

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA FRENTE A LAS TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN

Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO

SUMARIO: I. *Sobre la intimidad.* II. *Conceptualización.* III. *Sobre las nuevas tecnologías.* IV. *Información nominativa.* V. *Contenido general de las disposiciones normativas sobre el uso y manejo de la información nominativa.* VI. *Conclusiones.*

Mi participación está enfocada a exponer las implicaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas que trae consigo el uso, proyección, manipulación de las nuevas tecnologías de comunicación en nuestra sociedad, para proponer algunas vías de solución para esta “protección que debe de existir para la persona, ya que es la persona misma, que somos todos nosotros los que estamos, *on line*, ya que en la actualidad todos los servicios sean públicos o privados funcionan gracias a estas nuevas tecnologías, a estos nuevos instrumentos, donde el ciudadano es un dato más, una serie de números, un código de barras en algún banco de datos o en algún sistema de información.

Resulta curioso observar como, hace algunos años, en otros países vecinos de idiosincrasia latinoamericana, y me refiero a Colombia, donde se presentó en 1971 un debate similar, precisamente en torno a un caso de intervención de comunicaciones telefónicas por parte de funcionarios judiciales con el objeto de buscar pruebas, en aquel entonces, por resolución judicial se llegó a la consideración que las comunicaciones telefónicas constituían un aspecto de la intimidad.

Especialistas en la materia afirman como este hecho además de influencias del derecho comparado, dieron pie, precisamente a que en 1991 cuando el pueblo colombiano se dicta una nueva Constitución Política, poniendo énfasis a todos los derechos y libertades del hombre que se vinculan a la

intimidad, no sólo consagrando estos derechos a nivel constitucional, sino dedicando un novedoso capítulo a los instrumentos procesales de defensa para protección de la persona frente a la invasión de su intimidad, llegando incluso a incluir al *habeas data*, que expondremos en esta participación.

Pero es fundamental para llegar a esa protección de la persona frente a las nuevas tecnologías, estudiar y analizar, por una parte, cuáles son los instrumentos que violan la intimidad, y por el otro, qué es eso que se está violando y que no está protegido dentro de un gran número de Estados que se jactan de ser de “derecho”.

I. SOBRE LA INTIMIDAD

Quiero contribuir con nuevas ideas en torno a la formación de la conceptualización de intimidad, que muchos especialistas se niegan a aceptar como derecho fundamental, argumentando que la llamada “intimidad” es una invención de la edad moderna, en consecuencia, afirman que la intimidad no ha existido siempre.

Entonces ¿cómo es que surge esa concepción sobre la intimidad? En primer lugar, desde el punto de vista histórico, la convivencia entre el ser humano y su entorno ha ido variando, ésta se ha modificado. Efectivamente en el mundo clásico el hombre conformaba la misma comunidad, las relaciones eran comunitarias. Era la propia comunidad la que determinaba el rumbo de las cosas, y en particular las reglas de convivencia, desde los derechos de las personas hasta sus hábitos, en fin, la esencia misma del ser humano era determinada por esa entidad reconocida y aceptada por todos, que era común a todos.

Ahora bien, es obvio que el pensamiento judeocristiano presenta fuertes influencias, no sólo en torno a la concepción incipiente de intimidad, sino a las mismas relaciones de los hombres.

Pérez Luño dice: “en el periodo medieval el aislamiento era privilegio de altas esferas de la nobleza o de quienes por libre elección o necesidad renunciaban a esa vida comunitaria”.¹

¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 317.

Efectivamente la vida de la gente cambió en la época feudal, la vida giraba en torno al castillo o a un monasterio, por lo que, sólo a quienes habitaban en éstos, se les concedía un espacio propio protegido del exterior.

Posteriormente, en la alta Edad Media, surgen esbozos de los primeros Estados nacionales, donde se crean las actividades artesanales, se produce un desarrollo urbano y la división del trabajo, además en este momento, la religión plantea nuevas formas de relación entre las personas y su entorno, existe la actitud de “interiorización”.

Todos estos hechos llevan al surgimiento de la burguesía como clase social, precisamente esta nueva clase social, provoca la aparición de la *intimidad* reivindicando para sí una serie de facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. La burguesía misma, propone la defensa de la autonomía y la individualidad, el surgimiento de estos “gremios”, constituye en su entorno un ámbito en el que quedan excluidos todos aquellos que no pertenecen a ese grupo.

En esa lógica, como bien lo afirma Pérez Luño, la intimidad no es necesariamente jurídico-formal, surge en cierta medida del reclamo de libertad, igualdad y propiedad que llevan implícita la noción de intimidad, de vida privada.

Posteriormente, al expandirse la burguesía a finales del siglo pasado y principios del presente, la intimidad se difunde dentro de la sociedad, se denomina la “democratización de la intimidad”, en este entonces, la intimidad no es privativa de una clase social, existe en tanto el individuo, en tanto que la persona exista.

Ya para finales de siglo, en 1890, Warren y Brandeis hablan del *right to privacy*, argumentando ese espacio de todo ser humano a “ser dejado en paz”.

Ahora bien, la difusión por ese reconocimiento a la intimidad, surge en este siglo, ya hemos oído, como el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 otorga a los ciudadanos el derecho a su intimidad frente a la masa social.

Sin embargo, sólo hasta la década de los cincuenta surgen las primeras propuestas legislativas de reconocimiento de la vida privada.²

En la época contemporánea somos testigos y protagonistas de esta toma de conciencia sobre los límites de lo “público”, de lo “privado”.

² Suárez, Elda Margarita, *Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad*.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

Debido a que las fuentes normativas respecto a la intimidad o vida privada se encuentran en las reglas de derecho interno, encontramos divergencias sobre la conceptualización y extensión de la llamada “intimidad”.

Efectivamente encontramos dos sistemas básicos, el *common law* y el romano germánico, que funciona el primero, con base en precedentes jurisprudenciales, y el segundo, sobre un sistema jurídico codificado, además de raíces religiosas muy diversas determinan diferencias básicas en la conceptualización de la vida íntima.

Sistema anglosajón. Encontramos dos elementos de influencia básicos. En primer lugar, desde la obra de John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, donde defiende la existencia de una esfera de acción del individuo que no afecta más que a él mismo, donde la sociedad, no tiene más que un interés directo. El propio Stuart Mill sostiene que la única parte en la que el individuo es responsable ante la sociedad es en la que afecta a los demás, decía: “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo, y el espíritu el individuo es soberano”.

En estos momentos, la intimidad está estrechamente vinculada a la libertad, en otras palabras, según el liberalismo propuesto por Stuart Mill, sin la intimidad, sin esa esfera única del individuo, no existen las libertades públicas.

Ya mencionamos como Samuel D. Warren y Louis Brandeis, en 1890 esbozan las bases técnico-jurídicas sobre la *privacy*, configurándose como un derecho a la soledad.

El propio Brandeis en 1928, ya como juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, sostiene que el derecho a la vida privada es el más amplio de los derechos y el más estimado por los hombres civilizados.

Sistema romano-germánico. En este sistema el vocablo más utilizado es el de intimidad, que proviene del latín *intimus* o íntimo que es lo que está más adentro del individuo. En el alemán se llama *intimitat*, en francés *intimité*.

Para los alemanes se distinguen: a) la esfera de lo secreto (*intimsphäre*) que es violado cuando se conocen ciertos hechos o noticias que deben permanecer ignoradas o cuando se comunican tales hechos o noticias; b) noción de lo íntimo (*privatsphäre*) ámbito de la vida personal y familiar que desea mantener a salvo de injerencia ajena o publicidad, c) y la indivi-

dualidad (*individualsphere*) que atañe a la individualidad de la persona: honor, nombre o imagen.

Para los italianos, Frossini define la vida privada como el retiro voluntario y temporal de una persona que se aísla de la sociedad por medios físicos o psicológicos para buscar la soledad y establecer una situación de anonimato o reserva. Se distinguen: soledad —imposibilidad de contactos materiales—, intimidad —un grupo reducido de personas—, anonimato —a pesar de los contactos los individuos no son identificados—, reserva, —una barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas—.

Para los españoles, se ha utilizado desde luego el término de intimidad, y se distinguen tres ámbitos. la esfera pública, la privada y la íntima.

Ahora bien, independientemente de sus conceptualizaciones, las diversas normatividades coinciden en reconocer y defender:

- Los ataques a la persona.
- En su integridad física o mental.
- En su libertad moral o intelectual.
- En las actividades tendientes al espionaje o vigilancia.
- En los atentados al honor.
- En la reputación del individuo.
- En el uso del nombre, identidad o imagen.
- En la divulgación de los secretos cubiertos por el secreto profesional.

Ahora bien, en nuestro país la intimidad ha sido consagrada jurídicamente bajo los siguientes aspectos:

- La inviolabilidad del domicilio.
- La inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones.
- La vigencia del secreto profesional.
- La restricción al espionaje telefónico.

Si bien es cierto que se reconoce esa intimidad, su protección y eficacia se quedan cortas, muy cortas, frente al impacto de las nuevas tecnologías de la información, ya que efectivamente, estas nuevas tecnologías aunque constituyen un instrumento conductor hacia la eficiencia y democratización de la sociedad, por la difusión de todo tipo de información, esta difusión pone potencialmente en riesgo al individuo, ya que la difusión de información no conoce limitantes y el manejo inadecuado de ciertos datos

que el individuo no desea difundir o revelar viola ese reconocido “derecho a su intimidad”.

III. SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En relación con lo que consideramos como nuevas tecnologías, en nuestra opinión son aquellos instrumentos desarrollados en el ámbito industrial y científico, que en este siglo han modificado las relaciones de comunicación y conocimiento del hombre y su entorno. Éstas han tenido primordialmente dos ámbitos de aplicación: el de la salud —biología animal y humana— y el de las comunicaciones.

El instrumento conductor de este desarrollo son los denominados bienes informáticos, es decir, la conocida computadora, ya que este instrumento ha sido base para la conceptualización y desarrollo de nuevas tecnologías o nuevos instrumentos científicos.

Ahora bien, el enlace de la informática local a las redes de telecomunicación, dio como surgimiento la telemática, proyectando el uso de la computadora a dimensiones mundiales y globales.

Efectivamente, el fenómeno de la informatización, es decir, el manejo de todo tipo de información utilizando la computadora, que marcó el inicio de los años setenta, dio lugar a una serie de reflexiones en torno a las incidencias sobre el uso de las tecnologías de la información frente a las libertades y garantías individuales.

Las reflexiones y el discurso en torno a esta problemática, han sido primordialmente determinadas por la aparición y uso de las propias aplicaciones informáticas y tecnológicas. Efectivamente, la fascinación sobre las nuevas tecnologías desplaza la toma de consciencia y responsabilidad sobre los peligros potenciales que pueden causarle a las garantías individuales.

Bajo esta perspectiva, los legisladores europeos del oeste fueron los primeros en considerar los efectos sociojurídicos provocados por la informatización de la sociedad. En esta forma durante los años setenta, Suecia, Francia, Alemania, Dinamarca, Noruega y Austria, elaboraron los primeros instrumentos legislativos que protegieran al individuo contra el mal uso de la informática.

En ese entonces surge una nueva expresión: *la protección de información o de datos de carácter personal*; estas disposiciones imponen al detentador de la información personal ciertas obligaciones enfocadas a asegurar la protección de la vida privada “informatizada” de la persona “fichada”.

IV. INFORMACIÓN NOMINATIVA

¿Qué es lo que se entiende por información nominativa o información personal o datos de carácter personal?

La Convención europea para la protección de personas sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmada en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, define en primer término: “el objetivo de la presente Convención es garantizar, sobre el territorio de cada parte a toda persona física, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y de sus libertades fundamentales, en particular el derecho a su vida privada, en relación con el tratamiento automatizado de la información de carácter personal” (artículo 1).

Sobre los conceptos y definiciones básicas de la materia a regular, la ley determina en su artículo 2: “Se entiende por: *Información (Données) de carácter personal*: toda información concerniente a la persona física identificada o identificable”.

Es importante señalar que la Convención de Estrasburgo es una disposición a nivel europeo y determina el marco sobre las disposiciones en torno a la cuestión sobre el manejo de la información personal.

¿Cuál ha sido el margen que han tomado las diversas partes, miembros de la Comunidad Europea, en torno al manejo automatizado de la información personal?

Podemos hablar, por ejemplo, de Francia, en cuya *Ley informatique et libertés*, del 6 de enero de 1978, define a la información personal como “aquella que permite la identificación de una o varias personas físicas, sin importar, si el manejo de la información ha sido realizado por medios automáticos o mecánicos” (artículo 4).

Esta misma normatividad determina que el tratamiento automatizado de la información nominativa es el “conjunto de las operaciones realizadas por medios automáticos relativos al registro, elaboración, colecta o modificación de las informaciones nominativas” (artículo 5).

En este momento la información personal deja de ser un problema de consecuencias extramuros, ya que ésta se desplaza más allá de las fronteras, incluso a países donde no existe la protección al uso de la información personal.

Ante esta situación, los legisladores europeos adoptan medidas y controles especiales para la “exportación” de información personal a través de las fronteras o como se denominó entonces, *el flujo de datos transfronterizo*,

restringiendo el movimiento de información personal hacia países cuyo derecho interno no garantizara su protección.

Esta situación enfrenta en una dialéctica a dos principios fundamentales de los derechos y libertades públicas, por una parte, el derecho que tiene todo individuo a que sea respetada su vida privada, y por la otra, la libre circulación de la información que compone el derecho a la información.

Fue entonces cuando la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, adopta en 1980, las *Líneas directrices sobre la protección de la vida privada y los datos transfronterizos de carácter personal*, por su parte, el Consejo de Europa, propone en 1981, la citada *Convención para protección de personas sobre el tratamiento automatizado de datos personales*, con el fin de evitar que las legislaciones locales crearan barreras artificiales a la libre circulación de la información, pero que a la vez garantizara la protección sobre la vida privada informatizada.

Ambas disposiciones europeas se presentan como una forma de recomendación a los Estados miembros, pretenden alcanzar el equilibrio entre el derecho al respeto de la vida privada y el principio de la libre circulación de la información. En ambos documentos encontramos los principios fundamentales sobre el manejo o gestión de la información personal.

V. CONTENIDO GENERAL DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS SOBRE EL USO Y MANEJO DE LA INFORMACIÓN NOMINATIVA

Ahora bien, de las legislaciones que han consagrado una protección sobre el uso y gestión de la información personal, destacan las siguientes características:

*El derecho a la autodeterminación informativa.*³ Es la capacidad que goza toda persona en términos de Lucas Murillo, a preservar su identidad controlando la revelación y el uso de los datos que le concierne y protegiéndose frente a la ilimitada capacidad de archivarlos, relacionarlos y transmitirlos por los medios informáticos, también denominado libertad informática.

³ Lucas Murillo, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.

Destacan en este sentido la consagración constitucional de este derecho como una garantía individual que han hecho las Constituciones española, portuguesa, colombiana y peruana, que en términos generales determinan:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas 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 correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (artículo 15 de la Constitución colombiana).

Por su parte, el dispositivo peruano indica, dentro del capítulo de Derechos Fundamentales de la persona, en su artículo 2, inciso 6, que toda persona tiene derecho a que en los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no se suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

En la práctica vemos que este derecho o libertad informática ha tomado varias vertientes. En primer lugar excluye del manejo libre de información, cierto tipo de datos que reconocen ser de contenido más íntimo, a la que denomina información sensible:

Es la información de carácter personal, relevante al origen racial, las opiniones públicas, las convicciones religiosas y otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativas a la salud o a la vida sexual, no pueden ser tratados automáticamente a menos que el derecho interno prevea las garantías determinadas. En el mismo sentido se encuentra la información de tipo personal concerniente a las infracciones penales.⁴

⁴ Artículo 6 de la Convención para la protección de personas sobre el tratamiento de información de carácter personal, hecho en Estrasburgo.

Por el contenido mismo de la información sensible los riesgos y daños potenciales por su difusión producen un impacto mayor en la intimidad y dignidad de la persona. Toman entonces tres vías fundamentalmente:

- La información relativa a las creencias religiosas, políticas o sindicales.
- Información relativa al origen racial, de la salud y preferencias sexuales.
- Información relativa a los antecedentes penales o infracciones administrativas.

Ahora bien, sobre el tipo de información que puede ser insertada en bancos de información, esa libertad informativa toma las siguientes vertientes:

- a) *Derecho de información.* En el sentido de tener el individuo la posibilidad de conocer la existencia de algún banco de datos o fichero de información personal.
- b) *Derecho de acceso a la información personal.* La aptitud que tiene el sujeto de conocer el contenido de aquellos bancos de datos automatizados cuyo objeto es el manejo o almacenamiento de información personal.
- c) *Derecho de actualización.* Gracias al cual, el individuo puede exigir la corrección de ciertos datos.
- d) *Derecho de confidencialidad.* Derecho que concede al sujeto la exigencia a que la información que proporciona permanezca ajena al conocimiento de terceros.
- e) *Derecho de exclusión.* Por la naturaleza de la información puede el individuo cancelar o borrar o solicitar la destrucción de información denominada como sensible.

Ahora bien, ¿cómo es que ha sido consagrada esta libertad informativa o este derecho a la autodeterminación informativa?, las legislaciones han tomado dos vías principalmente.

Protección de la información personal vía administrativa. Países como Francia (Comisión *national informatique et libertés*), Dinamarca (Agencia de protección de datos), España (Agencia de protección de datos) tienen destinadas la tutela y vigilancia de sus disposiciones normativas sobre el manejo, uso y difusión de la información personal a entidades administrativas con funciones inspectoras, sancionadoras y de información a los interesados.

Protección de la información personal vía procesal. Por su parte la Constitución colombiana en su artículo 15 la tutela vía amparo. En el caso de Brasil y Perú aparece el llamado *habeas data*, como una nueva instancia procesal destinada a la defensa del ciudadano frente al abuso del poder informático en los registros o bancos de datos de entidades públicas o privadas.

De esta manera, el *habeas data* figura procesal destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo aunque con finalidades específicas.

La Constitución peruana, en su artículo 200, determina qué son Garantías Constitucionales: la acción del *habeas corpus*, la acción del amparo, la acción de inconstitucionalidad y la acción del *habeas data*, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7.

El inciso 5 es relativo al derecho de petición de información del ciudadano a cualquier entidad pública, además el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse con la autorización del juez, fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso. El inciso 7 nos habla del derecho que tienen al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias, incluso dice: “Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de la ley”.

VI. CONCLUSIONES

Después de este somero bosquejo sobre la postura legislativa de algunos países sensibilizados sobre uso, difusión, acopio y manipulación de la información personal, creo que ha llegado el momento en nuestro país para tomar conciencia del retraso jurídico que existe en términos de protección de los ciudadanos frente a la violación de sus derechos humanos y garantías individuales.

Nuestra Constitución se ha reconocido y nos hemos vanagloriado por ser la primera carta fundamental en consagrar los aspectos económicos y sociales de los derechos humanos, es fundamental ahora, consagrar los derechos de la tercera y cuarta generación donde se incluyen los derechos a un medio ambiente sano, el derecho de la paz, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y el *habeas data*.