

INFORMATICA, DERECHO DE LA INFORMACION Y DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Victor Malpartida Castillo

Profesor de Derecho Económico de la UNMSM

SUMARIO: 1.-Introducción. 2.-Sociedad virtual y derechos fundamentales: 2.1.-Sociedad virtual y derecho de la información. 2.2.-Sociedad virtual y derecho a la vida privada. 3.-Poder informático y la respuesta del derecho. 4.-Clasificación de las políticas legislativas. 5.-Hábeas Data: 5.1.-Introducción y concepto. 5.2.-Clasificación del hábeas data. 5.3.-El hábeas data y la Constitución Política de 1993. 5.4.-Ley del hábeas data; 5.5.-Primeros casos de hábeas data. 6.-Reflexiones finales

1.- INTRODUCCION

La aparición de la informática y su desarrollo, como parte importante del avance tecnológico, ha posibilitado al hombre más tiempo para su actividad creativa. El tratamiento automatizado de la información le evita aquellos cálculos complejos e interminables, liberándolo para engrandecer su poder de creación. Sin embargo, la informática no sólo ha traído ventajas, sino que asimismo, origina peligros en cuanto a su uso indiscriminado. Dichos peligros son de todo orden, pero principalmente van a estar relacionados con los derechos de la persona.

Surge así el llamado «poder informático», como una nueva forma de poder en la sociedad. Dicho poder, consistente en la posibilidad de acumulación de información de manera ilimitada, va a conllevar que se obtenga un perfil del ser humano de acuerdo a la información disponible en los bancos de datos, pudiéndose generar una afectación a derechos de la persona como el derecho a la vida privada.

Sin ánimo de agotar el tema, el presente artículo intenta dar una primera aproximación a lo que significa la informática en relación al derecho de la información y al derecho a la vida privada.

2.- SOCIEDAD VIRTUAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1.- Sociedad Virtual y Derecho de la Información

Difícil resulta también, el dar una definición de internet o tener una visión completa de todo lo que encierra, porque su desarrollo es tan vertiginoso, que va dando lugar, cotidianamente, a realidades totalmente inéditas. En un primer intento, podría definirsele; señala Manrique: como una red de computadoras conectadas entre sí. Pero, aclara: eso sería confundir el soporte técnico de transmisión de datos del sistema, con el sistema mismo. Más apropiadamente, se le puede definir, como una gran fuente de información de carácter planetario, accesible desde buena parte del globo que enlaza a un número cada vez mayor de países y como un medio de compartir información, a la que acceden millones de personas, tanto la que está disponible en las bases de datos de los gophers, los web, etc., cuanto aquella que circula en los debates de los grupos de interés¹.

Una de las características de la internet es su interactividad, es decir, que ya no sólo se asume el rol pasivo como en otros medios de ver o escuchar, sino el de también actuar, existiendo un margen de contestación ante lo que se nos emite y receptionamos. De allí las enormes posibilidades que no se muestran en los medios de comunicación convencionales; en tanto una perspectiva de democratización en el derecho a informar y el de ser informado. Sin embargo, los peligros se muestran más evidentes, pues debido a sus características tecnológicas, es de muy difícil control, por decir lo menos, en cuanto a la propalación de cualquier información u opinión, por más que ataque a los derechos de la persona².

Es difícil intervenir la internet, ya que la profusión de informaciones, impide cualquier control global sobre las mismas. Sin embargo, se han dado casos en Estados Unidos, de una intervención selectiva, sobre todo con la información pornográfica e informaciones que atenten contra la seguridad nacional.

¹ Manrique, Nelson: *La Sociedad Virtual*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición, Lima 1997, p. 146.

² Orbegozo, Manuel Jesús: «Periodismo amarillo en Internet» en: *Diario «El Comercio»*, Sección A, p.2 del 15 / XII / 98. El autor hace un recuento de lo que puede llamarse periodismo amarillo en Internet. Así, la campaña contra el periodista Miguel Angel Páez por la organización Aprovech, y, la vulneración de derechos de autor por la misma organización.

Las posibilidades que brinda internet para la efectivización del derecho de la información son muy grandes. Entonces, se discute sobre cómo conservar y desarrollar esas posibilidades y al mismo tiempo respetar los otros derechos de las personas. Acaso, esté el punto de discusión fundamental, en la cuestión económica que subyace. Lo dicho por Gates, en cuanto considerar a internet como un gran mercado sea bastante sintomático. Es un gran mercado en donde la libertad de expresión como principio emblemático sirve a las grandes empresas, para disimular el gran negocio que significa internet y que puede quebrar o frustrar las posibilidades de la democratización de la información.

Pero, como hemos visto, la pregunta en cuanto a cómo seguir gozando de las posibilidades que brinda la internet, y, a su vez, no sirva para conculcar derechos de otros (como el derecho al honor, la intimidad, etc.), está aún sin respuesta.

2.2.- Sociedad virtual y derecho a la vida privada

La existencia de la sociedad virtual y de la informática en general, produce una gran problemática en cuanto al derecho a la vida privada. Es de por sí difícil tener una protección preventiva en el caso de los medios de comunicación convencionales, amparados en una libertad de expresión y de información clásicas. Más aún resulta en el caso de internet, cuando por la cuestión tecnológica y la profusión de información, es casi imposible controlar, aquellas expresiones o informaciones que atenten contra la intimidad o vida privada.

No sólo hay que observar la protección del derecho a la vida privada, desde la perspectiva de la existencia de los archivos electrónicos, sino también desde la posibilidad de que esos archivos estén a disposición de cualquiera en la red de información, mediante la interconexión de los bancos de datos.

Por otro lado, la información y el tratamiento que se hace de ella, ha dado lugar, a la configuración progresiva del derecho a la vida privada. En relación, al desarrollo que ha tenido la información y sus repercusiones en la vida privada, son importantes las cuatro grandes etapas de la información³.

³ Frosini, Vittorio: *Informática y Derecho*. Editorial Tenis. Bogota Colombia 1998 pp. 44 y ss.

La primera es de la comunicación puramente oral que, correspondiente a las comunidades primitivas, marcan el principio de la civilización humana. Si bien ésta, aún en la actualidad subsiste, se encuentra limitada, en comparación con otras formas. La segunda etapa estuvo marcada por la aparición de los símbolos y, particularmente, por la forma escrita del lenguaje. Esto permitió superar los precedentes límites de tiempo, gracias a su permanencia en el objeto (piedra, pergamino o papel) en que se incorpora. La tercera fase empezó con el descubrimiento de la posibilidad de reproducir rápidamente un mensaje con la imprenta de caracteres móviles. De ella resultó la difusión de la información escrita, que puede reproducirse en tiempos cada vez más rápidos, bajo un costo menor, y, en copias cada vez más numerosas. La cuarta etapa se caracteriza por la presencia de los mass media, basados en la imagen y la palabra transitorias pero reproducibles, como en la radio y la televisión, que permiten una información de masas instantánea y simultánea para un número indeterminado de personas.

La computadora electrónica, participaría de las características de la información para esta cuarta etapa, aunque, según Frosini: existen distinciones importantes: «El lenguaje del ordenador no es exactamente un lenguaje de base sensitiva, intuitiva, sino un «metalenguaje» abstracto, un conjunto de símbolos que no puede ser enunciado directamente por el hombre, sino que requiere la máquina como intérprete necesario».

En esta cuarta etapa, se debe hablar de una denominada «libertad informática», delineada por Frosini. Esta consiste en el derecho a poder disponer de los datos de información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejan los bancos de datos; derecho a controlar la veracidad de los datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas, políticas.

Así, la libertad informativa representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal. Al contenido del derecho a la vida privada clásico, como libertad negativa o de no injerencia de terceros a nuestra vida reservada, se añade un aspecto más, vale decir, el control autónomo sobre los datos propios, ya sean aquellos que configuran la propia "identidad informática", como también el controlar sólo los datos que queremos sean conocidos por terceros.

Queda el derecho a la vida privada, configurado contemporáneamente por un nuevo aspecto. Ya no sólo se le asigna como contenido el clásico «derecho a ser dejado a solas», sin injerencias de terceros. También cabe añadir un nuevo aspecto, el de control autónomo de la información que sobre nuestras vidas tienen terceros.

Es así como Luis Manuel C. Méjan delinea lo que denomina «Derecho a la Intimidad Informática», que regule precisamente la salvaguarda del derecho a la privacidad (como llama este autor a la intimidad) en la materia de acumulación de información: «Desde luego que el individuo debe contar con una regulación que le proteja en su intimidad para que tales entidades (bancos de datos) no levanten información sobre él cuando no tengan por qué hacerlo, esto es, con legitimación; si lo hacen, que la usen debidamente, que pueda oponerse a su uso, cuando éste sea diverso a aquel que motivó su recopilación y no haya sido autorizado; que tenga derecho a rectificar información errónea y que pueda exigir la reparación de los daños que se le causen y la aplicación de las sanciones correspondientes cuando la entidad en cuestión se conduzca en violación de ese derecho»⁴.

3.- PODER INFORMATICO Y LA RESPUESTA DEL DERECHO

La informática, puede ser considerada, como el tratamiento racional de la información, de manera automatizada. Se presenta así la posibilidad de archivar electrónicamente, en los denominados bancos de datos, información de la más diversa índole. Su función no sólo se circunscribe a acumular de manera racional la información. También se recibe y transmite de acuerdo con las necesidades que se planteen.

Los bancos de datos no sólo pueden ser utilizados por el Estado (si bien en un primer momento fue así), sino también por los particulares. Este uso generalizado de la informática ha devenido en lo que se denomina el «poder informático», es decir una nueva forma de poder en la sociedad.

El poder informático reside en el operador, que ha compilado los datos y que puede hacerlo de una forma y cantidad ilimitada, y, sobre los aspectos más variados de la persona, como la salud, sexo, creencias políticas y religiosas, etc. Si el ejercicio del poder mencionado resulta incontrolado, puede afectar la inti-

⁴ Méjan, Luis Manuel C.: *El Derecho a la Intimidad y la Informática*. Editorial Porrúa S.A. México 1994, pp.100-101.

midad o espacio de reserva de la persona. Tenemos que observar entonces que la informática puede procurar no sólo la exposición ante terceros de la vida privada, sino también; en un instante anterior, la injerencia de la misma, resultante de la búsqueda de los datos luego a transmitirse.

Vittorio Frosini se refiere así al poder informático: «Este nuevo poder consiste en la posibilidad de ejercer, por medio del «banco de datos», es decir, por la recolección de informaciones conservadas en archivos magnéticos, una nueva forma de control oculto sobre la vida de los humanos. Y esto porque el computer no sólo puede acumular informaciones a propósito de una persona en cantidades ilimitadas, sino que también puede cotejarlas y asociarlas entre sí y realizar de ese modo un «control cruzado» de los datos informativos, del cual se sigue una «indemnización informativa», que era impensable que se pudiera lograr con los anteriores sistemas de información no automática. Se puede adquirir un conjunto de noticias acerca de una persona sin que la persona investigada lo sepa, y cotejar esas noticias con otras, estableciendo relaciones precisas y reveladoras»⁵.

La información que la persona deja en las instituciones públicas y privadas, a lo largo de su vida, como por ejemplo, al declarar el patrimonio para efectos del cobro de impuestos, o al acudir a un hospital y al hacerle una historia clínica, las declaraciones de solicitud de ingreso a un club privado o el uso de tarjetas de crédito, son entre otras, circunstancias que aparezcan una información disponible, que reunidas pueden sugerir un perfil de una persona.

Algo que se discute es, sobre si sólo afectaría la intimidad de las personas, en el caso de la búsqueda y la exposición de los llamados "datos sensibles", es decir, datos sobre creencias, convicciones religiosas, hábitos sexuales, origen racial, etc. Sin embargo, lo importante es considerar la autonomía en el control que sobre sus propios datos la persona quiere ejercer, sean datos sensibles o no. Recordemos que la vida privada no se puede considerar un espacio igual para todos, pues va a depender de la subjetividad de la persona. De allí que Carlos Correa señale que los riesgos de violación de derechos y libertades fundamentales mediante el uso de las nuevas técnicas informáticas se hacen más evidentes en el caso de las informaciones sensibles. Toda información resultará relevante de acuerdo al contexto y finalidad con la que sea usada⁶.

⁵ Frosini, Vittorio: Ob. Cit., p. 165.

⁶ Correa, Carlos y otros: *Derecho Informático*. Editorial Depalma. Buenos Aires - Argentina 1987, pp. 248 y ss.

Surgen así, determinadas situaciones o circunstancias que configuran o representan, el conflicto entre el poder informático y la esfera de reserva de una persona⁷.

- a) Cuando se incluye a una persona en un banco de datos sin solicitar su previo consentimiento.
- b) Cuando se impide al interesado *el derecho de acceso a su propia información* contenida en un banco de datos.
- c) Cuando no se otorga al sujeto *el derecho de rectificación* de datos erróneos o incompletos.
- d) Cuando se fijó un *plazo para el uso de los datos* y el usuario de los mismos excede en el término.
- e) Cuando los sujetos que manejan la información contenida en un banco de datos se apartan de los fines para los aquélla había sido solicitada, usando y difundiendo la misma en forma indebida e ilícita.
- f) Cuando los datos se difunden al exterior sin autorización del interesado.

Como podemos apreciar, los supuestos de conflicto entre el poder informático y el derecho a la vida privada giran en torno a las informaciones contenidas en los bancos de datos o archivos electrónicos, ya sea, en cuanto se incluyen aquellas noticias sobre las personas sin su consentimiento; cuando se le niega el control de las mismas, ya sea su acceso simple o su rectificación o aclaración; cuando mediando un consentimiento, el plazo y los fines establecidos no se cumplen por parte del o los sujetos que manejan la información; y, finalmente, cuando se difunden sin autorización del interesado. En resumen, se violentan los elementos que componen el derecho a la vida privada, en cuanto no injerencia o tranquilidad, autonomía y control de la información.

Por otra parte, cabe señalar que el problema del conflicto planteado no sólo atañe al ámbito jurídico, sino que afecta también al ámbito tecnológico y al ámbito deontológico, siendo diferenciados pero interrelacionados⁸.

Desde el ámbito de lo tecnológico, se observa el problema, como el lograr la creación de sistemas y dispositivos físicos o lógicos que impidan el acceso sin control a los sistemas de información. Por ejemplo, se cita el establecimiento de mecanismos como el de Bernets-Lee, quien presentó un software en 1996, des-

⁷ Gonzáles Mantilla, Gorki: Informática, Constitución y Derechos Fundamentales en: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima. N° 26. Enero - Diciembre 1996, pp. 39 y ss, específicamente p.41.

⁸ Gonzáles Mantilla, Gorki: *Ob. Cit.*, p. 39-40.

tinado a bloquear selectivamente el acceso a las páginas web. El programa funciona basándose en la selección de algunas palabras o en la creación de una lista previa de páginas a las cuales no se quiere acceder. También existen softwares diseñados para impedir el acceso a los archivos electrónicos o bancos de datos.

Esta forma emanada desde lo tecnológico, pareciera ser la solución planteada por Gates cuando señala lo siguiente: «Los gobiernos tendrán que establecer conscientemente políticas relativas a la vida privada y al acceso a la información, a medida que se efectúen más negocios mediante la red y que se incremente la cantidad de información almacenada en ella. El software administrará estas políticas, con el fin de asegurar que un médico no pueda acceder a los archivos fiscales del paciente, que un auditor oficial no pueda examinar el archivo escolar de un contribuyente y que al profesor no se le permita curiosear en el historial médico del estudiante. El problema potencial no es la existencia de la información en sí misma, lo que me preocupa es el abuso que se haga de ella»⁹.

Desde el ámbito deontológico, se exige la formación de una mentalidad responsable por parte de los profesionales en la informática y la aceptación de un código de ética informática.

No obstante la importancia que representan lo tecnológico y lo deontológico, es en el tercer ámbito, en lo jurídico; donde efectivamente es posible establecer un equilibrio en el proceso de irrupción incontrolada de la informática. Consiste en la formulación del marco conceptual de derecho objetivo, que, teniendo en cuenta lo anterior, es decir, lo tecnológico y deontológico, debe permitir regular los supuestos de hecho que se van perfilando y los que vayan apareciendo.

4.- CLASIFICACION DE LAS POLITICAS LEGISLATIVAS

Se tiene un vasto panorama, en cuanto a políticas legislativas se refiere. Gorki Gonzáles Mantilla¹⁰ divide en cuatro categorías, las formas como los países han abordado el tratamiento normativo sobre la relación entre la informática y la vida privada. Seguidamente exponemos su esquema, al cual hemos hechos algunas adiciones:

⁹ Gates, Bill: *Camino al Futuro*. Mc Graw-Hill. Segunda Edición. Bogota 1997, p.290.

¹⁰ Gonzáles Mantilla, Gorki: *Ob. Cit.*, pp.41-42.

a) Países con enfoque constitucional

- Portugal (art. 35 de la Constitución de 1976);
- Austria (Ley de 18 de octubre de 1978);
- España (art. 18 de la Constitución de 1978);
- Estados Unidos (Constituciones de Alaska, Arizona, California, Florida, Iowa, Montana, Ohio y Washington),
- Países Bajos (art.10 de 1983)
- Hungría (art. 59.1 de 1989).
- Argentina (art.43)
- Brasil (art.5);
- Colombia (art.15);
- Paraguay;
- Perú (inc.6 del art.2).

b) Países con enfoque legislativo

- Francia (Ley relativa a la informática, los ficheros y las libertades, de 6 de enero de 1978);
- Luxemburgo (Ley de 1979);
- República Federal de Alemania (Ley de 27 de enero de 1979);
- Suiza (Data Lag o Ley de 11 de mayo de 1973);
- Noruega (Ley de 9 de junio de 1978);
- Gran Bretaña(Data Protection Act de 1984);
- Portugal (Ley 10/91 de protección de datos personales frente a la informática(LPDP));
- España (Ley Orgánica 5/1992 de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos, abreviándose como LORTAD, sobre tratamiento de datos de carácter personal, de 1992).

c) Países con un enfoque sectorial, en donde se distingue el sector público del privado, regulándose por separado.

- Alemania (Ley de protección de datos, del 7 de octubre de 1970, promulgada por el ministro presidente del estado de Hesse);
- Alemania (Ley federal de Datenschutz, de 1977, destinada a proteger los datos personales almacenados en bancos públicos y privados);
- Dinamarca (Ley de registros privados, del 8 de julio de 1978 y Ley de registros de las autoridades públicas);
- Estados Unidos (Privacy Act o Ley de Privacidad, del 31 de diciembre de 1974).

Cabe agregar lo que manifiestan Ekmekdjian y Pizzolo, en cuanto a las dos críticas sobre este enfoque. La primera está referida, a que la protección de datos, sólo se le garantiza en determinados sectores, careciéndose de un conjunto normativo completo sobre tratamiento automatizado de datos, que garantice en términos generales este derecho. Igualmente se le critica, la ausencia de una institución pública, encargada de tutelar los derechos personales que puedan resultar perjudicados por el uso de la informática y de vigilar la aplicación de la ley.

d) Países con un enfoque especializado, en donde se regulan actividades con problemas específicos.

- Estados Unidos (Ley de evaluación legal de la insolvencia, de abril de 1971).

El primer texto legal de protección de datos, fue dado en la República Federal de Alemania, en el Parlamento del Land de Hesse: la *Datenschutz* del 7 de octubre de 1970, esfuerzo que culminaría con la *Datenschutz Federal* Alemana, del 27 de febrero de 1977.

Otro hito importante en el tratamiento de la protección de datos es la denominada *Privacy Act*, dada en Estados Unidos, el 31 de diciembre de 1974. Asimismo es importante la Ley francesa del 6 de enero de 1978, referente a la *informatique, aux fichiers et aux libertés*.

En cuanto a su reconocimiento internacional, la protección de datos, de manera explícita, tiene un primer momento en la Asamblea General realizada en Teherán, en donde en diciembre de 1968, se adoptó la Resolución 2450, en donde se solicitaba al Secretario General la iniciación de un estudio sobre el derecho a la intimidad y otros derechos en su afectación por el avance de la tecnología. Posteriormente en la 45ª sesión ordinaria de la Asamblea General se adoptó la Declaración sobre la regulación de los datos personales, denominada como «Directrices para la regulación de ficheros automáticos de datos personales», con el objetivo fundamental de establecer principios defensores de los datos de carácter personal.

5.- HABEAS DATA

5.1.- Introducción y Concepto

Dentro de este marco de preocupación por la protección de los datos, es decir, sobre el tratamiento automatizado de los datos de la persona, y, la posible afectación de los derechos fundamentales, surge una institución conocida como *hábeas data*.

Su origen se encuentra indudablemente unido al surgimiento de los bancos de datos o archivos electrónicos. Según Ekmekdjian y Pizzolo, esta institución no tiene rancia prosapia, significando una de las garantías constitucionales más modernas (su reconocimiento se remonta a la mencionada experiencia del Land de Hesse, en la Alemania de 1970). Su nombre deviene del instituto del *hábeas corpus*, en el cual el primer vocablo significa «conserva o guarda tu...», y del inglés «data», sustitutivo plural que significa «información o datos». En su traducción literal sería «conserva o guarda tus datos»¹¹.

Los autores citados definen al *hábeas data*, «como el derecho que asiste a toda persona identificada o identificable a solicitar judicialmente la exhibición de los registros públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación (...) Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra calificaciones sospechosas incluidas en registros (especialmente estatales, aunque también pueden serlo privados), que, sin darle derecho de contradecirlas, pueden llegar a perjudicarle de cualquier modo»¹².

A su vez, Enrique Falcón manifiesta que se llama *hábeas data* «a un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de datos a ellos referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos»¹³.

¹¹ Ekmekdjian, Miguel Angel y Pizzolo, Calogero: *Hábeas Data. El Derecho a la Intimidad Frente a la Revolución Informática*. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1996. p.1.

¹² Ekmekdjian, Miguel Angel y Pizzolo, Calogero: *Ob. Cit.*, pp. 1-2.

¹³ Falcón, Enrique M.: *Hábeas Data. Concepto y Procedimiento*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires - Argentina 1996, pp. 23 y ss.

Igualmente, Néstor Pedro Sagues define el hábeas data como «un proceso constitucional con fines diversos. Literalmente apunta a «traer el cuerpo», y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado «poder informático»»¹⁴.

Por su parte, Víctor Bazán conceptúa a ésta institución, como un muro para contener los desbordes o abusos informáticos. Se trata, nos dice, de un proceso constitucional (o legal) tendiente a que una persona tenga acceso a los datos a ella referidos, y que se encuentran contenidos en bancos(o ficheros) públicos o privados¹⁵.

Similarmente, Julio Nuñez Ponce señala que el hábeas data consiste en el derecho a preservar del uso o abuso de una autoridad o recuperar datos o información, que pueda estar registrada en las Bases de Datos y Redes de Datos, privadas o estatales¹⁶.

Muy importante resulta la precisión hecha por Samuel Abad, en cuanto a la necesidad de diferenciar el derecho fundamental susceptible de ser vulnerado o amenazado por el uso indebido del poder informático, del instrumento procesal que lo garantiza. El hábeas data, en palabras de este autor, como figura procesal muy urgente destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo «con finalidades específicas». A través de él, continua diciéndonos; en consecuencia, se puede tutelar el derecho a la libertad informática, para acceder a la información que sobre una persona o sus bienes se encuentra contenida en los bancos de datos, así como conocer el uso que se haga de ella y su finalidad. Asimismo, podrá solicitarse la actualización, rectificación o destrucción de los datos o informaciones inexactos, erróneos o que afectan ilegítimamente sus derechos¹⁷.

¹⁴ Sagues, Néstor Pedro: «Hábeas Data: su desarrollo constitucional» en: *Lecturas Constitucionales Andinas* N°3. Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, p. 87. Del mismo autor puede consultarse: «Hábeas Data: Alcances y Problemática» en: *Ius et Praxis* N°25. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad de Lima. Junio 1995, pp. 10 y ss.

¹⁵ Bazan, Víctor: «Hábeas data y autodeterminación informativa» en: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVI, N°3. Julio - Setiembre 1996, Trujillo - Perú, pp. 57 y ss., específicamente p. 59.

¹⁶ Nuñez Ponce, Julio: *Derecho Informático*. Marsol Perú Editores S.A. Lima 1996, p.35. Del mismo autor puede consultarse: «El Hábeas Data y la protección jurídica de la información computarizada» en: *Ius et Praxis* N° 21-22. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Lima. Enero - Diciembre 1993, pp.193 y ss.

¹⁷ Abad Yupanqui, Samuel: «Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales: dos nuevos procesos constitucionales» en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N°10. Comisión Andina de Juristas. Lima 1994, p. 266.

5.2.- Clasificación del Hábeas Data

Comentando lo normado en Argentina sobre el Hábeas Data, Néstor Pedro Sagues¹⁸, ha efectuado el recuento de la clasificación tentativa de la institución en mención. Así, señala las siguientes clases:

- 1.- **Hábeas data informativo:** Este tipo de hábeas data está dirigido a específicamente, recabar información obrante en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes. A su vez, este tipo admite tres subespecies:
 - 1.a.- Hábeas data exhibitorio: Tiene por finalidad dar contestación a la pregunta sobre qué se ha registrado. Es decir, tomar conocimiento de los datos archivados, por parte de la persona acerca de la cual versan los mismos. Para ello, el derecho muchas veces involucrará el ingreso físico y personal del interesado en esa base de datos, para así comprobar su exactitud.
 - 1.b.- Hábeas data finalista: El objetivo de esta subespecie es saber el para qué y para quién se registran los datos. Además de simplemente tomar conocimiento de los datos registrados, lo que importa aquí es conocer el motivo de dicho archivamiento y el responsable del mismo.
 - 1.c.- Hábeas data autoral: No siendo tan frecuente en el derecho comparado, esta subespecie está dirigida a conocer quien obtuvo los datos obrantes en el registro.
- 2.- **Hábeas data aditivo:** Su objetivo es adicionar o agregar más datos a los que constan en el respectivo banco o base de datos.
- 3.- **Hábeas data rectificador:** Se dirige a corregir errores sobre los datos almacenados en el archivos o banco, vale decir, sanear aquellos datos falsos.
- 4.- **Hábeas data reservador:** No está dirigido a cuestionar su conservación ni a rectificar errores, sino, su objetivo es mantener en reserva dichos datos. Se ordena al titular del registro que los mantenga en sigilo, en confidencialidad, para su uso personal y exclusivo, o en su caso, para el uso específico que se ha declarado de acuerdo a su finalidad.

¹⁸ Sagues, Néstor Pedro: «El Hábeas Data en Argentina(Orden Nacional)» en: Gaceta Jurídica. Tomo 57. Lima, agosto 1998, pp.58-A y ss.

5.- Hábeas data cancelatorio o exclutorio: Esta referida a la «información o datos sensibles», vale decir, las creencias religiosas, ideas políticas, hábitos sexuales, datos raciales, enfermedades, etc. Lo que se busca es prevenir la discriminación que pudiera conllevar el uso de estos datos. Esta subespecie apareja el problema de determinar hasta donde llegan los datos sensibles, es decir, que datos abarca esta categoría. Esto variará de país a país y de acuerdo al tiempo o época de que se trate, determinado en último caso por la jurisprudencia.

5.3.- El Hábeas Data y la Constitución Política de 1993

En nuestro país, la Constitución de 1979 no contempló el tema en estudio. Sin embargo, algunos autores mostraron su interés y preocupación por los peligros que pudiera encerrar la informática en los derechos personales.

Por ejemplo, Torres y Torres Lara, en la década de los 80, manifestaba que los derechos personales están vinculados al acceso a todo registro con datos personales por parte de su titular, la facultad para impedir que ciertos datos se registren o la posibilidad de pedir la rectificación. Agregaba que de no darse estas garantías y lograrse su protección con medios efectivos, los ciudadanos vivirían dominados por aquellos que dispongan de la información. De ahí, concluye, que ahora se afirma que «el poder nace de la información»¹⁹.

También Ricardo Marcenaro mostraba, mediante ejemplos, la estrecha vinculación entre el derecho a la intimidad y la informática. Planteaba cómo, mediante la informática, podía violarse el derecho a la intimidad²⁰.

Es importante a su vez señalar el Proyecto de Ley de Informática, presentado por la Comisión de Actividad Empresarial del Estado y Comercio Exterior, presidida por José Linares Gallo. En el inciso e) del art. 3 del Proyecto, se mencionaba entre los objetivos de la ley, el establecimiento de

¹⁹ Torres y Torres Lara, Carlos: «Nociones preliminares sobre el Derecho de la Informática y la Informática Jurídica» en: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Segunda Época. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad nacional Mayor de San Marcos. Volumen 47. Años 1987 - 1989. Lima 1991, p. 197.

²⁰ Marcenaro Frers, Ricardo: «El derecho a la intimidad y la informática» en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* N°32: *Derecho, Informática Jurídica y Empresa* (I), Lima Abril 1989, p. 92.

mecanismos e instrumentos para asegurar el acceso directo de todos los ciudadanos a los datos públicos. Mientras que en el inciso f) del mismo artículo, se formalizaba igualmente como objetivo, el establecimiento de mecanismos e instrumentos legales y técnicos para la protección de los datos almacenados y procesados, referidos a la seguridad de las personas individuales, jurídicas, públicas y privadas. Como podemos ver, son innegables antecedentes de lo que en 1993 se dispondría en la Constitución de nuestro país²¹.

Luego, en el debate de la Constitución de 1993, Torres y Torres Lara plantearía la inclusión en el texto de la ley fundamental, lo que finalmente sería el inciso 6 del artículo 2, es decir, la existencia como derecho de la persona, a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Mucha discusión hubo alrededor de la incorporación de este artículo.

La propuesta original era distinta de lo que luego se establecería. Así, se planteaba lo siguiente: «A exigir que los servicios informáticos, públicos o privados, supriman informaciones personales, salvo los casos de seguridad nacional establecidos por ley»²².

Nótese que en la propuesta original se refería sólo a la supresión y no al suministro. Asimismo, se hablaba de informaciones personales y no de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, como en la redacción final. Las variaciones sufridas obedecen entonces a las muchas discusiones, primero, sobre la conveniencia de su inclusión y, luego, sobre su redacción en sí.

El vigente inciso 6 del art.2, sin embargo, es defectuoso porque si bien, se refiere al no suministro de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no menciona el acceso, la aclaración o rectificación y la oposición a que se recolecten los llamados «datos sensibles» disponibles en los archivos electrónicos o bancos de datos.

²¹ Proyecto de Ley de Informática en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa N°32: Derecho, Informática Jurídica y Empresa (I), Lima Abril 1989, p. 158.

²² Diario de Debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, del 25 de enero de 1993, publicado en: Derecho a la Información, informática e intimidad. Reforma Constitucional 1993. Serie Debates Constitucionales. Desarrollo y Paz Editores. Lima Julio 1993, p. 16.

Por otro lado, el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, estableció originalmente la acción del hábeas data, en el sentido que procedía contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnerara o amenazara los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 del mismo texto constitucional.

Es decir, la versión original de la procedencia del hábeas data, se apartaba de un tradicional tratamiento dado en el derecho comparado. Una posición a la que podemos llamar clásica, circunscribe esta acción, a la protección frente a los abusos del denominado «poder informático». Sin embargo, en la versión peruana, quedaban protegidos dentro de la esfera tutelar de esta acción de garantía constitucional, el solicitar la información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública; a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; al honor, la buena reputación, la intimidad, la voz, la imagen, y la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes difundidas por los medios de comunicación social²³.

Para Samuel Abad, se introduce un hábeas data exageradamente amplio, lo que demuestra según su criterio, un evidente desconocimiento del alcance de esta figura. Plantea varias razones de la inconveniencia de esta institución. Señala que no tiene sentido que el derecho de rectificación de informaciones inexactas y agraviantes estuviera tutelado por el hábeas data. A su vez, resultaba innecesaria, dice, la incorporación de la figura en cuestión, pues para proteger a la intimidad del poder informático, bastaba con regular adecuadamente al proceso de amparo. Y, además señala que, una inadecuada actuación judicial, así como una mala regulación procesal, podrían propiciar excesos que afecten la libertad de expresión²⁴.

²³ Es necesario tener presente lo que manifiesta Domingo García Belaunde en su artículo: «Sobre el hábeas data y su tutela» en: *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Año III, N°1, Lima 1998, pp.60: «Esta Constitución (la de 1993) se debatió de enero a setiembre del año 1993 y ya en esa época se pidió expresamente, que el Hábeas Data fuese replanteado. Porque tal como estaba era innecesario y rozaba con la libertad de prensa. Y eso porque el entorno político temía un mal uso de esta institución, porque todo el mundo sabe que el Sr. Fujimori está respaldado por las Fuerzas Armadas. No se sabe quién usa a quién. Y porque además el Servicio de Inteligencia fue el que suministró a la Asamblea, los primeros borradores de la Constitución, en la cual los delitos a través de la prensa se ventilaban en el fuero militar».

²⁴ Abad Yupanqui, Samuel: «Hábeas data: El primer fallo judicial» en: *Autos & Vistos. Comentarios Jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, enero 1996, p.54.

Por su parte, para Yuri Vega Mere, resulta comprensible que, dado que la acción de hábeas data tutela fundamentalmente la intimidad (no tanto el honor o la reputación); en una concepción clásica, el constituyente incluyera el inciso 7 del artículo 2 dentro del inciso 3 del artículo 200 de la Constitución. Sin embargo: advierte, la protección de la intimidad frente a los bancos de datos, ya se encontraba garantizada por el inciso 6 del artículo 2. En lo que respecta a la inclusión del inciso 5 del artículo 2 en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, señala que es errada, desde su perspectiva de considerar el hábeas data, sólo en relación a los servicios informáticos, es decir evaluando el derecho de acceso a la información sólo teniendo como base a la informática²⁵.

El autor de la propuesta, Torres y Torres Lara²⁶, señaló, a su vez, explicando la institución tratada, que el hábeas data es una acción o procedimiento dirigido a lograr la protección de tres derechos vinculados con la información:

- a) Que un ciudadano tenga acceso a informaciones que posee la administración pública, siempre que no sean reservados.
- b) Que un ciudadano impida que un servicio informático suministre información que afecte su intimidad personal o familiar, y
- c) Que un medio de comunicación rectifique una información inexacta o que agravie a un ciudadano.

En cuanto a este último punto controvertido, es enfático al responder a las críticas: «No afecta la libertad de expresión: el hábeas data nada tiene que ver con alguna limitación a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, expresamente protegidas por el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución. Tampoco afecta el derecho al secreto profesional, como algunos han difundido sin ninguna base, ya que precisamente por primera vez en nuestro régimen constitucional el artículo 2, inciso 18, lo ha reconocido como derecho fundamental. Tampoco esta acción puede dirigirse a obtener una indemnización, como otros lo han querido sostener, pues ello simplemente no está previsto en el inciso 3 del artículo 200 del texto constitucional».

²⁵ Vega Mere, Yuri: *Derecho Privado*. Tomo I. Editorial Grijley. Lima 1996, p. 194.

²⁶ Torres y Torres Lara, Carlos: "Derechos Humanos e Informática" en: *Ius et Praxis* N°26. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Lima. Enero - Diciembre 1996, pp.19 y ss.

Concluye diciendo, que el hábeas data en nuestro país, presenta en algunos aspectos una restricción y en otros una ampliación en relación con el derecho comparado: «Se ha restringido, pues no se permite la rectificación de los datos de la intimidad personal, como si lo permite la Constitución brasileña, ni tampoco se faculta su supresión, como si lo autoriza la paraguayana, sino que se prohíbe su suministro a terceras personas (manipulación o comercio). Y, por otro lado, se ha ampliado al área informativa orientando la garantía también al derecho de información y de rectificación de los medios de comunicación cuando no se cumple con la obligación de rectificar afirmaciones inexactas o agraviantes, tal como lo precisa textualmente el art. 14 del Pacto de San José...».

Es claro, entonces, lo consciente que fue el legislador constitucional en cuanto a la ampliación del ámbito de protección asignado al hábeas data. Lo importante es preguntarnos el por qué de esa motivación. La posible respuesta, acaso se encuentre, en la necesidad de reforzar la tutela efectiva sobre los derechos que originalmente contempló el hábeas data, teniendo en cuenta, que en el contexto actual se encuentran permanentemente amenazados. Gorki Gonzáles señala que el punto de partida para esta consideración es que, producto de la crisis de los últimos años en nuestra sociedad se ha dado un consiguiente debilitamiento de los estándares que permiten la convivencia humana. Es el caso del ejercicio de la libertad de prensa, que no siempre actúa de acuerdo con los principios de ética profesional y respeto de los derechos fundamentales de las personas. Se podría decir entonces - señala Gonzáles - que un mecanismo de protección jurídica de derechos fundamentales, cuyo origen se debe al surgimiento de los archivos computarizados en las sociedades desarrolladas, en donde la tecnología constituye un real peligro, en nuestro contexto recibe de la realidad un ingrediente adicional producto del ejercicio muchas veces irrestricto y desproporcionado de la prensa. De allí que se concluya que «teniendo como fundamento el derecho a la información, el hábeas data amplía su esfera protectora a los derechos que, asociados al derecho a la privacidad, se encuentran en permanente peligro ya no sólo por el nuevo contexto tecnológico propiciado por la informática, sino por los cambios operados en la sociedad de las comunicaciones que hoy se abre paso entre nosotros sin que estemos debidamente premunidos»²⁷.

²⁷ Gonzáles Mantilla, Gorki: Ob.Cit. p.44.

A su vez, en cuanto a la procedencia de la acción de hábeas data en el caso de negativa ante la solicitud de información que requiera una persona de cualquier entidad pública, es totalmente comprensible, ya que el ciudadano tiene derecho de estar enterado de cómo marcha el Estado y formular sus críticas al respecto. El propio inciso 5 del artículo 2 se encarga de señalar que se exceptúan de brindar informaciones las entidades públicas, en el caso que se trate de informaciones que afecten la intimidad personal y aquellas otras que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Por su parte, el inciso 3 del artículo 200, incluye en su área protectora lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 2. Hemos visto cómo el propio ponente de este inciso, señalaba su aspecto reducido. El vigente inciso 6 del art.2, como manifestamos líneas arriba, es defectuoso porque si bien, se refiere al no suministro de informaciones que afecten la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no menciona el acceso, la aclaración o rectificación y la oposición a que se recolecten los llamados «datos sensibles» disponibles en los archivos electrónicos o bancos de datos.

Un tema vinculado con lo anterior es el referente a que, cuando el inciso 6 del artículo 2 menciona que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, sean comprendidos los existentes en los medios de comunicación masiva. En este caso - al decir de Morales Godo- ello no podrá impedir que la información se divulgue por cuanto constituiría una limitación a la libertad de expresión, implicaría una censura previa: «Una interpretación sistemática garantiza la libertad de prensa, la misma que está sujeta a responsabilidad ex post, pero no sujeta a limitaciones ni impedimentos ni censura previos(...)Este aspecto, consideramos, merece una precisión normativa y/o jurisprudencial por cuanto la extensión del inciso 6 corresponde a todos los servicios informáticos existentes, incluidos los de los medios de comunicación masiva.²⁸ No obstante lo dicho, quedan dudas al respecto, si consideramos que no existen derechos absolutos y, que específicamente tanto el derecho a la libertad de expresión y de información, así como el derecho a la vida privada o intimidad, tienen igual importancia para la persona en su relación con la sociedad.

²⁸ Morales Godo, Juan: El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Editorial Grijley. Lima 1995, pp.246-247.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 200 incluía dentro de su área de protección al inciso 7 del artículo 2 de la Constitución. Esto es lo que generó mayores discusiones, propiciadas por los medios de comunicación, que vieron en esto, una amenaza a las libertades de expresión y de información. Aunque, para algunos, como, Torres y Torres Lara o Morales Godo, no existía motivo para alarma, al estar las libertades de expresión y de información totalmente amparadas en el inciso 4 del artículo 2, señalándose a su vez, la no admisión de censura previa ni impedimento alguno, aunque si responsabilidad de ley, lo cierto es que, obligaba lo preceptuado constitucionalmente, a repensar en lo que respecta al fundamento con carácter absoluto de ambas libertades, sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza de la intimidad o vida privada, que, con su sola puesta de manifiesto ya se está violentando, lo que no sucede con la honra o la buena reputación, que si admite una rectificación o aclaración de parte del supuesto ofensor.

La posterior reforma constitucional mediante Ley 26470, eliminó la procedencia de la acción del hábeas data, en el caso del inciso 7 del artículo 2 de la misma ley fundamental. Sin embargo, el punto de discusión sigue vigente, porque el conflicto entre el derecho de la información y el derecho a la vida privada, tendrá que ser visto ahora, bajo el contexto de la acción de amparo. Parecería que la opinión mayoritaria es el confiar en la responsabilidad del medio de comunicación. Como manifiesta Morales Godo es preferible el ejercicio de la libertad responsable, porque establecer mecanismos para controlar la información pudiera implicar censura previa y un pretexto por el cual se restrinja la libertad de expresión que es garantía de una sociedad democrática²⁹.

No obstante sobre éste último punto no todo está dicho. Por una parte hay que distinguir las libertades de expresión en sentido estricto como comunicación de opiniones, y derecho de la información que en su versión o aspecto activo, es la comunicación de informaciones o noticias. Por otra parte, hay que observar qué derechos pueden ser violentados por uno u otro derecho de los anteriormente señalados. Si bien es cierto, hay que considerar a la libertad de expresión en los términos señalados, con aquel mandamiento de no censura previa y si responsabilidad ulterior, no podemos decir lo mismo con respecto al derecho de la información (por lo menos no en una interpretación estricta), donde si debemos considerar mecanismos que, sin constituir censura previa ni impedimento a dicha función, si salvaguarden preventiva-

²⁹ Morales Godo, Juan: Ob. Cit., p. 249.

mente derechos de la persona como el derecho a la vida privada, que, por su naturaleza, basta la sólo exposición de los hechos correspondientes a la esfera reservada de la persona, para que sea violentado. Hay que recordar que sólo el ejercicio incorrecto del derecho de la información o libertad de información puede violentar el derecho a la vida privada, pero no la expresión o comunicación de opiniones. Una opinión podrá afectar la honra o reputación, pero nunca la intimidad o vida privada.

La solución pasa por aclarar los derechos que están en juego en el conflicto. Por ejemplo, César Landa señala que frente a la modificación constitucional producida por la Ley N°26470, el derecho a la intimidad enunciado en el inciso 7 del artículo 2, no queda en indefensión, sino que, a nivel de su protección constitucional cabe plantear residualmente una acción de amparo. Hasta aquí se puede coincidir totalmente. Pero, más adelante continuando el párrafo añade algo que evidencia su confusión sobre la especificidad del derecho a la vida privada: «Dejando a salvo el ejercicio de las acciones judiciales ordinarias del presunto afectado, a fin de que el juez determine las responsabilidades civiles de ley; más aún, el agravio o la afectación mencionada podría tornarse en un supuesto de responsabilidad penal contra el autor y/o responsables de la información del medio de comunicación, si se determinase judicialmente que hubo difamación o injuria grave, mediante la difusión de la información denunciada». Como se puede ver el autor citado confunde, en definitiva, los derechos al honor y buena reputación con el derecho a la vida privada, que no admiten igual tratamiento en caso de ser afectados. De allí, que Landa concluya con lo siguiente: «...si la Constitución ofrece el derecho de rectificación y en todo caso la responsabilidad penal por los delitos de prensa, es lógico entender que para la libertad de información no existe ningún tipo de limitación o censura previa, sino responsabilidad posterior, en caso que el ejercicio de esa libertad vulnere derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, entender que antes el hábeas data o ahora la acción de amparo protege el derecho de rectificación, incluso de manera preventiva según se desprendería del art. 200-4(sic) de la Constitución, significaría consagrar virtualmente en la Constitución de 1993, la posibilidad de impedimento o censura previa de la libertad de expresión, situación que se encuentra expresamente prohibida en el art. 2-4 de la propia Constitución».³⁰ No entendemos entonces, la opinión manifestada por este

³⁰ Landa Arroyo, César: "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano", en: *Pensamiento Constitucional. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima 1995, pp.108-109.

autor al comienzo de este punto, cuando señala que el derecho a la intimidad no ha quedado en indefensión, por existir la acción de amparo, cuando, luego nos dice que preventivamente no cabe accionar frente a la libertad de información.

Hay que concluir que existe una indefensión del derecho a la vida privada en cuanto a no poder ser preventivamente protegida, en relación a un ejercicio incorrecto del derecho de la información. No se puede reposar todo en tanto la responsabilidad del que emite la información. Hay un desfase entre la responsabilidad ulterior que invoca la Constitución para las libertades de expresión y otras, y la prevención que se debe tener para el derecho a la vida privada, que por su naturaleza, merece una protección especial.

5.4.- Ley del hábeas data

Mediante la Ley 26391, promulgada el 2 de mayo de 1994, se regula la aplicación del hábeas data y la acción de cumplimiento. Como comentario general, se puede decir, que no aporta nada sustancial a lo ya establecido en la Constitución, precisamente por aquella limitación de no transgredir lo que constitucionalmente se señala.

Entre los puntos a resaltar se encuentra el primer artículo, el cual se refiere a la competencia en la acción de hábeas data. Así señala que esta acción de garantía se tramitará, ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil de turno del lugar en donde tiene su domicilio el demandante, o donde se encuentran ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos o similares, o en el que corresponda al domicilio del demandado, sea ésta persona natural o jurídica, pública o privada, a elección del demandante.

Si la afectación de derechos se origina en archivos judiciales, sean jurisdiccionales, funcionales o administrativos, cualquiera sea la forma o medio en que éstos estén almacenados, guardados o contenidos, conocerá de la demanda la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que encargará a un Juez de Primera Instancia en lo Civil su trámite. El fallo en primera instancia, en este caso, será pronunciado por la Sala Civil que conoce de la demanda. Este primer precepto regirá para los archivos funcionales o administrativos del Ministerio Público.

A su vez, se señala la remisión a las leyes que regulan la acción de amparo como aplicación supletoria del hábeas data. El art. 3 de esta ley dice: «Para la tramitación y conocimiento de la garantía constitucional de la acción de Hábeas Data serán de aplicación, en forma supletoria, las disposiciones pertinentes de la Ley 23506, 25011, 25315, 25398 y el Decreto Ley N°25433, en todo cuanto se refiera a la acción de Amparo, con excepción de lo dispuesto en el artículo 11° de la Ley N°23506».

Por otro lado, lo señalado en el art. 2 de la ley en cuanto al ejercicio del hábeas data, para rectificar noticias inexactas, no tiene mayor vigencia, luego de la modificación constitucional.

En el art. 5 se señala el agotamiento de vías previas, para la procedencia de la acción del hábeas data. En el inciso a) se indica que constituye vía previa, en el caso de la acción de hábeas data basada en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución, el requerimiento por conducto notarial con una antelación no menor a quince días calendario, con las excepciones previstas en la propia Constitución y en la ley. En el caso del inciso 7 del artículo 2 de la Constitución, el señalamiento de vía previa, consideraba el requerimiento por conducto notarial, con una antelación no menor de cinco días calendario, de la publicación de la correspondiente rectificación, aspecto que ha sido dejado de lado también por la modificatoria constitucional.

La ley en referencia puede ser comentada más por sus omisiones que por lo que incorpora y aclara. Así se puede deducir del comentario de Yuri Vega Mcre cuando señala; entre otros puntos omitidos, que la ley no consagra el derecho de acceso a bancos de datos, para saber si existe información que atañe a la intimidad de la persona. No se prevé tampoco la facultad de modificar los datos inexactos en los archivos electrónicos. Silencia además la oposición a la acumulación y procesamiento de datos considerados «sensibles». Tampoco existe la incorporación del principio denominado de la pertinencia, vale decir, la obligación a cargo de los titulares de los bancos, de almacenar datos para fines determinados y legítimos, así como emplearlos para la finalidad para la cual fueron registrados. A su vez, no existe la consideración de los mismos titulares, de conservarlos de manera que faciliten su identificación y por un período que no vaya más allá de lo necesario. No existe la posibilidad de la supresión de información que ataque la intimidad, como si era considerada en la versión proyectada del inciso 6 del artículo 2. Otra carencia importante es la previsión de la obligación de declarar la organización de bancos para individualizar al responsable del mismo, y tampoco

la previsión de una institución que registre los bancos de datos e intervenga en caso de la amenaza a los derechos de la persona³¹.

5.5.- Primeros casos de hábeas data

5.5.1.-La primera acción de hábeas data es interpuesta por Vladimir Paz de la Barra, exponiendo que, en el programa de televisión "La Revista Dominical" del 30 de enero de 1994, dirigido por el periodista Nicolás Lucar de la Portilla, se propaló un reportaje efectuado por la periodista Roxana Cueva Mejía, denominado "El cuento de los bonos", en el cual, Paz de la Barra se consideraba agraviado en su honor y reputación así como en su imagen, al atribuirse haber asesorado a Carlos Manrique Carreño, en la compra de bonos alemanes "Young", en perjuicio de los ahorristas de Clac, diciéndose que los asesores del mencionado personaje eran de dudosa reputación. Por ello, Paz de la Barra solicita se ordene que se rectifique la información mencionada y que los periodistas nombrados se abstengan de relacionarlo con la compra de los bonos y de vincularlo a Clac.

La jueza en competencia, Arminda López Pizarro, en Resolución N° 01-94 del 7 de febrero de 1994, declaró inadmisibile la acción de hábeas data interpuesta, al considerar que la vía procesal utilizada por el accionante - vía penal - no era la correcta, sino la vía civil, haciendo un simil con la acción de amparo.

Paz de la Barra apelaría dicho fallo y, la Sala Penal Superior de Lima en Resolución del 28 de febrero de 1994, confirmaría por mayoría la inadmisibilidad de la acción de hábeas data, en atención a que no se aprecia que el accionante ejerció su derecho de rectificación, considerando la Sala que la acción de hábeas data aparece como un procedimiento de operatividad posterior al derecho de rectificación, utilizable cuando éste último ha sido rechazado o desconocido.

La Corte Suprema finalmente, en resolución dictada el 28 de marzo de 1994, declararon nula la resolución de segunda ins-

³¹ Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., p. 195.

tancia e insubsistente la apelada, disponiendo que la demanda se remita al Juez especializado en lo Civil de turno para que proceda con arreglo a ley. Entre sus considerandos señalan que la vía en la que debe tramitarse la acción de hábeas data es la correspondiente a la acción de amparo.

Lo que hay que resaltar, específicamente en la resolución de segunda instancia es la consideración de que el ejercicio del derecho de rectificación y su desconocimiento o rechazo, es indispensable - dentro de su lógica - para proceder la acción de hábeas data. Esto desvirtuaba - como ha señalado Morales Godo - la eficacia de la acción misma, por lo que se propone que no fuera indispensable el ejercicio y el posterior desconocimiento o rechazo del derecho de rectificación.

Relacionado con lo anterior son las interesantes interrogantes que plantea Morales Godo, antes de la reforma constitucional, que eliminó de la esfera de protección del hábeas data el inciso 7 del artículo 2: ¿qué hacer cuando la persona sabía que a través de algún medio de comunicación iban a informar ciertos hechos que dañan su honor o su vida privada, y más concretamente cuando la información contenía “datos sensibles”? En estos casos ¿debíamos esperar que se ocasione el daño para luego solicitar la rectificación o denunciar penalmente o denunciar civilmente? ¿No perdería su eficacia como garantía constitucional el Hábeas Data si no lo usamos preventivamente, para impedir que se divulguen masivamente informaciones con alto contenido de “datos sensibles”? ¿Acaso no era útil cuando un medio de comunicación masiva atacaba los derechos de la personalidad señalados en el inciso 7 del art.2 de la Constitución y amenazaba con continuar haciéndolo en el siguiente número o programa, para impedir el atropello? ¿Existirán casos flagrantes en los que se ataque la vida privada de las personas exponiendo “datos sensibles” y excepcionalmente se admita el carácter inhibitorio de la acción de Hábeas Data?.

Frente a estas interrogantes, el mismo Morales Godo responde: “Nuestro punto de vista es el de distinguir el derecho a la vida privada y a la imagen, de los demás derechos de la personalidad, y específicamente del derecho al honor. Sostenemos que tratándose del derecho a la vida privada es posible solicitar, vía medi-

da cautelar innovativa, el impedimento de la divulgación de un hecho correspondiente a dicho ámbito. Como lo hemos sostenido, no debe considerarse con ello que se está violando el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución en lo que se refiere a que ninguna autoridad puede establecer censura previa, porque en esos casos ya hay una intrusión en la vida privada de la persona y lo que se pretende es evitar que continúe con dicha intromisión y divulgación de tales hechos. Con los demás derechos no es posible actuar preventivamente, porque puede considerarse como censura, lo que no está permitido constitucionalmente”³²

Creemos que las reflexiones anteriores son totalmente válidas, mas cuando la acción de amparo si está vigente para los casos de violentación del derecho a la vida privada.

6.- REFLEXIONES FINALES

El derecho de la información, considerado no sólo como el derecho de dar información, sino también como el derecho de recibirla; adquiere nuevas dimensiones con la informática. La información ha atravesado por varias etapas hasta arribar a aquella en la que los medios de comunicación masivos tienen un primer lugar en importancia. Los ordenadores y el uso de internet, le asignan al derecho de la información la posibilidad de una concreción más democrática que los convencionales medios de comunicación. Las dos vertientes del derecho de la información alcanzan una relación más estrecha y simultaneidad en la llamada “autopista de la información”, teniendo aún muchas aptitudes no desarrolladas en su totalidad.

Por otra parte, el derecho a la vida privada ha sido también trastocado por la informática. Al aspecto clásico de este derecho, como la no injerencia de terceros a ese espacio de reserva del individuo, se le ha adicionado otro aspecto novedoso, como es el del control ejercido por el ser humano sobre los datos que sobre él, tuvieren terceros en los llamados “bancos de datos”. El derecho a la vida privada tendrá que ser observado en adelante en aquellos dos aspectos que lo integran.

³² Morales Godo, Juan: Ob. Cit. , pp.255-256.

El denominado “poder informático”, como aquel poder nuevo en la sociedad, consistente en la acumulación de información, conlleva una problemática inédita hasta la aparición de la informática. La acumulación de información sobre distintos aspectos de la persona genera el peligro de afectar su derecho a la vida privada. De esta preocupación, nace la garantía constitucional conocida como hábeas data.

En nuestro país, con la Constitución de 1993, se incorpora como garantía constitucional el hábeas data, pero no de acuerdo a lo que hasta entonces se conocía en el derecho comparado sino, con un contenido *sui generis*. Esto trajo como consecuencia una discusión por momentos agria, en la que los medios de comunicación presionaron para su modificación, lográndolo al final de cuentas.

Sin embargo, el hábeas data configurado, tiene muchas imperfecciones que será necesario rectificar no sólo constitucionalmente sino en la propia ley especial, como se ha dejado manifestado en el texto anterior.