

un derecho muy concreto que sería un derivado de todos estos derechos y a la vez una conjunción de los mismos.

El derecho a informarse, el derecho a saber y a comunicar lo que se sabe es una forma de manifestarse la libertad de pensamiento y de expresión.

Si leemos con cuidado el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en relación con el artículo 19, podremos entender muy bien qué es lo que se quiere plantear. Es evidente que se quiere tutelar una libertad a obtener información, pero como este derecho tiene dos vertientes fundamentales: la información de tipo público y la información de orden privado, es muy difícil redactar un articulado que cubra por igual a ambos tipos de libertades.

Si se plantea una libertad de información en cuanto a las áreas de intimidad del individuo se estaría violentando claramente algunos derechos subjetivos ya bien definidos en otras secciones de estos documentos sobre derechos humanos, por otro lado, una libertad solo entendida en el tanto información de hechos públicos o de notorio interés para la colectividad estaría forzosamente limitada a una sola faceta de esta área tan compleja.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 plantea en su artículo 19 una exposición sobre esta libertad de información en cuanto a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio idóneo al efecto. En el mismo sentido podríamos citar el acápite primero del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Eduardo Novoa dice que esta confusión entre libertad de información y libertad de opinión y de expresión tiene una explicación histórica. Para sustentar su dicho se basa en un informe de la UNESCO que dice así: "Mientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho a la libertad de opinión era el único derecho a la comunicación. Más adelante, con la invención de la imprenta, se añadió el derecho de expresión. Y más tarde aún, a medida que se desarrollaban los grandes medios de comunicación,

el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación principal. Desde este punto de vista, el orden de los derechos específicos enumerados en el artículo 19 (de la Declaración Universal), traza una progresión histórica: opinión, expresión, información."¹⁶

A esta progresión histórica del derecho a la información deberíamos de agregar los recientes avances en materia de informática que han revolucionado todos los conceptos en materia de transmisión y recopilación de los datos y que han hecho imprescindible una definición en torno a los caracteres de este derecho humano.

Otra reflexión que es necesario hacer es aquella que gira en torno a la extensión de este derecho a la información, es decir, el ámbito de cobertura en tanto derecho subjetivo o derecho colectivo o social. Esto último por cuanto si se piensa en los perfiles esenciales de la libertad de información es posible observar con facilidad como sus límites engloban a la sociedad como un todo en tanto medio que permite la producción y transmisión de la información y como ente de tutela del individuo que la compone. Así entonces, estaríamos hablando de derecho humano fundamental, tal y como lo ha dicho la Asamblea General de las Naciones Unidas,¹⁷ sino también de un derecho social o colectivo en tanto interesa a la sociedad como grupo de individuos.

Un proyecto de convención que ha estado en discusión en las Naciones Unidas dice algunas cosas muy interesantes en torno a este derecho a la información: "...se reconoce el derecho de saber y el derecho de buscar libremente la verdad, como algo que corresponde inalienable y fundamentalmente a todo hombre y se proclama el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones, se declara que los gobiernos deben amparar la libre circulación de informaciones para que el público conozca los hechos y pueda formarse una opinión sobre los acontecimientos, y se señala que los medios de información deben estar al servicio del pueblo, sin que intereses públicos o privados puedan impedir la existencia de diversas fuentes de información o privar al individuo de su libre acceso a ellas."¹⁸

Este planteamiento del anteproyecto de convención sin duda hace referencia a un derecho colectivo.

16. Informe UNESCO, 19 C/93, de 16 de agosto de 1976, número 8, citado por NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, México, Siglo XXI Editores, S.A., primera edición, 1979, p. 142.

17. Resolución número 59 del I período de sesiones del 14 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

18. NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 146.

Habla de que los servicios de información han de estar dirigidos a servir al pueblo, no sólo de un individuo. Dice que los gobiernos han de tutelar un interés público manifiesto en la necesidad de dar y recibir información. Es precisamente este interés público el que faculta a considerar una amplitud en la formulación del derecho a la información en cuanto derecho colectivo o social.

E. El derecho a la Información.

Se ha dicho que la consecuencia lógica de los modernos desarrollos en materia informática es, precisamente, el desarrollo de un derecho a la información. Dicho planteamiento surge de la idea de que hay dos tipos de información, una que es privada y la otra que es pública. La primera contiene datos personales tales como estado civil, historia clínica, historia educativa, etc. La otra, por el contrario, tiene un carácter más amplio y tiene como fin la difusión y la formación cultural. Serían informaciones de tipo económico, estadístico, etc. Dentro de este tipo de información no privada encontramos la información jurídica.¹⁹

El derecho a la información incorpora como campos adyacentes a su área de acción a la educación y al conocimiento.

En materia de información personal, cuando los datos registrados, abarcan todo lo concerniente a la vida del hombre, el secreto es un derecho que tiene el individuo que exigir y un deber inviolable por parte de quienes custodian los datos.

El secreto se convierte entonces en lo confidencial, lo reservado del conocimiento del banco de datos. El individuo tiene derecho a que se le respete su vida privada y el secreto que a ella la acompaña y tiene derecho a exigir el acceso a la información que sobre su persona existe, para constatar los datos no aportados por él y verificar que la información brindada voluntariamente no ha sido tergiversada.

Sin embargo, estos extremos del derecho a la información son demasiado pequeños.

El derecho a la información incorpora mucho más que un derecho del individuo ante los datos e informaciones contenidos en un fichero, banco de datos o computador. Es más, es posible distinguir entre un derecho sobre la información y un derecho a la información. "El derecho sobre la información,

generalmente llamado 'propiedad' para expresar su fuerza, permite a su titular comunicar la información como él lo desee o, no divulgarla si lo prefiere. El derecho a la información expresa la prerrogativa inversa de quien no dispone de la información y quiere obtenerla.

Su conflicto es la eterna lucha entre el poseedor y el reivindicador, cuya puesta no es más el espacio físico del terreno sino el territorio intelectual del saber."²⁰

Sin embargo, el derecho a la información es más que un simple derecho subjetivo.

El derecho a la información en cuanto categoría de la ciencia jurídica aún se está desarrollando, sin embargo, su carácter guardará relación con todos los derechos potestativos. Se trata de brindar al sujeto la posibilidad real de acceder a la información que le interesa. Como hemos venido exponiendo, vivimos en una época donde el intercambio de información es materia de todos los días y sin duda dicho fenómeno aumentará. Es necesario que el ciudadano pueda verse favorecido con dicho intercambio, al fin y al cabo, la información sigue perteneciendo a la cultura y como tal es un bien inalienable de quienes lo producen: los hombres.

El derecho a la información en los términos dichos puede ser una buena base para el desarrollo de proyectos e iniciativas que pretendan brindar ese producto tan valioso a todos los hombres, cualquiera que sea la entidad de dicha "información".

Ya hemos dicho que la información se ha convertido en mercancía, se paga un valor apreciable por ella y la misma cumple una función económica inclusive. Así, no es tan simple como anunciar con regocijo "Información para Todos". Está claro que tendrán acceso a la información los que puedan pagar por ella. Entonces, se trata que dichos proyectos e iniciativas vayan paralelos a positivas políticas por hacer públicos los servicios de información. Que el ciudadano tenga posibilidades reales de conocer de lo que le interesa, no se trata de regalarle lo que a altos costos fue posible, se trata de brindarle posibilidades reales de ejercer con plenitud su derecho como individuo en una sociedad libre y democrática.

Esta iniciativa también va unida a las realidades particulares de los individuos. Los tipos de información son innumerables, como innumerables los

19. WINTERDAAL CENTENO, María Virginia, "Derecho de la informática e informática jurídica", en: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Nº 12, 1981-1982, p. 207.

20. "Cinco preguntas a Pierre Catala", op. cit., p. 41.

usuarios de la misma. Hay juristas interesados en información jurídica, economistas interesados en información económica, sociólogos interesados en información estadística y de realidad, hay ciudadanos interesados en temas generales de gobierno y administración, etc.

A pesar de esta diversidad el derecho a la información tiene una misma manifestación para todos, lo que varía son los intereses pero no el fondo de los deseos de los individuos.

El derecho a la información mantiene una intimidad con los deseos concientes del individuo por acceder a lo que otros hombres han valorado a partir de los datos que se tienen. El ciudadano desea formar opinión de los hechos que le interesan y desea también construir un futuro para él con base en la experiencia de otros hombres. El legislador tiene derecho a conocer cómo otros hombres, en otras regiones y ante idénticas o diferentes condiciones, resolvieron problemas que le son afines a ambos. El jurista tiene derecho a conocer cómo otros hombres han resuelto problemas jurídicos que tienen mucho que ver con los problemas que él enfrenta a una legislación muy particular o muy general. El político tiene derecho a conocer los procesos de carácter social sufridos en otras sociedades para entender las realidades de su propio entorno, y así sucesivamente, incluyendo todos los intereses profesionales y humanos.

Por todo lo anterior, la acepción del derecho a la información ha de ser amplia. Es claro que el hombre moderno necesita información para formar opinión y a su vez decidir sobre sus problemas y los de su comunidad.²¹

Esta necesidad de información, ya ha sido reconocida como un derecho a la información, y así ha quedado consagrado en una serie de instrumentos internacionales tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, así como en los diferentes foros internacionales que sobre la materia se han realizado.

A tal punto se ha llegado a constatar la necesi-

dad de protección de este derecho y de su importancia para el desarrollo del hombre y de los pueblos, que actualmente se define el derecho a la información como un verdadero derecho social, ya que este interesa y compromete a la sociedad toda y no solo al hombre considerado individualmente: así la difusión de la información se convierte en un servicio fundamental para la sociedad asumiendo el carácter de un verdadero servicio público, con las exigencias de interés general que ello comporta.²²

Dentro de estos límites no hay contraposición entre el derecho a informar y a informarse con el derecho a la intimidad, que describiremos seguidamente. Para algunos dicha contraposición existe y dichas tesis parten del análisis de la relación entre derecho a informar y el derecho a la propia imagen, en una perspectiva puramente individualista.

En realidad, como observaremos más adelante, el verdadero contendor de este derecho es el desarrollo tecnológico.

El ejercicio de la libertad de expresión, libertad de orden estamental y, en la mayoría de los casos, solo ejercitable por aquéllos con capacidad económica suficiente, carecería de sentido si no se reconoce una protección a la interioridad, a la individualidad.

El miedo que provocó la prensa amarillista en los influyentes sectores burgueses de la sociedad estadounidense no planteó una contraposición de derechos entre la libertad de información y el derecho a estar solo. En realidad, se verificó claramente que el concepto liberal de propiedad que informaba la idea de intimidad no alcanzaba a proteger y a definir todas las posibilidades de intromisión de factores externos nocivos al desarrollo de la personalidad.

Hoy en día los medios de comunicación de masas no representan, en el sentido que hemos tratado de exponer, un peligro para la *privacy*, ya que ellos mismos se encuentran al margen del control monopólico de la información, ejercido por compañías privadas y algunas estatales. Así, con *Morales Prats*, debemos concluir que: "Por tanto, la afirmación de la participación y del acceso democrático a la

21. Es por ello que la unión entre información y gestión es inescindible. "Si la información es la materia prima para la decisión y la función de dirigir consiste en un flujo continuo de decisiones para regular el funcionamiento del sistema operador a fin de conseguir unos objetivos determinados, se comprende la necesidad de las organizaciones de disponer de un sistema de información... El sistema de información de una organización es el conjunto de hombres, máquinas, archivos y procedimientos que facilitan en cada tiempo y lugar de ella la información necesaria para la toma de decisiones de planificación, de gestión o de producción." ROLDÁN CASAÑE, *op. cit.*, pp. 22-23.

22. Resultan interesantes las palabras de OBREGÓN VALVERDE, para quien: "...no hay en el mundo de hoy una responsabilidad social e histórica mayor que la que tienen en sus manos los que dirigen, escriben y comentan en los medios de comunicación." OBREGÓN VALVERDE, *op. cit.*, p. 5.

información, de un lado, y la tutela de la intimidad, por otro, pasan hoy por imponer controles jurídicos y administrativos a un enemigo común: el desarrollo informático desplanificado y la circulación de datos de todo tipo en los canales cada vez más lejanos y restringidos.²³

F. El derecho a la intimidad o a la privacidad.

En su formulación inicial, de raigambre anglosajona, el derecho a la "privacy" ("to be let alone"),²⁴ "... es un derecho moderno que aparece al compás del desarrollo de las primeras manifestaciones de los *massmedia* (medios de comunicación de masas), esto es, de las formas de intrusión en la esfera personal, cuando la presión social sobre la esfera privada se patentiza."²⁵

Para algunos la razón de ser del derecho a la intimidad, al menos en su versión anglosajona, se debe a la constante preocupación de los juristas del Common Law por distinguir entre las esferas de lo público y lo privado. Dicha tendencia se ha redoblado en los últimos tiempos cuando el hombre necesita aumentar sus defensas contra un mundo exterior que le es cada vez más hostil, formando una especie de reducto que lo proteja y que a la vez le conceda la gracia de facilitarle un espacio para lograr sus objetivos personales.²⁶

La sociedad moderna ofrece una serie de ventajas para los individuos que la componen. Entre estas ventajas están, sin duda, la posibilidad de tener una mejor expectativa de vida, más medios de transporte, medios de comunicación cada vez más eficientes, en general, condiciones de vida de una altísima calidad. Sin embargo, en el proceso las posibilidades del hombre como individuo, como entidad autónoma se hacen cada vez más pequeñas. El crecimiento acelerado del aparato estatal, el entrabado proceso para la tramitación de cualquier imaginable servicio y la determinación estatal de muchas de las decisiones que antes eran individuales, hacen que la esfera de intimidad se reduzca. El

Estado, hoy en día, decide cuándo hacer un préstamo de dinero a un ciudadano, en qué condiciones y plazos, aprovecha la oportunidad para definir qué ha de hacer con el dinero y en muchas ocasiones las condiciones del préstamo se establecen de acuerdo con las políticas generales del Estado en cuanto planeamiento urbano, plan de desarrollo social, etc., que no toman en cuenta lo que el hombre desea hacer en realidad, o al menos, en la forma en que individualmente ha decidido hacerlo.

El control que ejerce el Estado sobre los ciudadanos es cada vez más estrecho. La facilidad con que se consignan datos de los ciudadanos para casi cualquier gestión, permite que se disponga de una serie de detalles sobre la vida y costumbres de las personas, y que dichos detalles puedan ser utilizados con cualquier fin.

El ordenador permite, a través de "preguntas pertinentes", la creación de perfiles de personalidad. En algunos países se han realizado trabajos que permiten crear estos perfiles para la toma de decisiones. Por ejemplo, en bibliotecas se han elaborado perfiles que permiten determinar la inclinación doctrinal e ideológica de los lectores habituales de acuerdo con sus intereses. En el ejército, se han elaborado perfiles de aquellos sujetos que tienen problemas para adquirir la disciplina militar. Asimismo, no existiría ningún problema de crear un nuevo "estereotipo del delincuente", dibujos incluidos, utilizando los expedientes que se guardan en los centros penitenciarios.

En sociedades como la estadounidense y la de algunos países europeos se ha producido el auge de las empresas privadas que recopilan datos sobre la población. No se trata simplemente de aquellas empresas que recogen la opinión de la gente sobre las preferencias políticas para determinar la popularidad de un candidato. Se trata de empresas que por medio de entrevistas, charlas en vecindarios, y otras técnicas, recopilan datos sobre las apetencias sexuales, preferencias alimenticias, solvencia y reputación de

23. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 44-45.

24. Puede traducirse como el derecho a la privacidad, el derecho a estar solo. En las formulaciones castellanas de este término se prefiere la alusión a la "esfera de intimidad" que tiene mayor referencia al grupo de derechos subjetivos que el individuo mantiene bajo su potestad. Es decir, que él aún puede decidir ejercer o no ejercer. Casualmente en el mismo año de 1890 en que se forjó este principio a partir del desarrollo de la Teoría del Right to Privacy por Warren y Brandeis, se alertó a la ciudadanía por parte de la Harvard Law Review que el derecho de estar solo podría ser susceptible de ser afectado por dos inventos que solo podían presagiar lo peor: el teléfono y la máquina fotográfica.

25. MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, primera edición, 1984, p. 15.

26. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 16.

los ciudadanos. Algunas de estas empresas llegaron a recopilar datos de casi toda la población de un país. Datos que por una serie de razones no solo eran imprecisos sino que, en la mayoría de los casos, eran poco fiables y de una precisión mínima. Es decir, que datos referentes a la intimidad de la población de un país eran utilizados para una serie de fines extraños a esta población, y sin contar con el conocimiento ni la aquiescencia de los afectados. "Estas sociedades de Credit Report tienen en los bancos, las empresas de seguros y las multinacionales sus mejores clientes, que, en ocasiones, son incluso los agentes financieros de las mismas... Tal ha sido el volumen de información personal que ha podido manejar hasta mediados de los años setenta, que la compañía de seguros American Security Council alardeaba de tener 6 millones de *dossiers* personales de trabajadores, es decir, el mayor archivo de 'actividades revolucionarias' en EE.UU."²⁷

No solo empresas privadas, sino también el mismo Estado, ha intentado unificar las cantidades ingentes de datos que se conservan sobre los ciudadanos de un país. "Por ejemplo, en Francia, el proyecto denominado 'Safari', del Ministerio del Interior, motivó un gran debate dada la posibilidad de que 50 millones de personas quedaran fichadas por medio de un número de matrícula individual; se trataba de unificar en un solo fichero los datos depositados en los equipos informáticos del Ministerio de Hacienda, de Trabajo y de Catastro."²⁸

Surgimiento del derecho a la Intimidad en la sociedad burguesa.

La evolución del derecho a la privacidad (o la esfera de intimidad como lo hemos llamado nosotros) parte del concepto liberal de la propiedad, en tanto y en cuanto dicho derecho se constreñía a no ser afectado en el goce y disfrute de la cosa poseída. Posteriormente, al menos a partir de 1890, el interés se traslada al resguardo de la privacidad ante la

amenaza de los fotógrafos y periodistas de los pasquines que buscaban la noticia sin ningún escrúpulo y sin escatimar ningún esfuerzo. Ya aquí el interés de protección no es más el "individualismo posesivo" sino que el enfoque se dirige hacia la protección de la individualidad (inviolabilidad de la personalidad).

Para algunos, este rompimiento, no sólo jurisprudencial sino también ideológico, significa una buena muestra de como el "right to privacy", el "right to be alone", se aleja del derecho al honor, en un proceso que representa la quiebra del valor absoluto de este último. "Todo ciudadano tiene derecho a controlar su propia fama, pero con ello no basta; el derecho a la intimidad pasa a expresar el núcleo esencial de la personalidad que ahora es preciso defender de la intrusión y la manipulación de los grupos de poder que emergen en la sociedad de masas. La esfera privada de la persona merece protección con independencia de la valoración externa que los demás efectúen sobre la misma."²⁹

Esta quiebra del concepto liberal de la que hablamos significa la caída del antiguo criterio basado en el derecho a la libre concurrencia que dio al hombre público la posibilidad de consolidar un derecho al honor irrestricto y absoluto. En este momento de la evolución del derecho a la intimidad el interés se coloca en el particular, en aquel ciudadano que abraza con pasión su derecho a disentir de los dictados sociales o de la masa.

El derecho a la intimidad encontrará aportes jurisprudenciales y legislativos hasta bien entrado el siglo XX. Hasta finales de los años sesenta, tanto en los Estados Unidos como en Europa, es que el derecho a la intimidad puede ser observado como una categoría jurídica independiente. Esta categorización surge con los primeros años del Estado intervencionista y su reacción contra el antiguo sistema liberal.

El Estado intervencionista tendrá objetivos de control muy concretos que agregarán contradiccio-

27. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione (L'esperienza Statunitense)*, Roma, 1974, p. 9, citado por MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 40.

28. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 41. La CIA dispone de un ordenador con capacidad para almacenar millones y millones de datos, y dicha organización dispone de ficheros con detalles biográficos y fotografías correspondientes a muchas personas. Asimismo la organización recopila y analiza publicaciones periódicas y libros en cantidades superiores a los trescientos mil ejemplares mensuales. La capacidad de acumulación de datos que tiene el ordenador ofrece al Estado la posibilidad de destruir de una vez la autarquía del individuo. Al respecto puede consultarse: FARIÑAS MATONI, Luis, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Editorial Trivium, S.A., sin año de publicación, pp. 28-39.

29. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 19-20.

30. *Ibid.*, p. 21. Sin embargo, MORALES PRATS subraya que la caída o rompimiento, si se prefiere, del derecho al honor, no significa en sí mismo una universalización de este bien jurídico. Antes bien, la nueva burguesía industrial buscaría entronizar los objetivos sociales del honor negando su ejercicio a los sectores marginales y subalternos de la sociedad. El honor adquiriría de esta manera y en esta coyuntura nuevas definiciones acorde con el sector social en surgimiento.

nes a las primeras manifestaciones legislativas y constitucionales del derecho a la intimidad. Mientras en el Estado liberal la conciencia individual se consideraba como algo sin relevancia para los fines públicos, en el Estado intervencionista, esa esfera individual dejará de tener un valor neutro.³¹

Redefinición del derecho a la intimidad en la era de la informatización.

George Orwell, Aldous Huxley, Ray Bradbury, Isaac Asimov, Theodore Sturgeon, y otros escritores de ciencia ficción, entre muchos otros, se convertirían en los profetas del advenimiento de la sociedad tecnológica. Una sociedad caracterizada por el uso masivo de sistemas de comunicación y de manejo de datos, donde el hombre iría perdiendo cada vez más áreas de intimidad para concedérselas a un Estado omnipotente y todopoderoso que haría de la cultura de masas el nuevo emblema del dominio ideológico.

El desarrollo de esta sociedad tecnológica ha significado para el derecho a la intimidad la necesidad de una redefinición. Como habíamos adelantado más atrás, el derecho a la intimidad es hoy en día presupuesto del ejercicio de otros derechos de carácter político, social y económico. Dado este carácter garantista y expansivo, el derecho a la intimidad viene a redefinirse como un "derecho al control de la circulación de informaciones personales".³²

Si debiéramos describir un desarrollo del derecho a la intimidad sólo en cuanto a la magnitud de su impacto en la personalidad del individuo, deberíamos decir lo siguiente: si la primera formulación del derecho a la intimidad se construyó a partir de las primeras técnicas de la grabación del sonido y de la imagen como un *habeas mentem*, hoy, con el advenimiento de los bancos de datos, se convierte en un *habeas scriptum* o *habeas data*.

En las legislaciones modernas se empieza a introducir el derecho de acceso a los bancos de datos, que se concreta, asimismo, en la posibilidad de reforma, concreción de los datos personales

acumulados. "Se trata, en suma, de que el sujeto pueda modular su 'identidad informática' para que sea veraz, y que el reconocimiento de estas facultades sea limitado".³³

Habeas corpus y habeas data: Evolución de una libertad.

La protección jurídica de la libertad personal se entronca con la historia moderna con la creación del Habeas Corpus Act de 1679, reformulado en 1816. Este primer logro jurídico se refiere exclusivamente a la protección de los ciudadanos que han sido detenidos ilegalmente.

Hoy en día las conculcaciones de la libertad personal no se refieren, exclusivamente, a la afectación física del ciudadano (como sería su detención sin causa justa). La esfera de intimidad del individuo, como ya lo hemos expuesto, está amenazada por el uso exacerbado, carente de ética y "antidemocrático" del ordenador. De manera que es necesaria la configuración de un derecho con una dimensión política y social que permita al ciudadano disponer y controlar la circulación de datos personales. Se trata de un ejercicio individual pero con consecuencias políticas y sociales generalizadas.

No se trata simplemente de un derecho de exclusión o libertad negativa de rechazar, permitir o prohibir el uso de datos personales. Se trata de un derecho que se proyecta al exterior en la misma medida e intensidad con que se utilizan hoy en día bancos de datos, es decir, en forma indiscriminada y generalizada. Como señala *Frozini*, se trata de un derecho de disponer de los datos personales como se tiene derecho a disponer del propio cuerpo.³⁴

El *habeas data* se une de esta manera al concepto de identidad informática. Consiste este último en "...el conjunto de datos que permiten reconstruir la imagen moral de su personalidad (de la cual pueden entrar a formar parte también elementos de orden biológico, como predisposiciones a enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones

31. El siglo XX le daría al hombre una serie de posibilidades de desarrollo personal insospechadas, pero al mismo tiempo pondría ante sus ojos los riesgos más grandes para su individualidad. Es así como parecen fundamentales las palabras de MORALES PRATS, en torno a la importancia del derecho a la *privacy*: "...en nuestro siglo la *privacy* adquiere un nuevo significado: de su salvaguardia depende en gran medida la integridad de la identidad y libertad del individuo frente a las amenazas de injerencias arbitrarias. Estas nuevas necesidades, a su vez ponen en cuestión todos los esquemas jurídicos tradicionales enraizados en las ideas patrimoniales de propiedad y contrato." MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 24.

32. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 43.

33. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 43.

34. FROZINI, Vittorio, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, en: *Privacy e banche dei dati (Aspetti giuridici e sociali)*, AA.VV., Bologna, 1981, p. 44, citado por: MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 46-47.

psíquicas, carácter, temperamento, inclinaciones, aptitudes, limitaciones (el llamado retrato hablado), desórdenes sexuales, etc.), datos que, recogidos, memorizados y elaborados en un computador electrónico, llegan a ser (a diferencia de los consignados sobre una ficha o tarjeta común), accesibles inmediatamente y difundibles, y aún susceptibles de mercado o venta.³⁵

¿Libertad informática o mediatización de la libertad?

En los últimos años se ha venido hablando, en términos bastante generales, de la "libertad informática", sin embargo, la amplitud del término lleva a asimilarlo al "principio de acceso a los bancos de datos", que no es otro que el *habeas data* o *habeas scriptum*.³⁶

Resulta interesante que el concepto de informática en los términos dichos se encuentre tan cerca de la idea de libertad, cuando al parecer, y siguiendo la tendencia actual, el fenómeno informático se aleja cada vez más de la libertad. Asimismo, resulta curioso que el concepto de libertad informática no tenga, al menos en apariencia, una relación directa con la deontología informática (conjunto de presupuestos axiológicos y éticos del ejercicio de la ciencia informática).³⁷

Sea contradictorio o no, el concepto de libertad informática se constituye en los tiempos actuales como un medio efectivo de enfrentar la disyuntiva histórica en la que se encuentra el individuo frente al proceso de informatización.³⁸ Tanto como posibilidad de revisar los datos que se conservan de la propia persona en bancos de datos, como también posibilidad real de democratizar la sociedad, permi-

tiendo al ciudadano el uso de un instrumento poderoso para el control del Estado y de sus decisiones. Incluimos, por supuesto, las posibilidades de control sobre los manejos de la información que se hagan por parte de particulares y empresas privadas.

La idea de regulación no es conformar un derecho de carácter potestativo del orden de los derechos contenidos en los códigos civiles, es decir, a través de meros acuerdos contractuales entre particulares y centros de cómputo, donde de principio existiría una desigualdad contractual: el particular desconocería los riesgos enormes del uso de la información personal y se prestaría para que el ciudadano dé su consentimiento para evitarse problemas posteriores.

Cuando se diseña una normativa de regulación de bancos de datos y de *habeas data*, debe partirse inicialmente de la necesidad de normas claras en donde se establezca este acceso a los bancos de datos en la medida y extensión que hemos expuesto, con medios de seguridad que garanticen que no habrá filtración de datos en fraude de la confianza del ejercitante del *habeas data* y que los medios en que se distribuirán los datos serán transparentes para el recurrente. Es decir, aunque el ejercicio es particular, individual, en modo alguno se trata de un contrato entre las partes, es un derecho si se quiere constitucional, por encima de las leyes que contribuye a la reafirmación de las posibilidades de ejercicio de la personalidad.

Las normativas en estas materias no se restringen a regular el *habeas data* sino también a establecer limitaciones y controles a los bancos de datos: necesidad de licencias de funcionamiento, revisiones periódicas, informes de funcionamiento. Todos

35. RIVERA LLANO, *op. cit.*, p. 170.

36. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 46-47.

37. Aunque en realidad sabemos la razón; después de la reacción inicial de los años sesenta y setenta en contra del ordenador, en los últimos años hemos observado una tendencia hacia la búsqueda de nuevos usos "democráticos" del ordenador. Dentro de esta tendencia, los poderes legislativo y judicial de muchos países, especialmente de Europa han tratado de poner en vigencia normativas de regulación del *habeas data* y tratar de hacerlas ejecutar. No obstante, las compañías comerciales han intentado obstaculizar estos intentos diciendo que son suficientes las medidas de "autorregulación". Estas últimas pocas las conocen y tampoco nos dan ninguna seguridad sobre su posible naturaleza de normas éticas o deontológicas. En todo caso, las partes más sólidas de este discurso parten del hecho de que no deben ser funcionarios públicos los que se encarguen de controlar el manejo de los bancos de datos y la recolección de información, se incluye aquí también la hipótesis de peligro de burocratización y de altos costos para la Administración Pública. Las compañías comerciales plantean la posibilidad de confeccionar una serie de normativas marco, de alto nivel, donde se establezcan las directrices de la "autorregulación", pero que los llamados a hacerlas cumplir eran los propios responsables de los centros de cómputo. Sobre estos problemas confrontar: MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 48-49.

38. "En una sociedad como la actual, extremadamente compleja, se corre el riesgo de que si se constituyen monopolios sobre la información, la actuación del Estado se convierta en un arcano inaccesible para los ciudadanos, con lo cual desaparecería toda idea de democracia en la estructuración de nuestra sociedad." MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1984, p. 59.

estos controles y limitaciones están sujetos al contralor público a través de un órgano del Estado, esto último a pesar de las críticas de las casas comerciales. Generalmente este órgano responde de sus actos ante el Parlamento solamente. No se desecha tampoco la redacción de códigos de ética informática para el personal de estos centros de cómputo para que cumplan con su deber con fidelidad, diligencia y discreción.³⁹

Es en el mencionado sentido que *Morales Prats* enuncia el principio de acceso a las bases de datos y es también la forma en que lo defiende: "Sólo mediante el acceso a los bancos de datos, al amparo de los referidos derechos, el individuo puede saber en qué medida está controlado (derecho de informarse), o bien, rechazar ese control por considerarlo abusivo (derecho a anulación o cancelación), así como hacerlo veraz (derecho de corrección)."⁴⁰

De la misma manera que se reconoce la necesidad de estas facultades dentro del llamado hábeas data, se considera importante incluir una serie de derechos adicionales que entran a funcionar en fases previas a la inclusión de los datos al ordenador. Se trata de las posibilidades de prohibir la recolección de ciertos datos y la posibilidad de excluir a terceros del acceso a ciertos datos personales una vez incluidos en el ordenador.⁴¹ Este proceso conlleva una clasificación de los tipos de "información" (datos) que están afectados directa o mediatamente por la protección de la "libertad informática" (hábeas data). Se tendría en primer lugar aquellos datos cuya prohibición de ser incluidos es absoluta. Este es el llamado "núcleo duro" del derecho a la intimidad y está compuesto por datos referidos, por ejemplo, a las costumbres sexuales, filiaciones sindicales, actividades políticas, historias clínicas, etc. En segundo lugar tendríamos los datos relacionados con el nombre, apellidos, domicilio, calidades en general del ciudadano, que pueden ser incluidos en el ordenador si hay permiso del ciudadano, y éste conserva el derecho para revisar y cambiar cualquier dato inexacto, vago, o eliminar aquéllos que puedan causarle algún problema en su vida de relación.

El resto de informaciones, es decir, aquellos datos anónimos, científicos, económicos, estadísticos pueden ser incluidos en los bancos electrónicos.

Sin embargo, los mismos están sujetos al contralor no de los particulares en virtud de los derechos de intimidad de cada uno, sino que estos datos tendrán un carácter de colectivos y pueden ser sujetos del contralor de los grupos sociales que están llamados a buscar la "socialización de la información", impidiendo los manejos globales y las tomas de decisión gubernamentales que afecten genéricamente el entorno social y la vida de relación del conglomerado. En este sentido, serán los grupos de presión los llamados a ejercer activamente este derecho de controlar los datos anónimos.

El derecho a la información, en los dos ámbitos que explicábamos secciones atrás, se entronca con el derecho a la intimidad dentro del contexto del Estado de Derecho. En tanto y en cuanto, el hábeas data garantiza un acceso a los bancos de datos y a los registros que ahí se mantienen, se está dando vigencia al derecho a informarse de los ciudadanos.

La reacción del hábeas data en contra de la manipulación de la información que se realiza en ámbitos públicos y privados, significa, en el fondo, una reacción democrática contra un abuso de poder. Tanto en la esfera privada como en el contralor colectivo de los datos estamos en la presencia de una de las mayores posibilidades de dar efectividad al principio democrático de participación en las decisiones políticas.

Si bien la puesta en marcha de bancos de datos es una forma de ejercicio del derecho a la información, también es cierto que tampoco podrá ser ejercido por todos, de manera que la instauración del hábeas data es una forma de compensar la desigualdad que se crea en el marco social, aparte de los obvios beneficios que esta participación comunitaria produce en el marco político de la sociedad.

G. Facultades preventivas y de control en el ejercicio del hábeas data.

La fase de captura o recolección de datos.

El ejercicio del hábeas data ha sido calificado de ser un mero recurso procedimental de protección de la esfera de intimidad. Entendido de esta manera podría funcionar en cada caso que el ciudadano considere que su intimidad fue lesionada por un

39. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 49-50. Puede revisarse el análisis que aparece en este libro sobre las diversas normativas que han surgido en el mundo para regular el hábeas data, ver especialmente las páginas 50-56.

40. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 47.

41. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 47.

particular o el Estado. Sin embargo esta función de protección subjetiva de la intimidad no obsta para que las funciones del hábeas data concurren en un contexto más general de protección.

El ejemplo de otros países, como Portugal (primer país, que en 1976, elevó a rango constitucional la normativa de protección de los datos personales tratados por ordenador) y España, demuestra que, en algunos casos los presupuestos normativos, sean estos legislativos o constitucionales, concurren previamente, incluso antes del mismo consentimiento del ciudadano a la hora de responder una encuesta o entrevista.

La idea consiste en que el legislador prohíba cierto tipo de preguntas y de encuestas, antes de que éstas lleguen al ciudadano, sirviendo esta política legislativa de prevención a los posibles daños que se le pueda ocasionar a la esfera de intimidad de los ciudadanos.

Tanto en la Convención del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981 (Convención para la Protección de las Personas en lo relativo al tratamiento automático de datos personales), como en las líneas directrices aprobadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) el 23 de setiembre de 1980 (Líneas Directrices Reglamentadoras de la Protección de la Vida Privada y de los Flujos Transfronteros de Datos Personales, en la 523 sesión), es posible notar el interés en proteger las esferas de intimidad prohibiendo la recolección de datos personales íntimos, tales como raza, opciones religiosas, filiación política, actividades sindicales, escogencias sexuales, historias clínicas, historia delictual, etc.

En los documentos internacionales antes mencionados son considerados los siguientes principios:

1. *El principio de limitación de la recolección de datos:* deben ser establecidos límites a la recolección de datos personales, o su obtención debe verificarse por medios lícitos y legales y estando la persona, a quien esos datos se refieren, informada previamente u obtenido su consentimiento.
2. *El principio de calidad de los datos:* los datos personales deben ser pertinentes y apegados a las finalidades para las que van a ser utilizados, exactos, completos y autorizados.
3. *El principio de especificación de las finalidades:* a más tardar antes de la recolección de los datos deben ser definidas las finalidades para las que los datos se destinan.

4. *El principio de limitación de la utilización:* los datos no deben ser divulgados o utilizados para fines diferentes a los especificados, a no ser con el consentimiento de la persona a quien se refieren o cuando la ley lo permita.
5. *El principio de las garantías de seguridad:* los datos deben ser protegidos contra riesgos tales como la pérdida o destrucción, o acceso indebido, así como la utilización, modificación o divulgación no autorizadas.
6. *El principio de transparencia:* cualquier persona debe obtener fácilmente información sobre la existencia y la naturaleza de los datos personales que existan sobre él, así como las finalidades de su utilización y la identidad del responsable del fichero.
7. *El principio de participación individual:* cualquier persona debe tener derecho a obtener del responsable del fichero, directa o indirectamente, la confirmación de haber o no datos que le competan y a la vez tener derecho para hacer suprimir, completar o corregir los datos que le competan y si se le deniega dicho derecho se le den las razones para la denegatoria.

La función preventiva de la que hablamos se hace evidente en la redacción de los anteriores principios, algunos de los cuales ya se encuentran en la forma de Derecho positivo en algunos países europeos.

La Constitución de la República portuguesa, país firmante de la Convención del Consejo de Europa a la que hacíamos referencia anteriormente el 14 de mayo de 1981, en la redacción de su artículo 35 (revisado en 1989), preceptúa lo siguiente:

1. "Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registros informáticos o en ficheros a su respecto y al fin al que se destinan, pudiendo exigir la rectificación de los datos o su actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley sobre Secreto de Estado y Secreto de Justicia.
2. Es prohibido el acceso a los registros informáticos o ficheros para conocimiento de datos personales relativos a terceros, y la respectiva interconexión, salvo en los casos excepcionales y con la reserva de lo dispuesto en el artículo 18 (restricciones constitucionales necesarias para la salvaguardia de los derechos o garantías de otros).

3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.
4. La ley define el concepto de datos personales para efectos del registro informático, así como los términos para la constitución de bancos o bases de datos por entidades públicas o privadas y las respectivas condiciones de utilización y acceso.
5. Es prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.
6. La ley define el régimen aplicable a los flujos de datos transfronteros, estableciendo formas adecuadas de protección de los datos personales y de otros en que el interés nacional lo justifique."

La redacción del artículo 18-4 de la Constitución española de 1978, no es tan clara: *"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos."*

La redacción de este artículo ha sido criticada por algunos por ser demasiado oscura y limitada, que es un simple corolario del inciso 1) del mismo artículo, y que los peligros para la intimidad y el honor no provienen exclusivamente de la informática. A pesar de las críticas este artículo es el bastión donde se centra cualquier iniciativa legislativa que intente regular la libertad informática en España, país que no escapa al advenimiento de la sociedad tecnológica y sus peligros, que lo llevará tarde o temprano a seguir los pasos de la Constitución portuguesa y a la adopción completa de los términos de la Convención del Consejo de Europa, antes aludida.

El artículo 4 de la Convención del Consejo de Europa establece como compromiso a los países firmantes que adopten las disposiciones de Derecho interno necesarias para hacer posible el establecimiento de los principios básicos de protección de datos. El artículo 35 de la Constitución portuguesa exige la existencia de legislación reglamentadora, tanto en lo que se refiere a el concepto de datos personales para efectos del registro informático, así como los términos para la constitución de bancos o bases de datos por entidades públicas o privadas y las respectivas condiciones de utilización y acceso.

El Gobierno portugués presentará al Parlamento la Propuesta de Ley Nº 64/III, reglamentando estos puntos, una vez se convoque a elecciones generales.

Después de la reciente revisión constitucional, un partido político portugués presentó al Parlamento el Proyecto de Ley Nº 381/V, que en términos generales sigue muy de cerca el Proyecto presentado por el Gobierno. Pero en general se nota en ambos un deseo por consignar claramente las diversas hipótesis en que las encuestas o entrevistas pueden lesionar la esfera de intimidad.

En la Propuesta de Ley Nº 64/III, artículo 3 se prohíbe el procesamiento de datos referentes a las convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, religión. En el segundo párrafo del mencionado artículo se permite guardar ficheros de los miembros de entidades u organizaciones de tipo asociativo, siempre y cuando sea de manera que no sean identificables individualmente los ficheros.

El artículo 4 de este Proyecto (Propuesta de Ley Nº 64/III) prohíbe el procesamiento automatizado de datos relacionados con el origen racial, los antecedentes penales, aplicación de medidas de seguridad, sospechas de actividades ilícitas, salud, situación económica (patrimonial) y financiera, hábitos o tendencias sexuales.

Como es fácil notar, el esfuerzo de este proyecto de ley va encaminado a definir con claridad los límites de la esfera de intimidad. En líneas generales el esquema que habíamos definido a partir de la Convención Europea y la resolución de la OCDE en materia de protección de la esfera de intimidad está presente en estas propuestas de Ley.

El carácter preventivo del que hablamos también se reafirma con la existencia de regulaciones a la constitución y funcionamiento de estos bancos de datos, sean éstos privados o públicos.

En el Proyecto de Ley Nº 381/V, en el Capítulo II, se crea la Comisión Nacional de Informática y Libertades, entre sus atribuciones se encuentra la de dar su parecer sobre la creación, modificación y mantenimiento de servicios públicos de ficheros automatizados de datos de carácter personal (definidos en esa misma ley), así como de controlar la interconexión de bases de datos continentales de registros de carácter personal. Asimismo, la creación de bancos de datos de carácter privado queda permitida pero bajo el control y autorización de esta Comisión.⁴²

42. Proyecto de Ley Nº 381/V, Portugal, artículo 17, incisos a) y b).

La solicitud para crear un fichero automatizado referente a personas singulares debe ser presentado a esta Comisión, incluyendo los siguientes datos: nombre y puesto del responsable del fichero, características del fichero y su finalidad, servicio o servicios que se brindarán con el procesamiento de la información, datos de carácter personal que se incluirán en cada registro, forma de recolección y actualización de los datos, finalidad a la que se destinan los datos, entidades a las que pueden ser transmitidos y en qué condiciones, comparaciones, interconexiones y cualquier otra forma de interrelacionar las informaciones registradas, medidas tomadas para garantizar la seguridad de las informaciones, tiempo de conservación de los datos, categoría de personas que tienen directamente acceso a las informaciones registradas, forma y condiciones en que un titular del registro puede tomar conocimiento de los datos que le competen, forma en que el titular del registro puede hacer corregir inexactitudes de los datos que le competen. Recogiendo de esta manera, *in integrum*, los principios rectores señalados por la Convención del Consejo de Europa y de la OCDE.⁴³

Como puede observarse, el funcionamiento de un banco de datos se permite siempre y cuando las finalidades y las características del banco estén bien delimitadas, así como los medios para que el ciudadano pueda tener acceso a los ficheros para informarse y corregir datos inexactos o que le afecten de alguna manera. De esta manera se cierra el grupo de disposiciones dirigidas a prevenir los daños a la intimidad de los ciudadanos antes de que se produzca el perjuicio, es decir, antes que el hábeas data entre a actuar como un efectivo medio de protección del derecho violado.

La fase de tratamiento y programación de la información.

La necesidad de protección de la intimidad del individuo se hace más evidente cuando se tiene en cuenta que una regulación genérica del funcionamiento de la base de datos podría convertirse en un fraude a la ley, si no se pone especial énfasis en el control del software (soporte lógico o programas de ordenador) utilizado para el tratamiento y procesamiento de los datos, ya que por aquí se podrían filtrar daños graves que no podrían ser ni siquiera conoci-

dos por la Comisión de Control. "Dada la trascendencia de la programación utilizada, es conveniente que las leyes de datos prescriban la obligación de consignar las características del software originario, así como las introducciones de software-aplicativos, en el acta de registro del banco de datos. Las interconexiones de los masivos programas pueden modificar los fines para los que fue autorizado el banco de datos."⁴⁴ Sin embargo, los costos de desarrollo de soporte lógico y de mantenimiento del sistema suben cada vez más a medida que se hacen más sofisticadas y sutiles las formas de ponerlos en peligro y las necesarias garantías que deben ofrecerse a los ciudadanos. Es por ello que debe buscarse la conciliación entre las exigencias productivas y el marco de garantías ofrecidas al ciudadano.

La doctrina pone especial énfasis, también, en la protección misma de los datos. La seguridad del fichero para que este no sea objeto de robos y de malos manejos parece punto álgido de la cuestión.

Otro factor especialmente importante es el referido al personal del centro de cómputo. De nuevo la cuestión de la fidelidad, discreción y deber de secreto de estos funcionarios vuelve a tener importancia para el Derecho. En este sentido, se sugiere la redacción de códigos de Deontología para funcionarios de centros de cómputo, donde se señalen estos principios. Se sugiere la preparación de tipos penales, sanciones administrativas y civiles que tutelen el bien jurídico constituido por la integridad del banco de datos.

Si se cumplen los requisitos de transparencia, de control del soporte lógico, de protección de los datos, y se establece el deber de secreto y de diligencia por parte del personal técnico, el hábeas data tendrá su aparición en el panorama en la forma de notificación a los interesados de los datos personales introducidos al ordenador. De esta manera el ciudadano podrá estar en condiciones de presentar su demanda de acceso al banco para rectificar, agregar, o suprimir datos ahí contenidos. "En caso de que los datos procesados sean inexactos, la ley debe determinar sobre quién recae el *onus probandi* de la veracidad o falsedad de los datos; en evitación de incorrecciones es útil la anulación o renovación *ex lege* de las informaciones personales, por medio de la delimitación a priori de plazos de conservación de aquéllas."⁴⁵

43. *Ibid.*, artículo 21, incisos del a) al m).

44. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 68.

45. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 69.