apéndice de valores constitucionales y un derecho general, tendría menor consistencia, y su fuerza dependería de éstos. Pérez Luño agrega que negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa soslaya el carácter dinámico de los derechos fundamentales.

La teoría generacional de los derechos ofrecería una adecuada ejemplificación del carácter dinámico de los derechos, que no se agotan en catálogos cerrados y completos. “La autodeterminación informativa –dice Pérez Luño– o libertad informática ha sido la respuesta histórica de los Estados de Derecho más avanzados a las amenazas que dimanan para el disfrute de las libertades de distintos empleos de las nuevas tecnologías, en especial de la informática y la telemática. Estos procesos tecnológicos engendran invasiones potenciales o reales en la intimidad y demás libertades y, al propio tiempo, condicionan la capacidad de los ciudadanos para actuar libremente, para elegir sus formas de comunicación con su medio y para participar en la vida social y política. La dialéctica de nuevas necesidades (nuevos derechos) se cumple de este modo plenamente en la génesis y fundamentos de la libertad informática (160). Finalmente, se insiste en la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, por la necesidad de reforzar la garantía, diseñar instrumentos específicos de tutela, como el Hábeas Data, que refuerzan su entidad como derecho fundamental.

Ciertamente, lo valioso de la defensa de Pérez Luño de la autonomía de la libertad informática, no se puede divorciar la reconstrucción de un derecho fundamental tácito o implícito de los datos positivos, el catálogo concreto de derechos fundamentales de la Constitución estatal, y de instrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos.

1.3 Derecho a la vida privada

En Francia se observa una paradoja, por una parte una escasa jurisprudencia constitucional acerca del derecho a la vida privada, y una com-

pleja legislación sobre control de bancos de datos. Así, la primera propuesta de ley relativa a la creación de un Comité de Vigilancia o de un Tribunal especial de la informática, data del 30 de octubre de 1970 (proyecto de ley Poniatowski). Este proyecto de ley no obtuvo aprobación de la Asamblea Nacional, pero motivó una modificación del Código Civil (Art. 9º) en el que se introdujo el reconocimiento explícito del respeto a la vida privada. Sin embargo, el proyecto gubernamental "Safari" (1974) dio origen a un debate nacional, al establecer un número de identificación único para cada ciudadano, aplicable a todos los registros y ficheros públicos, manuales o electrónicos. El Presidente galo designó una Comisión para elaborar un informe sobre "Informática y Libertad", emitido en 1975. Tal informe fue la base de la Ley de 1978 (78/17), que crea una Comisión Nacional de Informática y Libertad, que ejerce funciones de control y vigilancia de las normas legales, funciones de consulta y propone proyectos de ley al Gobierno.

En la dogmática francesa el derecho a la vida privada, es una garantía de la libertad individual, que se trata unida a la libertad de disponer de sí mismo (cuerpo), el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de la personalidad y el derecho a mantener un estatuto personal (F. Luchaire). Coincidentemente, el jurista J. Robert señala que la regulación legislativa del derecho al respeto de la vida privada (Ley de 17 de julio de 1970, artículo 9º del Código Civil) y la gama de sanciones civiles y penales; dificultan el examen del derecho a la protección de la vida privada y sus derechos conexos (inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad de la correspondencia y secreto profesional). En este contexto, excepcionalmente la Ley de 17 de julio de 1970, el derecho al respeto a la vida privada, es una prerrogativa de la persona sujeto activo del derecho, y en los otros textos normativos, es un límite al ejercicio de derechos o prerrogativas.

En este contexto el Consejo Constitucional no ha consagrado expresamente el valor constitucional del derecho al respeto de la vida privada y por el contrario, el Consejo de Estado estima que el juez es el garante de este derecho (Decisión del 12 de octubre de 1979).

En cuanto al marco normativo del derecho a la protección de la vida privada, se desagrega en razón de sus componentes; inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, secreto profesional, que se denominan disposiciones puntuales, y los textos generales,

entre los que destacan: Art. 35° de Ley de 29 de julio de 1981, Ley de 17 de julio de 1970, Art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Ley N° 78-753 de 1978, modificada por Ley N° 79-587 de 1979; Ley N° 79-18, de 1979 y Ley N° 78-17 de 1978, y la Convención del Consejo de Europa para la protección de personas en el tratamiento automatizado de datos personales de 1981 (introducida al derecho galo por Ley de 19 de octubre de 1982 y Decreto 85-1203, de 1985). En el marco reseñado, los datos personales (informaciones nominativas) que permiten identificar a personas físicas, están cubiertas por la vida personal íntima, que es inviolable, por lo que excluye la configuración informática de un perfil de la persona. En razón de lo expuesto el marco legal somete a control el tratamiento automatizado de información nominativa; campo en que la autoridad administrativa independiente –la Comisión Nacional de Informática y Libertades– cumple importantes funciones, en particular la de informar a personas concernidas y de controlar la aplicación de la informática al tratamiento de informaciones nominativas. De esta manera, sobre la base de un régimen legal de recolección y conservación de informaciones que contienen resguardos y garantías para las personas, se hacen distingos de procedimientos según la naturaleza de la información nominativa:

a) Las informaciones muy sensibles concernientes a su origen social u opiniones políticas, filosóficas o religiosas y adscripciones sindicales, se sitúan en un plano de interdicción informática, con dos excepciones: los grupos religiosos, filosóficos, políticos o sindicales pueden tener ficheros de sus miembros; y las materias de interés público, materias en que existe variada jurisprudencia.

b) Informaciones sensibles dan origen a dos procedimientos diferentes, según que el tratamiento automatizado esté siendo operado por un ente público o por personas privadas. Los tratamientos automatizados de información sensible por entes públicos requieren de autorización legal o reglamentaria, y todo fichero debe ser objeto de consulta de la CNIL. Existe un procedimiento administrativo para acceder o impugnar la información sensible de ficheros o bancos de datos. Los tratamientos automatizados operados por organismos privados, se encuentran reglados en sus elementos: tipo de información responsables del tratamiento, finalidad, derecho de acceso, entre otros.

c) Las informaciones neutras, son tratadas por organismos públicos

o privados; y no podrán guardar relación con la vida privada o libertades de las personas. El CNIL fija normas simplificadas y la obligación de una declaración simplificada de los organismos de tratamiento de información.

Ciertamente, pieza clave del complejo sistema legal del tratamiento informático de datos personales, es la Comisión Nacional de Informática y Libertad (CNIL), una autoridad administrativa colegiada independiente, investida por ley de una misión de información y de concertación y de una misión de control.

Ahora bien, la jurisprudencia francesa y europea, como la actividad de la CNIL, ha contribuido a determinar los elementos de la personalidad que quedan comprendidos en la vida privada, y que se pueden agrupar en tres categorías: el respeto de los comportamientos, el anonimato y el respeto de la vida relacional.

i) El respeto de los comportamientos que conciernen a las cualidades esenciales de la persona, reflejan la naturaleza de su ser y su estilo de vida. En relación a los comportamientos de la personalidad, el reconocimiento del derecho de ser el mismo (subjectividad) se manifiesta en su territorio, apariencia y autenticidad. En relación al territorio, el despliegue de la personalidad supone un espacio para la subjectividad, que excede la noción tradicional de "domicilio".

La apariencia de la personalidad es un concepto relacionado, que involucra al sujeto y a terceros su privilegio de presentar su personalidad de una manera determinada y que conecta con derecho a la imagen.

La autenticidad de la personalidad tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva que concierne a terceros, como es la identidad sexual del individuo con independencia de su sexualidad biológica o la interdicción de toda deformación de la autenticidad de un individuo, por cualquier medio. La autenticidad también importa prohibir el uso de personas con fines comerciales o publicitarios, sin consentimiento del individuo.

ii) El respeto del anonimato es parte del reconocimiento de la sociabilidad del individuo, pero reconoce como expresión de la vida privada la sustracción a determinados datos o convicciones del entorno en que se desenvuelve. El respeto del anonimato es ilustrado por J. Robert, a través de tres ejemplos: los secretos de la persona, la fijación y divul-

gación de expresiones corporales y la protección de informaciones nominativas.

iii) El respeto de las relaciones de la persona, a partir del reconocimiento de la vida relacional, queda cubierto por el derecho a la vida privada, el respeto de las comunicaciones (sea vía inviolabilidad de las comunicaciones de personas libres –*arrêt Klass, arrêt Kruslin, arrêt Huvig*– o las limitaciones a las comunicaciones de personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios u hospitalarios); el respeto de las relaciones familiares y el respeto de las relaciones sentimentales (destacando el *arrêt Dudgeon* de 1981 del Tribunal Europeo Derecho del Hombre).

2.- Libertad informática y Hábeas Data

En una sociedad informatizada en que el “poder informático” configura un verdadero poder invisible, el tradicional derecho a la intimidad conceptualizado como libertad negativa, adquiere una nueva faz, dada su dinamicidad, y deviene en libertad positiva, que se le denomina libertad informática que tutela los datos personales, concepto homologable al germano “derecho a la autodeterminación informática”. La libertad informática tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para: “conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos (lo que se denomina Hábeas Data por su función análoga en el ámbito de la libertad de información a cuanto supuso el tradicional Hábeas Corpus en lo referente a la libertad personal); controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión” (140, Pérez Luño). En la duplicidad terminológica: protección de datos personales y libertad informática, Pérez Luño hace un paralelismo con la doble función de los derechos fundamentales (garantías de un estatus subjetivo y cauces constitucionales para el logro de un equilibrio de poderes); “así, la protección de datos personales tendría por objeto prioritario asegurar el equilibrio de poderes sobre la participación democrática en los procesos de la información y la comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos. Por su parte la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa supondrían la incidencia en la esfera subjetiva de la protección de datos. Es decir, la garantía de unas

facultades de conocimiento, acceso y control de las personas respecto a las informaciones que les conciernen” (141).

Este nuevo derecho fundamental –la libertad informática- es situada en la categoría de los derechos de la tercera generación, respuesta contemporánea a las necesidades de tutela de la intimidad frente al desarrollo de las tecnologías en particular del poder informático. En cuanto derecho de la tercera generación, la libertad informática encuentra su fundamento axiológico en el valor solidaridad, su naturaleza jurídica es un “estatus de Hábeas Data” para la tutela efectiva, y su titularidad acepta la lesión individualizada, sin perjuicio de otorgar acción popular (Pérez Luño).

En cuanto a la legislación de protección de datos personales y Hábeas Data, esta ha seguido un largo camino, descritos con precisión por autores como Mario G. Losano, Fermín Morales P. y A. E. Pérez Luño, pareciéndome sugerente la taxonomía de este último autor, acerca de las generaciones de leyes.

En este punto es menester hacer una reseña sinóptica de la legislación de protección de datos en América Latina y los crecientes niveles de positivación constitucional de la libertad informática y del Hábeas Data.

El Hábeas Data se erige en la actualidad como instrumento de tutela cautelar de la libertad informática, instrumento asociado, en ocasiones, a una legislación específica sobre banco de datos. En América Latina destaca una tendencia peculiar en orden a erigir el Hábeas Data en un instrumento garantista incorporado a la Constitución estatal. El Hábeas Data se erige en una acción –proceso de amparo constitucional, que con carácter de sumario y extraordinario, permite hacer efectivos derechos específicos en relación a “información sensible no registrable”: derecho de acceso, derecho a la actualización de datos, derecho a la rectificación, derecho a la confidencialidad y derecho a la exclusión (N. Pedro Sagüés).

En cuanto al Hábeas Data, el antecedente ibérico (Constitución española, Art. 18º, inciso cuarto y Constitución portuguesa, Art. 35º) es particularmente ilustrativo, a saber:

Constitución española de 1978, Art. 19º, inciso cuarto: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familias de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos”.

En América Latina se ha producido una mixtura de influencia ibérica: remisión legal en materia de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y consagración de una garantía procesal: Hábeas Data, Acción de Amparo de rango constitucional. Así la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 5° LXXII dispone: “Se concede Hábeas Data a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidos en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo”. La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 15° inciso primero y segundo, que tutela el derecho a la intimidad personal y familiar, y a su buen nombre, dispone: “De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellos en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

La Constitución de Paraguay de 1992, en su artículo 135° dispone: “Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos”. También, se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, y respeto a la vida privada (Art. 33°) y el derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada (Art. 36°).

La Constitución peruana de 1993, en su Art. 200° inciso 3 consagra como “garantías constitucionales”: “La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte, de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, inciso quinto, sexto y séptimo de la Constitución”. Los preceptos referidos conciernen al derecho a la información de cualquier entidad pública, en el plazo legal y con el “costo que suponga el pedido”, con la excepción de informaciones que afecten la intimidad personal (N° 6), derecho a que servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informacio-

nes que afecten la intimidad personal y familiar, y el derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz o imagen propias, todo con derecho de rectificación; pero sin incluir los medios de comunicación.

La Constitución argentina de 1994, en su artículo 43°, inciso tercero prescribe: "Hábeas Data. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su familia, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a procrear informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". También se detectan avances en las constituciones provinciales argentinas: v. gr., la Constitución de La Rioja (Art. 30°) y la Constitución de San Juan (Art. 20°). La tutela de la libertad informática puede producirse vía amparo o tutela (Colombia) o vía una acción de amparo especial: Hábeas Data (Brasil, Argentina), alejándose nuestra América de la tendencia europea en orden a establecer un órgano administrativo independiente de regulación y control de los bancos de datos, órgano análogo a un *ombudsman* de la libertad o derecho de autodeterminación informativa (Suecia, Dinamarca, Noruega, Luxemburgo, Alemania, Canadá, Austria, Francia); aproximándose más bien a un modelo judicialista como el americano del norte.

Desde una perspectiva comparada me parece útil comentar sumariamente las instituciones de Hábeas Data en Brasil y Perú, dado que paradigmáticamente poseen sustantivas diferencias. La desarrollada Constitución de la República Federativa de Brasil concede en su catálogo de derechos fundamentales (Art. 5°) la acción de Hábeas Data (LXXII) para garantizar el conocimiento de informaciones personales contenida en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar datos. Así, es de competencia del Supremo Tribunal Federal, la acción constitucional de proceso de amparo (Hábeas Corpus, Mandato de Seguridad y Hábeas Data) cuando se dirija la pretensión procesal contra actos del Presidente de la República, Mesas de las Cámaras Federales, Tribunal de Cuentas, Procurador General o el mismo Tribunal, o en instancia de recurso ordinario en casos decididos en única instancia por tribunales superiores (Art. 102°, N° I, letra d). En cambio compete al Superior Tribunal de Justicia conocer del Hábeas Data contra actos de Ministro de Estado o

del mismo Tribunal (Art. 105°, N° I, letra b). A los tribunales regionales federales compete “procesar y juzgar” los Hábeas Data contra actos del propio tribunal o de juez federal (Art. 108° N° I, letra c) y a los jueces federales compete “procurar y juzgar” los Hábeas Data contra actos de autoridad federal, exceptuados actos de tribunales federales (Art. 109°, N° VIII). Finalmente, las decisiones de los tribunales regionales electorales serán recurribles cuando denegaren Hábeas Data (Hábeas Corpus, Mandato de Seguridad o Mandato de Inyucción) ante Tribunal Superior Electoral (Art. 121°, párrafo 4° y N° V).

En cuanto al sujeto activo titular de la acción será cualquier persona nacional o extranjera residente en el país, y el sujeto pasivo es el ente público gestor del banco de datos automatizado o manual. En cuanto al procedimiento está el ordinario de la Acción de Amparo, un procedimiento sumario y eficaz, con sentencia de tipo constitutivo y condenatoria cuando acoge la acción, gozando de autoridad de cosa juzgada. Una apostilla relevante es indicar que la doctrina en relación al sujeto pasivo entiende que el concepto “de carácter público” (del registro o banco de datos) se refiere a entes públicos y entidades privadas que presentan un servicio público (Silva, J. A. y A. Pelligrini). Por la vía ejemplar el Código de Defensa del Consumidor considera expresamente “de carácter público” los bancos de datos y catastros relativos a consumidores, como el Servicio de Protección de Crédito mantenido por instituciones privadas (Art. 43°, apartado 4°).

Por otro lado, el Hábeas Data peruano tiene como característica su excesiva amplitud. Primero, la acción tutelar comprendía los derechos del artículo 2° numerales 5°, 6° y 7°, es decir, no sólo se reafirmaba al derecho a la autodeterminación informativa, sino al derecho al honor, derecho a la imagen, derecho a la intimidad, y al *sui generis* derecho de rectificación. Por ello, mediante la Ley N° 26.470, publicada el 12 de junio de 1995, se aprobó la primera reforma constitucional a la Carta de 1993, que excluye el N° 7 del artículo 2° del ámbito tutelar del Hábeas Data, pasándolo a la tutela del Amparo (derecho al honor y buena reputación, derecho a la intimidad, derecho a la imagen y derecho de rectificación). Para concluir, cabe agregar, que la Ley N° 26.301, publicada el 3 de mayo de 1994, regula transitoriamente el Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento; asignando la competencia del Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandante o ubicación de archivos, y si fueren archivos judiciales-administrativos (in-

cluidos los del Ministerio Público), conocerá de la causa la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia, la que encargará a un juez de instancia su trámite, que fije en materia de procedimiento la vigencia supletoria de cuerpos legales referentes al Amparo. Finalmente, al Tribunal Constitucional le corresponderá “conocer en última y definitiva instancia” las resoluciones denegatorias de Hábeas Data y de acciones tutelares.

Del ejercicio comparativo sumario podemos colegir de modo preliminar lo siguiente:

a) El Hábeas Data es una acción de tutela del derecho de libertad informática, concreción del derecho a la intimidad, que con naturaleza cautelar y en procedimiento sumarísimo, hace efectivo un proceso de amparo constitucional.

b) La acción de Hábeas Data es un “amparo especial referente a datos, registrados en bancos o bases datos (Sagüés).

c) El multiforme amparo, a partir del derecho de libertad informática, sea un derecho explícito o implícito, es una herramienta garantista procesal suficiente.

d) La excesiva amplitud del Hábeas Data (v. gr. el Hábeas Data peruano) debilita al Amparo, y puede ser empleado en un contexto autoritario como garantía frente a la libertad de información y derecho a la información, y también, en un sentido conservador para sustraer determinada información económica o patrimonial de la acción de entes públicos hacendísticos.

3.- Jurisprudencia de recurso de protección

Nuestra jurisprudencia no reconoce un derecho de libertad informática o autodeterminación informática, aunque a partir del derecho a la intimidad (Art. 19° N°4 C.P.R) y de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Art. 19° N° 5 C.P.R.), ha reconocido el derecho a acceder a un banco de datos y de corregir información errónea, y el secreto bancario y mercantil, con ciertas limitaciones.

De modo fragmentario citaremos jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia sobre protección del derecho a la intimidad,

del derecho al honor (Art. 19° N° 4 C.P.R.) frente al poder informático, en concreto a bancos de datos:

- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (S.C.A.S. del 21 de octubre de 1981:

“4° Que la negativa del director del Boletín a recibir la aclaración que el interesado quiere publicar lesiona sus derechos como quiera que su crédito y honorabilidad se sienten en el consenso público”;

“5° Que, además, es de notar que la dirección del Boletín ha debido tomar precauciones para evitar el daño que pueda producirse a personas que no han incurrido en deudas morosas, asentando, junto con el nombre de la persona, otros datos que permitan identificarla., y

“6° Que, en consecuencia, la petición formulada debe acogerse, pues la resolución de que se trata lesiona un derecho que la Constitución Política del Estado garantiza en el artículo 19° N°4 y 21°”.

(Fuente: **Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales** (R.D.J.) Tomo LXXVIII, N° 3, Secc., Quinta p. 296-300).

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 7 de marzo de 1988:

“6° Que, además, es incuestionable que este acto arbitrario de la recurrida vulnera la garantía constitucional consagrada en el artículo 19° N° 4 de la Constitución, puesto que al hacer aparecer al recurrente como una persona que no cumple sus obligaciones comerciales afecta la honra de éste, e incluso, como consecuencia de ello, el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas”.

Fuente: R.D.J. Tomo LXXXV, N° 1, Secc. 5ª, pp. 65, 67.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 1° de junio de 1988:

“7° Que, la dinámica de esta actuación antijurídica y arbitraria, que se inició con la inserción equivocada de un dato de identificación comercial propio del recurrente en operaciones bancarias de un tercero y que se tradujo posteriormente en la publicación de protestos de documentos bajo ese signo erróneo en un medio de información especializado de circulación nacional, como lo del Boletín de Informaciones Comerciales, que difunde el nombre de las personas que incurren en incumplimiento de ciertas obligaciones pecuniarias, no pudo menos

que producir serio menoscabo en la honra del afectado, un deterioro de la reputación y la buena fama que todo individuo se granjea en el seno de la sociedad por la suma de sus valores morales, entre los que se cuenta, en el ámbito de las relaciones comerciales, el cumplimiento estricto y oportuno de las obligaciones contraídas”;

“9° Que, tanto el derecho a la honra de una persona como el ejercicio de cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional se encuentran elevados a rango de garantías fundamentales que la Constitución Política del Estado reconoce con tal carácter en su artículo 19° N°s. 4 y 21, y cuyo ejercicio cautela mediante el arbitrio especial de protección consagrado en su artículo 20°”;

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXV, N° 2, pp. 217-223.

- Sentencia de la Corte Suprema de 19 de abril de 1989.

“2° Que, como se desprende de la disposición transcrita (Art. 4° del Decreto N° 950, del Ministerio de Hacienda, de 1928) las personas afectadas por la publicación de datos que efectúe el Boletín tienen derecho para exigir de éste se inserten las aclaraciones que dichas personas pueden dar respecto de los datos que les afecten, y esto es lo que la actual recurrente y apelante ha solicitado de la demandada, o sea, que las letras cuyos protestos han sido publicados, no fueron aceptadas por sus representantes legales, no siendo suyas las firmas, lo que consta de informes periciales producidos en la causa criminal incoada por querrela suya, según consta del certificado del secretario del Tribunal”.

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXVI, N° 1, pp. 15-17.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 26 de mayo de 1994:

7° Que, la inclusión de antecedentes financieros desfavorables en las situaciones mencionadas no afectan la vida privada, pública y la honra de la entidad en cuyo favor se recurre, y además, por ser ella una persona jurídica carece de familia, en los términos del artículo 19° N° 4 de la Constitución Política de la República, no obstante que la existencia de antecedentes desfavorables a la persona en cuyo favor se recurre en los mencionados Informes o Boletines Comerciales, implica una perturbación al derecho que todo individuo tiene de desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden

público o a la seguridad nacional, que garantiza el N° 21 del artículo 19° antes citado, toda vez que quien registre esos antecedentes, así lo sea por razones históricas, tendrá menos oportunidad de acceder a una actividad comercial o económica que aquél que no los tiene y jamás ha dejado de pagar una deuda o de cumplir una obligación”;

Nota: Sentencia revocatoria de la Excma. Corte Suprema de 23 de junio de 1994 en sede de apelación:

“1° Que, la circunstancia que la recurrida mantenga, en forma íntegra y según su historia cronológica, información recogida de una publicación oficial, reconocida por la ley, y la proporcione a sus usuarios, no constituye un acto ilegal o arbitrario, por lo que este recurso carece del presupuesto indispensable para prosperar.

“2° Que, además los hechos que el recurrente estima ilegales o arbitrarios, que motiven su accionar, no han podido privarlo, perturbarlo o amenazarlo en el legítimo ejercicio de la garantía establecida en el N° 4 del artículo 19° de la Constitución Política, desde que se trata de una persona jurídica”;

“3° Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que la normativa del decreto supremo N° 950, de 1928, del Ministerio de Hacienda, al establecer que pierden vigencia, en determinados casos, ciertas publicaciones aparecidas en el Boletín de Informaciones Comerciales, no ha podido significar la desaparición física de tales publicaciones ni impedir el registro de ellas en los sistemas o mecanismos de procesamiento de información –como es el caso de los servicios proporcionados por la recurrida-, sino que, como se lee en la Circular de la Superintendencia de Bancos que en fotocopia rola a fojas 1, “equivale a que si una institución financiera tiene que resolver, por ejemplo, si va a otorgar un crédito o abrir una cuenta corriente a una persona que registra un protesto aclarado o uno que lleve más de cinco años publicado, debe pura y simplemente abstraerse de la existencia de esos protestos y proceder como si no hubieren existido jamás”.

Fuente: **Revista Gaceta Jurídica** (G.J.), N° 168, 1994, pp. 54-57.

También la tutela del secreto bancario por vía del artículo 19° N° 5 de la Constitución, es decir, la inviolabilidad del hogar y de toda forma

de comunicación privada ha tenido una débil recepción en nuestra jurisprudencia. De modo fragmentario citaremos los fundamentos jurídicos más significativos recogidos en algunos fallos sobre la materia:

- Sentencia de la Corte Suprema, de 12 de septiembre de 1988.

“4° b) que, como puede apreciarse, sólo algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria están sujetos a “estricta reserva, respecto de terceros”, cuales son, como se dijo, “el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos”, como señala el inciso 2) y ni aún estos en forma absoluta, como quiera que, como ya se dijo, los tribunales podrán aún “ordenar la exhibición de determinadas partidas” de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el liberador, como lo prescribe el inciso tercero ya antes referido, y

“5° Que lo dicho precedentemente respecto de la reserva de la cuenta corriente en los limitados términos previstos en el artículo 1° de la Ley de Cheques es igualmente aplicable a la reserva o secreto de que trata el artículo 20° de la Ley General de Bancos, pues en el caso de autos no se han solicitado por el Superintendente de Bancos antecedentes relativos a las “operaciones” que los recurrentes han realizado o realicen respecto de los “depósitos” que tuvieron en los bancos, sino exclusivamente acerca de la sola existencia de los mismos, lo que reafirma también el texto mismo de dicho artículo 20°, de cuyo tenor se desprende que lo que se procura con tal institución es el evitar se ocasione “daño patrimonial al cliente”.

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXV, N° 3, de 1988, pp. 223-237.

- Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de enero de 1989.

“5° Qué, la estricta reserva impuesta a los bancos en los términos recordados en el fundamento segundo, hace que lógicamente los instrumentos en que constan la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones que le son propias, deben asimilarse a los “documentos privados” comprendidos en la garantía de inviolabilidad contemplada en el N° 7 del artículo 19° de la Constitución Política y cuyo “registro” sólo se permite en los casos y formas determinados por la ley”.

“6° Que, ahora bien, como la orden de informar expedida en la resolución calificada de ilegal implica propiamente el “registro” o exa-

men de los respectivos instrumentos, resulta evidente que aquella garantía constitucional ha sido vulnerada; y con ello corresponde acoger el recurso en examen, respecto del cual este tribunal ya declaró su admisibilidad por resolución de doce de mayo del año último”.

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXVI, N° 1, de 1989, pp. 1-4.

4.- Conclusiones

A modo de conclusiones recogeremos un conjunto de asertos, mitad afirmaciones y mitad conjeturas, de allí la provisionalidad de estos, a saber:

1. El derecho a la intimidad en su matriz liberal aparece asociado al derecho de propiedad (liberalismo “individualista posesivo”) primero y al derecho a la soledad después (Warren y Brandeis), pero siempre concebido como una libertad negativa (Constant y Berlin). De esta manera, el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, concebido como libertad positiva, puede ser un derecho fundamental explícito o implícito.

2. El examen sumario del derecho a la privacidad en la cultura jurídica norteamericana y del derecho general de libertad (derecho a un desarrollo libre de la personalidad) en la República Federal de Alemania, nos demuestra la riqueza de la doctrina y jurisprudencia; que de forma evolutiva, logra reconstruir derechos fundamentales implícitos.

El caso de la cultura jurídica francesa difiere de las anteriores, ya que el material jurisprudencial es escaso (Consejo Constitucional y Consejo de Estado), pero a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de una legislación modélica se ha reconstruido un derecho a la vida privada con múltiples facetas.

3. Por contraste, nuestra doctrina jurisprudencial es bastante pobre y el recurso de protección, que potencialmente podría funcionar como Hábeas Data en conexión con el artículo 19° N° 4 de la Constitución, no ha dado frutos en materia de libertad informática. Me parece que ha faltado algo de imaginación de nuestros jueces, para dotar al recurso de protección de la multifuncionalidad que caracteriza en otros países a la acción del amparo de derechos fundamentales.

4. Una dogmática de los derechos fundamentales, en lo concerniente al derecho a la intimidad, la libertad informática y sus garantías, debe dilucidar las siguientes cuestiones.

4.1. Entidad o “naturaleza” del derecho a la intimidad (libertad negativa).

4.2. Entidad de la libertad informática como derecho implícito y libertad positiva.

4.3. De esa suerte, una matriz liberal individualista del derecho a la intimidad y de la libertad informática excluye los aspectos colectivos de la información y del poder informático. Por ello –señala Pérez Luño– el problema más acuciante que suscita la protección de la intimidad frente a la informática no es tanto el impedir el proceso electrónico de informaciones, que son necesarios para el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el asegurar un uso democrático de la *information technology*” (339). El control democrático y el derecho de acceso a la información, son claves en una sociedad en que el poder informático es un poder invisible, y en que la tecnología puede ser fuente de manipulación de alcances insospechados.

5. En consecuencia, una cuestión primaria es dotarnos de una legislación de protección de las personas frente al tratamiento automatizador de datos de carácter personal. De esta manera, entender la libertad informática como un derecho de control de la información referente a uno mismo, exige hacer distinciones acerca de la sensibilidad de la información sujeta a protección (teoría de las esferas o rangos de sensibilidad); puesto que de lo contrario el derecho a la intimidad, la libertad informática y el Hábeas Data tendrán una lectura conservadora (liberal) como derechos de defensa frente a un Estado, que requiere de información para hacer planeación y programación, y ordenar la actividad económica en general. Además la libertad informática puede ser levantada como un verdadero escudo frente al derecho a la información y a la libertad de expresión.

6. En este contexto, una paradoja del Hábeas Data, es que concedido como una garantía procesal de un derecho de la tercera generación, la libertad informática, permita el control y acceso democrático al poder informático sin levantar un “castillo”, una fortificación frente a un Estado, que por las exigencias del capitalismo tardío ejerce funciones o cometidos de regulación, gestión y empresarial. El secreto bancario es un buen ejemplo, como barrera frente a un Estado regulador.

7. En suma, resulta perfectamente posible instituir el Hábeas Data, bajo la cobertura del artículo 19° N° 4 de la Constitución; como ocurrió en el recurso de amparo económico, instituido por vía legal (ley orgánica constitucional); presentando los mismos problemas procesales que el amparo económico frente al recurso de protección: paralelismo procesal e inseguridad jurídica.

De esta manera, el objetivo primordial –la protección de datos personales (necesidad de la sociedad postindustrial)- es un componente de las garantías de un Estado de Derecho contemporáneo, por lo que la legislación sobre la materia resulta imperiosa (la ley francesa y alemana dan cuenta de modelos exitosos), lo mismo que una reconstrucción dogmática del artículo 19° N° 4 para desentrañar un derecho a la autodeterminación informática o libertad informática.

Para tal reconstrucción de un derecho implícito o tácito, la jurisprudencia en sede de protección no ha servido, por lo que una reforma constitucional o una ley especial debería instituir la garantía del derecho fundamental, el Hábeas Data.