

El Derecho a la Intimidad y la Informática

Gorki Gonzáles M.¹

Profesor de Derecho Civil de la PUC

Una de las innovaciones de mayor connotación en el proyecto de texto constitucional recientemente publicado para su conocimiento por la opinión pública, es la institución del Hábeas Data.

Desde hace ya varios años que las repercusiones del fenómeno de la informática, en la esfera del derecho a la intimidad, vienen siendo materia de preocupación a nivel de la doctrina y de las legislaciones de diversos países del orbe, sin que en nuestro medio ello haya tenido su debido correlato.

De ahí la importancia del presente trabajo, en el cual el profesor Gorki Gonzáles, realiza un sugerente y exhaustivo análisis doctrinario acerca de la problemática generada por el procesamiento de datos a nivel jurídico para terminar con un balance del texto propuesto por el CCD en materia de Hábeas Data.

1. Una dimensión que se pensó utópica

Uno de los rasgos más característicos de los tiempos modernos consiste en sustentar la idea que el futuro de la ciencia se confunde con el futuro de la humanidad, afirmando, a partir de ello, la solución a las angustias del presente.

Según esta idea las nociones "utopía", "cambio" y "transformación social"² se estrechan, ya que históricamente el término utopía ha servido precisamente para describir sociedades o proyectos políticos anhelados, prototipos de sociedades perfectas, una visión del futuro en positivo.

Sin embargo, esta visión, pronto empezó a verse erosionada por la realidad, por cuanto a medida que avanza el desarrollo de la ciencia y la tecnología, parece segregarse problemas desconocidos que hacen la vida del hombre más precaria aún. De esta realidad, y a propósito de la noción que asociaba conceptos de organización política y modelos de vida social al desarrollo científico, Orwell en "1984"³, prelude, por el contrario, un futuro patético, graficado en la frase "El Gran Hermano está vigilándote".

En efecto en "1984", Orwell define los rasgos del nivel de control social al que se puede llegar en una sociedad del futuro⁴: plantea en forma extrapolada la intromisión desmesurada en la vida cotidiana de las personas ejercida por un Estado omnipotente. Las pantallas de televisión que hacen explícita la vigilancia del "Gran Hermano", son el anticipo grotesco de un futuro deshumanizado que violenta y agrede al ser humano en su integridad. En esa dirección el sentido utópico del futuro que en los tiempos actuales afirma la conjugación de desarrollo científico y felicidad, se trastoca al presentarse en negativo. Y lo que se produce en un esquema social de este tipo es, más bien, deshumanizante, infeliz, sórdido.

Si para Tomás Moro había relación entre "Utopía" y un "País Feliz", al contrario, en la perspectiva orwelliana, en donde el hombre es oscultado en todos sus momentos, gestos, sensaciones, expresiones, etc., la idea de utopía recoge lo relativo al orden, "armonía" y planificación, también explícitos en ella, pero en una versión sombría. Se trata de la utopía en su sentido negativo, una anti-utopía.

1. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC, en el área de Derecho Civil e Introducción al Derecho.

2. SERVIER, Jean. *La Utopía*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 8.

3. ORWELL, George. *1984*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1976.

4. ASIMOV, Isaac. *La Ciencia Ficción*, Buenos aires, Editorial Sudamericana, 1982, p. 280.

5. Loc. cit.

2. Informática y privacidad: la crisis

Para Orwell la vigilancia en la vida de las personas era posible gracias a la utilización de pantallas estratégicamente ubicadas. No imaginó las computadoras o robots pues de lo contrario habría puesto a todo el mundo bajo la vigilancia artificial de la dictadura⁵. Queda claro sin embargo que computadoras y dictadura no van necesariamente de la mano. De hecho todas las dictaduras que hasta el momento han existido y existen aún, no han requerido necesariamente de las computadoras para hacer más eficiente su tarea. Pero lo cierto es que con la difusión de estos aparatos a partir de los años sesenta, las posibilidades prácticas de vigilar a las personas, va cobrando real sentido⁶.

No en vano nuestra época suele ser definida como la del tiempo de la tecnología. Son pues totalmente admitidas las repercusiones que en la sociedad contemporánea presenta la informática y no es ninguna exageración la inquietud que sugiere la pérdida de su control⁷, pues como ya se dijo, lo que antes parecía irreal, en el terreno de la utopía, o en alguna medida posible en la perspectiva de la ciencia ficción, hoy es patético aunque aparezca disfrazado⁸.

Y es que el uso inadecuado y sin control de la informática, entendida como la disciplina o actividad que consiste en el tratamiento o procesamiento de la información por medio de máquinas automáticas (ordenador electrónico), tendiente a la obtención de una nueva información⁹, puede volverse contra el hombre, invadiendo las zonas más íntimas de su vida¹⁰, avasallando su integridad de persona humana. Las modalidades clásicas de la ingerencia, arbitraria en la esfera de la vida privada, tales como el teatro, la literatura, la prensa, que se fueron perfeccionando con la fotografía a distancia, la radio, el teléfono y la televisión, quedan minimizadas

con la evolución de la electrónica y la informática.

En este contexto cobra sentido la preocupación por la creación de los Bancos de datos, los cuales suponen un sistema automático de acumulación, conservación, procesamiento, recuperación y transmisión de datos de cualquier naturaleza. En ellos, es donde radica la base de acumulación de información que puede ser objeto del ejercicio arbitrario de quienes detentan el poder de su control.

La información contenida en los bancos de datos presenta en la actualidad un creciente valor político y comercial¹¹. La información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro, incluso al exterior sin que el interesado se entere, peor aún, sin que pueda impedirlo¹².

2.1. Impacto de la informática en la tutela del derecho a la intimidad:

2.1.1. El poder informático y la intimidad

La información memorizada, elaborada y transmitida en lenguajes de computadora, es decir, la informática, constituye a la par que un bien jurídico y económico, una nueva forma de poder¹³.

Como se sabe, el poder es un fenómeno general y común a todos los ámbitos de la sociedad, es la capacidad de acción, de obligar, de dirigir, de conducir¹⁴. Y se habla del poder informático, reflejado en la posibilidad que tiene hoy el operador de computadoras de acumular información en cantidad ilimitada sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana de cualquier individuo, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc.

Se trata, en suma, del poder que resulta de la transformación de la información dispersa y secreta acerca de una persona, en información organizada y

6. JANUARIO GOMES, M. *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*, Lisboa, Boletim do Ministerio da Justica, No. 319, 1982.
7. HEREDERO HIGUERAS, M. *Informática y libertad: la respuesta de los juristas a un problema de nuestro tiempo*, Doc. Administrativo No. 171, Madrid, 1976, p. 123.
8. LONDOÑO TORO, Beatriz. *El derecho a la intimidad, el Honor y la Propia Imagen enfrentado a las nuevas tecnologías informáticas*, Medellín, Rev. de la Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, 1987, p.119.
9. GIANFELICI, M. *Responsabilidad civil emergente de la Informática*, Rev. Jurídica Argentina "La Ley", T. D., B. Aires, 1987, p.1186.
10. PRIETO ACOSTA, Margarita. *Informática jurídica: el Derecho ante un gran reto*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984, p.98.
11. STIGLITZ, Rosana. *Impacto de la informática en la sociedad*, Rev. Jurídica Argentina "La Ley", T.E., B. Aires, 1987, p.860.
12. Loc. cit.
13. FROSINI, Vitorio. *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, p. 173 y ss.
14. BIDART CAMPOS, G. *El poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1984. p. 25.
15. STIGLITZ, R. Op. cit., p. 859.

difundida al exterior por parte de los detentadores del mencionado poder informático¹⁵. Un poder cuyo ejercicio incontrolado, hace totalmente factible la destrucción de la esfera de reserva de un individuo.

2.1.2. Repercusiones del poder informático

De lo expuesto se desprende entonces la posibilidad que la informática además de bien jurídico, como tal, se convierta a la vez en un poder que atente contra la esfera de la intimidad de las personas.

Buena parte de la explicación de este fenómeno, se debe a que la irrupción de la informática en nuestras sociedades no siempre ha ocurrido en forma racionalizada ni adecuadamente regulada, de ahí que en general se observen repercusiones bajo la forma de control social, en tanto modalidad ejercida sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, al presentarse como un fenómeno de control accesible a distintos niveles, que los gobiernos justificaban como preventivo¹⁶. En este sentido, por ejemplo, el control de la oposición política no requiere ya de la presencia física de un espía, pues el ordenador permite fácilmente el rastreo, acumulación y sistematización de la información requerida¹⁷.

Así se hace evidente la frágil situación por la que atraviesan los derechos humanos, pues a la par que se limitan las libertades personales se agudiza la posibilidad de las discriminaciones con lo cual, el control social se hace intolerable¹⁸.

Precisamente en el campo de las libertades personales es donde distinguimos un conjunto de posibles repercusiones:

- La distorsión de la identidad personal por falta de integridad en la información o por alteración de la misma.

- La vigilancia de hecho de la vida cotidiana del individuo, manifiesta en la existencia de ficheros cada vez más completos con información personal. Todos estos datos dispersos e inconexos eran inofensivos en el pasado, pero debido a que con la

informática es posible un rápido procesamiento, transmisión y sistematización de dicha información, la elaboración de un perfil del comportamiento de cualquier individuo es claramente posible.

La presencia de la idea de la **vulnerabilidad** de la información por manipulación indebida o arbitraria es pues evidente a través de lo dicho e identificable en los siguientes supuestos:

a) Cuando se incluye a una persona en un banco de datos sin solicitar su previo consentimiento: por lo tanto, está claro que se trata de un derecho personalísimo, desde su configuración original pero también es cierto que puede ser objeto de disposición por parte de su titular. En suma aquí el daño se provoca cuando se establece, por ejemplo, el perfil moral del individuo mediante la recolección de datos sin su consentimiento, sobre su origen genealógico, antecedentes raciales, sus hábitos o costumbres y sus ideas filosóficas, políticas o religiosas.

b) Cuando se impide al interesado el derecho de acceso a su propia información contenida en un banco de datos: Es una situación contraria al respeto del principio del Derecho de información como base para la protección del derecho a la intimidad. Además es evidente la lesión al derecho de autodeterminación del individuo respecto de cualquier aspecto de su vida íntima.

c) Cuando no se otorga al sujeto el derecho de rectificación de datos erróneos o incompletos: aquí se plantea el supuesto en el cual se altera la identidad o se categoriza la persona sobre la base de información inexacta. Es consecuencia o está directamente vinculado con el anterior supuesto, pues de no tener acceso a la información que le concierne, el individuo no podrá establecer los niveles de alteración de tales datos y el resultado lógico será el que se vea afectado por cualquier error.

d) Cuando se fijó un plazo para el uso de los datos y el detentador de los mismos se excede en el término: la referencia es asimilable a la idea de las cárceles informáticas. Es decir, la necesidad que se establezca y respete un plazo para la caducidad de

16. LONDOÑO. Op. cit., p. 121.

17. PARELLADA, Carlos. *El derecho de la persona y la informática*, en *Derecho Civil*, ponencia presentada al Congreso de Derecho Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

18. ELGORZY, George. *El Desordenador*, Madrid, Quintana, 1972. p. 203.

19. DE MIGUEL CASTAÑO, A. *Libertad de Información y Derecho a la Intimidad: Medios para garantizarles, incidencia en el ámbito de la estadística*, en *"Informática y derecho"*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, No. 12. Madrid, 1986, p. 184.

la información almacenada en el banco de datos. De lo contrario, se plantea la posibilidad que por el transcurso del tiempo y el cambio de la situación específica del individuo que otorgó la información sobre su vida privada, se vea afectada porque se le impute una conducta o situación que hace tiempo dejó de corresponderle.

e) Cuando los sujetos que manejan la información contenida en un banco de datos se apartan de los fines para los que aquella había sido solicitada, usando y difundiendo la misma en forma indebida e ilícita: Como veremos más adelante, de este supuesto derivan una serie de aspectos relativos a la imputación de la responsabilidad. Existe por ello la obligación que el banco de datos esté a cargo de instituciones sujetas a control y de prescindir de los nombres de los interesados en todo tipo de publicación o difusión¹⁹ de la información que siendo privada es útil, por ejemplo, para fines de salud pública, etc.

f) Cuando los datos se difunden al exterior sin autorización del interesado; sin duda este supuesto es consecuencia de los anteriores; por lo tanto, su explicación está debidamente expuesta.

3. Hacia un nuevo concepto del derecho a la intimidad

La evolución de los presupuestos que dan contenido al Derecho de la Intimidad está demostrada por todo lo que significa la creciente densidad de las relaciones sociales y el progreso continuo de la tecnología, especialmente, en el terreno de la informática que constituye, de este modo, en una amenaza latente contra la persona y la comunidad.

Por ello se afirma que en nuestros días la privacidad constituye el presupuesto para el ejercicio de otros derechos, es decir, la base para el desarrollo efectivo de libertades y derechos básicos como la libertad de pensamiento, libertad de culto, y un conjunto de derechos sociales, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc.

Se trata, en síntesis, de comprender que una lectura actualizada de este problema, permite ver cómo la privacidad no se reduce a ser un simple límite a la interferencia de los demás, sino que se expresa con mayor claridad a través de su sentido positivo, es decir, como fundamento para el ejercicio y desarrollo de otros derechos²⁰.

El eje de esta redefinición está en función directa a la propia evolución de la vida social. Es por ello que, en un primer momento, esto es, 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 ordenadores²¹ 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"²².

De esta formulación, pueden distinguirse cuatro grandes facetas que abarcan a otros tantos supuestos de hecho²³:

a) Apropiación del nombre o imagen de otra persona en provecho propio: el registro informático que comprende los datos de una persona puede contener su retrato tan completo como una fotografía. En este supuesto encontramos el caso relativo a la identidad personal que supondría, por ejemplo, el hecho que una persona fuera injustamente discriminada debido a la falsa información proyectada sobre ella, en el grupo social.

b) Intrusión en la intimidad o en los asuntos privados de una persona: Con esto se alude también a la faceta anterior, pero, asimismo, es cierto que el uso indebido de la información registrada en la memoria electrónica no implica la idea de "intrusión" en el sentido de invasión directa o física²⁴, que es una característica resaltada por la propia jurisprudencia en los casos de violación del derecho a la intimidad. De este modo en la visión tradicional de la intimidad, la intrusión, como tal, define la conducta que constituye la violación de la intimidad, pero no hace referencia a lo que luego se

20. Loc. cit.

21. HEREDERO. Op. cit., p. 132.

22. De acuerdo al informe *Privacy and Behavioral Research*, Office of Science and Technology, Executive Office of the President, Washington D.C., 1967. Loc. cit.

23. Loc. cit.

24. *Ibid.*, p. 134.

25. Loc. cit.

haga con el producto de la invasión²⁵. En cambio, en el contexto informático la principal amenaza contra la intimidad es el uso subsiguiente de los datos. Con lo cual, la propia doctrina ha perfilado un sentido más amplio del ámbito de la invasión de la privacidad atendiendo a los nuevos supuestos de la intrusión. Por ello, es perfectamente admisible la idea según la cual el supuesto de la intrusión incluye toda forma de colecta de datos que implicara una indagación precisa y ofensiva de los asuntos personales de una persona²⁶.

c) Revelación pública de la información privada:

Existe una directa implicación de ésta con la faceta anterior. La creación de grandes bancos de datos y el desarrollo de redes nacionales de transmisión de datos, como ya lo hemos visto, crean una potencial amenaza para que la información privada se filtre y sea conocida por el público, esto en términos generales.

Aquí debe precisarse que la noción de privacidad de una información personal, en cierto sentido, es funcional al criterio imperante en el medio social. Pero en el contexto informático, la creciente informatización de los datos personales unida a la creciente demanda de datos estrecha velozmente la sensibilidad social para con lo privado, con lo cual los límites de intolerancia a que puede llegar el uso indebido de la información considerada privada hacen frágiles las condiciones que el individuo requiere para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

d) Publicidad que coloca a otra persona bajo una "falsa luz" ante los ojos del público: En el contexto informático este supuesto implica lo siguiente²⁷:

-Que una persona se considere ofendida por haberse difundido una información equívoca acerca de la misma.

Con lo cual de alguna manera, nos ubicamos en el contexto de la violación del honor de la persona a través de la intrusión en su vida interna.

- Que la información difundida sea veraz, pero utilizada fuera del contexto adecuado o aquel para

el cual se proporcionó, pudiendo ocurrir algo similar a lo planteado en el punto anterior.

-Que la información sea inexacta a causa de su antigüedad, por haberse añadido a la misma datos no pertinentes, o siempre que se hubieran omitido al difundir la información datos relevantes en razón del contexto.

Las implicancias de lo que significa el respeto a lo anterior es, en términos generales, el nuevo marco general de presupuestos para el desarrollo de otros derechos de la persona: una dimensión que justifica el nuevo sentido del concepto del Derecho a la Intimidad y del sentido de la vida privada que en este nuevo contexto está constituida por aquellos comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su reserva espiritual a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento²⁸, o medie un interés público.

En el mismo sentido el derecho a la intimidad antes que un derecho "individualista" se torna en un derecho "garantista" de una esfera privada, postulándose la tutela del derecho a la intimidad antes que como algo cerrado sobre sí mismo,"... como algo **trascendente**, como referencia al ejercicio de su poder-ser, entendido como la relación existente entre la libre actuación personal con su posibilidad constitutiva última, es decir de la libertad pública de un proceso cuyo origen está en la decisión privada²⁹.

4. Acerca de los principios para la protección del derecho a la intimidad en el contexto de la informática

Se trata de establecer las consideraciones que informan el derecho a la intimidad en este nuevo contexto; es decir, las razones que fundamentan el nuevo sentido de su configuración, veamos²⁹:

4.1. El derecho de acceso a los datos

El principio es que el desarrollo de la informática debe ir acompañado de una ampliación del derecho a la información. Por ello, si el desarrollo del tra-

26. *Loc. cit.*

27. *Loc. cit.*

28. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información, México, siglo XXI, 1979, p. 49.*

29. ROMERO COLOMA, AURELIA M. *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal, Madrid, Colex 1987, p.33.*

30. HEREDERO, M. *Op. cit., p. 144.*

tamiento automático de los datos puede dar lugar a un aumento del poder sobre las personas, -tal como se vio líneas atrás-, hay que compensar este aumento de poder mediante una intensificación del Derecho a la información.

Se trata, por lo tanto, que el interesado pueda conocer los datos que hay registrados acerca de él y en los cuales habrán de fundarse las decisiones que le afecten,³⁰ para tener el control sobre la información que le concierne a él.

La puesta en vigencia de este principio se logra a través de un mecanismo de protección al que se le ha denominado también **Habeas Data** o **Habeas Scriptum** y tiene como fin el obligar a una persona o entidad que tiene registrados datos de otra persona, a que exhiba o ponga de manifiesto a ésta los soportes informatizados que contengan tales datos.

4.1.1. Configuración jurídica del **Habeas Data**

La doctrina en esta materia distingue dos aspectos a tener en cuenta³¹:

a) Es evidente que se trata de un derecho personalísimo consistente en la facultad de exclusión que ostenta la persona para evitar la intromisión de terceros. En este sentido la intimidad reviste verdaderamente un valor positivo en cuanto su contenido está integrado por facultades de control sobre las informaciones personales, en especial, las automatizadas.

Cabe mencionar que en este aspecto se puede generar un problema de índole jurídico, cuando el interesado trate de consultar el archivo por medio de un mandatario, pues en este caso habrá que adoptar las medidas necesarias para evitar que el mandatario, a su vez, organice archivos con los datos de sus clientes³².

b) Respecto del objeto del Derecho de Acceso la doctrina³³ propugna que comprenda no sólo los datos en sí mismos, sino además las fuentes de los mismos y los usos que de ellos se realicen.

Entendido así el derecho de acceso, pueden desprenderse dos corolarios.

1. En primer lugar, la necesidad que el interesado

conozca la existencia del archivo o fichero y de los datos. Por ello será indispensable la notificación al interesado o bien la publicación de la creación del archivo, mediante anuncio en el diario oficial.

De lo anterior se deriva **el principio de la transparencia**, a través del cual no es esperable que sea el ciudadano quien tenga responsabilidad en la ubicación de la información sobre su persona en los registros o de averiguar la existencia de un posible archivo, esto no sería lo más razonable y, en tal caso, el *Habeas Data* sólo estaría al servicio de unos pocos.

2. En segundo lugar, se tiene el derecho a impugnar los datos, incompletos, inexactos, obsoletos o ilícitos y la correlativa obligación del titular del archivo, de rectificar tales datos.

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

4.2. El uso de los datos según su finalidad

Este principio consiste en que los datos que han sido obtenidos para un determinado fin, no deben ser usados para un fin distinto.

En otras palabras, si un banco de datos contiene, por ejemplo, la información resultante de los tests psicológicos, de aptitud o inteligencia para fines de orden laboral o de enseñanza, o la información de carácter médico, que ha sido solicitada y registrada con el propósito de facilitar la obtención de historiales o antecedentes médicos, o de prevenir determinadas enfermedades, no será lícito utilizar tales datos para una finalidad que no fuera la prevista.

La importancia de este principio es realmente fundamental y puede ser considerado como un medio suficiente para proteger los diversos bienes jurídicos puestos en peligro por la informática³⁴.

4.3. El derecho al olvido

31. *Ibid.*, p. 145.

32. *Loc. cit.*

33. *Loc. cit.*

34. *Ibid.*, p. 148.

35. LONDOÑO, *Op. cit.*, p. 124.

El registro de determinados datos de una persona puede ser pertinente en un momento dado, pero asimismo, puede perder progresivamente actualidad y relevancia por razones derivadas de la conducta de dicha persona o por factores ajenos, relacionados con las razones que motivaron su acopio.

Entonces, de no preverse la aplicación de este principio, es decir, de no contemplar lo relativo a la caducidad de la información, es fácil que datos específicos o circunstanciales dejen de tener relación alguna con la realidad afectando de manera directa al interesado³⁵. Este principio está ligado indisolublemente al carácter del *Habeas Data*, en tanto supone el control del individuo sobre los datos que le son inherentes.

5. Responsabilidad civil y derecho a la intimidad en el contexto de la informática

Frente a este panorama no es difícil observar que el manejo de información a través de las computadoras genera un riesgo social que, en el caso de concretarse en daños a usuarios o terceros, hace aplicables las reglas del sistema vigente de responsabilidad contractual y extracontractual.

5.1 Responsabilidad contractual

Surge esta responsabilidad en el ámbito de la informática en tanto medie algún relación destinada, por ejemplo, a la prestación de un servicio de computación o programación o de ambos, entre el operador del sistema informático obligado por un deber de seguridad de carácter objetivo, y el afectado. Por lo tanto, esta responsabilidad es atribuible a cualquier manejo arbitrario de la información privada.

5.2 Responsabilidad extracontractual

Si no existe ningún tipo de relación contractual, la responsabilidad sería subjetiva³⁶; es decir, que el factor de atribución estribaría en la existencia de culpa o dolo de quien opera el sistema automatizado, pues como se ha reiterado los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hom-

bre³⁷; aunque bien cabría preguntarse sobre la presencia de una responsabilidad de naturaleza objetiva atendiendo a que pudiera producirse un daño, sin la intervención de la voluntad humana, por ejemplo, una interrupción en el fluido eléctrico que inutiliza o altera total o parcialmente un archivo informatizado.

La responsabilidad subjetiva se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del operador en el sistema. La culpa se presume. Se trate de la intromisión, en el sentido de la difusión pública de la información privada, de impedir el acceso del interesado a verificar sus datos o de almacenar información privada sin consentimiento.

En este ámbito, es preciso probar la relación de causalidad adecuada entre el daño ocasionado y la acción del operador del sistema informático, de tal manera que el perjuicio haya sido causado por el manejo arbitrario de los datos privados³⁸.

La relación de causalidad permite establecer la autoría del daño a los fines de la atribución de responsabilidad, pero además permite determinar la extensión del resarcimiento, pues se responde de los daños que sean consecuencia inmediata y de aquéllos que sean consecuencia mediata previsible del hecho dañoso; veamos:

-La consecuencia inmediata de la lesión del Derecho a la Intimidad en este marco, es decir, el manejo ilícito de los datos personales, no causa perjuicio económico por sí mismo.

-En cuanto entra en conexión con otro hecho distinto, como lo serían las relaciones jurídicas patrimoniales del afectado, es que se produce el perjuicio económico como consecuencia mediata.

Vale decir que el daño producido por el ilícito no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, con lo que eventualmente se ocasionaría una repercusión patrimonial negativa; por ejemplo, si producto de la intromisión y difusión de la información privada errónea o no, se produce la interrupción laboral o el fracaso de un negocio del interesado.

36. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *La Informática y la Responsabilidad Civil*, Revista Jurídica Argentina "La Ley". Tomo B, B. Aires, 1987, p. 893.

37. *Loc. cit.*

38. *Loc. cit.*

5.2.1. Algunos casos particulares

-Es perfectamente posible que el atentado contra la intimidad a través del uso ilícito de la información pase a convertirse en ciertas ocasiones en el medio que permite lesionar el honor, por tratarse de una información cuya divulgación expondría cuestiones privadas que crearían una impresión negativa del interesado.

-En el mismo sentido, es posible el atentado contra el Derecho a la propia imagen debido a que como parte de la información computarizada puede existir un retrato en el cual la víctima aparece con alguna característica física que ya no es actual y que le disgustaría ver expuesta públicamente o que simplemente no debería exponerse públicamente sin su autorización.

En ambos casos no deja de existir la responsabilidad civil, según el caso, contractual o extracontractual; además, a diferencia de lo que se plantea para el caso de la lesión al honor a través de la intimidad en la concepción tradicional -previa al advenimiento de la informática-, donde el autor podía eximirse de responsabilidad interponiendo la *exceptio veritatis*; en el contexto de la informática, quien atenta contra el honor a través del uso indebido de los datos personales, no se exime de responsabilidad en ningún caso. Ya sea porque se almacenó información prohibida, sin consentimiento del interesado, porque se la usó para fines distintos a los acordados o porque se impidió el acceso a la información por el interesado, lo cierto es que se atenta contra el derecho a la intimidad en el contexto informático, sin perjuicio de la lesión que a la vez se ocasione en el honor de la víctima.

Cosa similar sucede en el caso del atentado contra el derecho a la propia imagen, difundiendo indebidamente un retrato almacenado en el banco de datos. Se lesiona la intimidad, si se produce la intrusión para la obtención de tal información y se la utiliza arbitrariamente, sin perjuicio de la lesión al derecho a la propia imagen.

5.3. La noción del riesgo en el contexto de la informática

Por todo lo expuesto, está demostrado que el uso de la informática nos sitúa en uno de los tantos campos en que las ventajas del desarrollo tecnológico y el avance científico llevan consigo como contraparte, la multiplicación del riesgo social³⁹.

Como se sabe, en un sentido amplio toda circunstancia o actividad implica un riesgo⁴⁰. El simple hecho de caminar por la calle crea un riesgo para el que lo hace y para otros. Pero el riesgo al que se alude en el presente análisis, tiene que ver con aquella circunstancia que coloca un peligro adicional al simple riesgo de vivir en común⁴¹.

Ahora bien, esto cobra sentido en razón de la magnitud de los riesgos que implica el uso de los bancos de datos, ya sea por la amplia proyección de la información que los caracteriza o por la vulnerabilidad a que se hizo alusión líneas atrás, no obstante los sofisticados sistemas de control con que se los equipa⁴².

Sin el interés de reiterar, basta con recordar que el empleo de estos aparatos permite acumular una cantidad enorme de información, que es ordenada y clasificada automáticamente. Esta información puede ser recogida en cualquier parte del mundo y mediante conexiones telefónicas o satélite, quedar clasificada en el acto.

Así, es posible compilar información abundante sobre cada individuo y reunir un conjunto de datos que aisladamente no dicen nada y que por ello no se ocultan, pero que al ser presentados en forma sistematizada pueden aportar una información que el afectado ni se imagina ni le agradecería ver en poder de otro⁴³.

Es en este sentido, que se puede comprender el riesgo que plantea el uso de computadoras en la recolección de información sobre las actividades de cualquier persona, pues con ello se pone en peligro la esfera de la vida íntima del ser humano y con ello se produce el ataque a los bienes que constituyen los derechos y atributos esenciales de la persona humana, sin cuyo reconocimiento no se concibe al hombre en su integralidad psicofísica⁴⁴. La intimidad es la primera de las libertades del hombre y en

39. STIGLITZ, Gabriel y Rosana. *Responsabilidad Civil Informática*, Revista Jurídica Argentina "La Ley", T. E., B. Aires, 1987, p. 798.

40. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad civil extracontractual*, en *Para leer el Código Civil*, Lima, T. 1, Fondo Editorial de la PUC, 1988, p. 159.

41. *Loc. cit.*

42. *Loc. cit.*

43. NOVOA MONREAL. *Op. cit.*, p. 107.

44. BUSTAMANTE ALSINA. *Op. cit.*, p. 893.

el contexto de la informática su noción parte de ser la base para el desarrollo de los derechos de la persona. Este es el ámbito en el cual hay que situar la noción de riesgo.

5.4. El daño a la intimidad en el contexto de la informática

Conviene precisar que el daño que nos ocupa, no es el consistente en el mero procesamiento deficiente de la información por la computadora, sino, el que puede derivar de la utilización de la información, por el operador o por cualquier tercero⁴⁵. Está claro, en consecuencia, que los sistemas automatizados de información no son cosas peligrosas o dañosas por sí mismas⁴⁶ sino como producto de su utilización por el ser humano. Es el uso arbitrario o injustificado socialmente de la informática el que ocasiona la lesión a la intimidad de la persona afectada. Es decir, el daño moral que a la larga constituye un factor de indiscutible importancia para determinar la violación del Derecho a la Intimidad, más allá del contenido patrimonial que resulta de su reclamo.

Entonces, el daño al que se alude es aquél que por su naturaleza no presenta ningún contenido patrimonial⁴⁷, o que pudiendo presentarlo, se expresa, fundamentalmente por la lesión que causa en el ámbito subjetivo o espiritual de la víctima⁴⁸.

6. Derecho a la intimidad y *Habeas Data*: el caso peruano

Más allá que sea posible efectivamente aplicar el sistema de responsabilidad civil a efecto de regular lo relativo a los daños (como es el caso de la legislación de otros países), salvo en materia penal, no existe norma expresa que haya previsto la problemática derivada del atentado contra el derecho a la intimidad a través del uso de la Informática a nivel constitucional o dentro del ámbito normativo del Derecho Civil.

Por lo tanto, la aplicación de los principios relativos a la protección del derecho a la intimidad en este contexto y en cualquiera de los supuestos esbozados líneas atrás, no tendría un respaldo normativo expreso.

Sin embargo, una lectura cuidadosa del Código Civil, permitiría de pronto un marco de acción inusitado, en torno a este inconveniente. Así, el artículo 14⁹ establece que "La Intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto..." a lo cual el propio Fernández Sesarego⁴⁹ sostiene que la expresión "puesta de manifiesto", no se contrae a la simple intrusión de la intimidad de la vida privada, sino a la divulgación, por cualquier medio de alguna de sus manifestaciones. La amplitud de esta idea, permite a su vez reconocer la posibilidad de incluir como forma de manifestación de la vida íntima a los datos personales. Idea, que por lo demás, se sitúa en la lógica del inciso 8 artículo 2 de la Constitución y del propio artículo 16 del Código Civil, en lo relativo a los documentos privados.

Incluso de la perspectiva del artículo 2 inciso 4 de la Constitución vigente que consagra el derecho a la información, se perfila como una de sus principales manifestaciones, el derecho del individuo a conocer de la información que cualquier persona tenga sobre él.

En consecuencia, con el marco procesal formulado a partir de lo dispuesto en el artículo 17, el Decreto Legislativo 310⁵⁰ y la norma de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1985) ya reseñada, se abriría la posibilidad de lograr la cesación del daño y obtener su reparación.

Sin embargo, no se puede pasar por alto el reconocimiento que la incidencia de un cambio tecnológico en el ordenamiento jurídico provoca la aparición de un supuesto de hecho enteramente nuevo respecto del cual falta una normativa y por consiguiente se produce una laguna legal⁵¹.

45. GIANFELICI, M. *Op. cit.*, p. 1187.

46. BUSTAMANTE ALSINA. *Op. cit.*, p. 897.

47. DE TRAZEGNIES. *Op. cit.*, T. II, p. 92.

48. BUSTAMANTE. *Op. cit.*, p. 894.

49. FERNANDEZ SESAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*, Lima, Librería Studium, 1987, p. 70.

50. Posteriormente a la dación del Código se dictó el Decreto Legislativo 310 que contiene normas de carácter procesal destinadas a la aplicación de algunas disposiciones del Código Civil. Como nota importante cabe mencionar que el artículo 3 de este Decreto, tiene como medida positiva, que el juez a pedido de parte, disponga en cualquier estado del proceso (de menor cuantía) la cesación provisional de los actos lesivos que dieron origen a la demanda pero no establece nada sobre la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

51. DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, p. 314.

52. *Ibid.*, p. 315.

Más aún, la reiteración y proliferación típica de hechos nuevos constituye o crea una nueva problemática social que a su vez, exige un tratamiento jurídico nuevo, distinto en sus principios rectores y en sus directrices⁵² de lo que el derecho tradicional establece para el marco institucional al que tales hechos pertenecen.

Por lo expuesto en relación con la especificidad de cada uno de los principios que permiten regular y tutelar el ejercicio del derecho a la intimidad en el contexto de la informática, está claro que nos encontramos frente a un problema de laguna legal que difícilmente podrá ser sorteado para estar en la capacidad de tutelar debidamente el ejercicio de este derecho, ni aún haciendo el esfuerzo de integración ensayado anteriormente.

De ahí la importancia de la regulación formulada por el Congreso Constituyente Democrático a través del proyecto de texto constitucional publicado para su conocimiento por la opinión pública.

Este proyecto se ubica en la perspectiva de enfoque constitucional en la que se encuentran: Portugal (art. 35 de la Constitución de 1976); Austria (Ley 18 de Octubre de 1978); España (Constitución de 1978, artículo 18); Estados Unidos: Las Constituciones de Alaska, Arizona California, Florida, Iowa, Montana, Ohio, Washington; Brasil (Constitución de 1988, apartado LXXII, artículo 5); Colombia (Constitución art.15^o que si bien no establece expresamente el *Habeas Data* sí reconoce el derecho de las personas a conocer y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas).

Ahora bien, siguiendo la sistemática que distingue garantías constitucionales de derechos, del texto propuesto por el CCD⁵³, podemos desprender lo siguiente:

a) Naturaleza Jurídica: El *Habeas Data* es una acción de garantía constitucional que tiene por objeto cautelar el ejercicio de los siguientes derechos:

- A la información.
- A la rectificación de información personal.
- A la supresión de informaciones personales.

b) Casos en que procede: contra la acción u omisión que vulnera o amenaza los derechos antes mencionados.

c) Agentes: procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que incurra en los supuestos indicados.

Como bien se desprende de lo expuesto, el sustento para la configuración de este mecanismo de defensa para el ciudadano se construye sobre la base del derecho a la información. Esto, como hemos visto, guarda coherencia con lo que supone la formulación del *Habeas Data* a nivel de la doctrina y la legislación de otros países.

El derecho a la información de acuerdo al proyecto supone la posibilidad de solicitar sin expresión de causa y recibir de cualquier entidad pública, la información que la persona requiera.

Se afirman sin embargo las siguientes excepciones:

- a)** Las informaciones que afecten a la intimidad de otra persona.
- b)** Las que expresamente se excluyan por ley.
- c)** Las que se excluyan por razones de seguridad nacional.

En este punto cabe mencionar algunas reservas respecto de lo que pueda significar en términos prácticos el ejercicio de estas dos últimas excepciones. La experiencia histórica reciente en Latinoamérica nos recuerda entre otras cosas que, con la sola invocación de la seguridad nacional amenazada bastaría en muchos casos, para restringir y aún más violentar el ejercicio de los derechos humanos, entre los que contamos el de la intimidad.

Sería conveniente por ello el desarrollo de una mayor definición legislativa de los límites en las excepciones aludidas, en especial de la última, con el fin de impedir que se la aplique en forma irrestricta, es decir, en atención al criterio de la seguridad nacional antes que a los valores que encierran los derechos fundamentales.

Es razonable suponer la existencia de información ajena al interés de cualquier particular y que

53. ANTEPROYECTO DE LA NUEVA CONSTITUCION, Comisión de Constitución, Congreso Constituyente Democrático, Diario Oficial El Peruano, Lima, 20 mayo de 1993.

54. Ley de protección de datos de 11 de mayo de 1973 (DATALEG), reformada por la Ley Nº 334 de 1979. Es una norma de gran influencia en Europa.

por lo tanto se mantenga, inclusive, fuera del dominio privado, pero ello no significa que la ley pueda establecer vía libre, por ejemplo, al servicio de inteligencia nacional, para que en su afán de obtener información produzca violaciones a la intimidad de particulares. Y esto se agrava si además se restringe la capacidad del individuo de poder enterarse de la existencia de un registro de información que le concierne, para así ejercer el derecho de rectificación, porque de no hacerlo se vería perjudicado, dado el caso, debido a la falsa identidad registrada o a algún error de naturaleza análoga que hace posible su registro.

En suma, se trata de tener presente que es condición indispensable de la propia naturaleza institucional del *Habeas Data* -y del derecho de información-, el principio de la transparencia que, como se dijo anteriormente, hace imprescindible la necesidad que el interesado conozca la existencia del archivo o fichero y de los datos, para lo cual la persona interesada deberá ser notificada de la creación del archivo, o bien efectuarse la publicación de tal hecho mediante anuncio en el diario oficial. De lo contrario el *Habeas Data* no sólo se verá restringido en su ejercicio, sino que eventualmente resultará inútil.

7. Consideraciones para una legislación de *Habeas Data*

Siguiendo el perfil desarrollado por las distintas legislaciones que ya se han venido ocupando de la regulación del *Habeas Data* y en el marco de los alcances proporcionados por los organismos internacionales preocupados porque en esta nueva dimensión de la tecnología, se encuentren los me-

canismos para lograr la efectividad de los derechos humanos y su garantía, resulta conveniente señalar algunos de los principios generales básicos a tenerse en cuenta en una legislación que desarrolle la garantía constitucional del *Habeas Data*:

a) El derecho de oposición a la recolección de datos sensibles como aquellos que revelan el origen racial, la filiación, las convicciones políticas y religiosas, el comportamiento sexual, la asociación amparada constitucionalmente, etc. a menos que existan excepcionales razones para ello, señaladas expresamente⁵⁴.

b) El derecho a conocer la existencia o creación de un archivo de datos sobre su persona⁵⁵.

c) El derecho a ser informado de los fines para los cuales son destinados los datos proporcionados en forma voluntaria u obligatoria.

d) El derecho a que se respete el destino publicitado a los datos recogidos y al control sobre ellos⁵⁶.

e) El derecho de rectificación, supresión o actualización de los datos del interesado que se consideren erróneos, falsos, incompletos o caducos.

Se trata entonces, que la informática contribuya efectivamente al desarrollo y bienestar del hombre, evitando que con ella se atente contra derechos tan esenciales como la vida privada y las libertades individuales o públicas. En ese sentido es positiva la introducción del *Habeas Data* en el nuevo texto constitucional, mas será necesario ajustar legislativamente los alcances de la institución para que sirva realmente a sus fines.

55. CONVENIO INTERNACIONAL DE STRASBURGO firmado en 1981 para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuya prioridad son los Derechos Humanos.

56. Loc. cit.