

INFORMATICA, INTIMIDAD Y PROTECCION DE BASES DE DATOS

Autor: Manuel Iván Miranda Alcántara. Egresado de Maestría en Derecho de la Empresa PUCP y profesor de los cursos Derecho empresarial y comercial Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Juez especializado en lo civil de Lima.

A los tiempos actuales se le ha llamado la sociedad de la información por el vertiginoso desarrollo científico y tecnológico que implica el avance de la informática en las diversas esferas del quehacer político, económico y social a escala mundial y es entendida como la disciplina o actividad que consiste en el tratamiento o procesamiento de la información por medio de máquinas ordenadoras electrónicas tendientes a la obtención de nueva información; cuyo uso inadecuado y sin control puede volverse en contra del mismo hombre creador de la tecnología, invadiendo las esferas más íntimas de su vida privada.

Los usos y costumbres sociales se han visto afectados por este desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la información originándose situaciones de hecho y jurídicas nuevas que la legislación no ha previsto; estando a que la información en esta nueva sociedad y economía informática cumple un papel fundamental en tanto el ciudadano, la empresa privada o entidad pública que no obtenga la información necesaria para desarrollarse en sus actividades sociales y económicas o para realizar sus funciones no podrá acondicionarse a la nueva sociedad y economía de la información; no podrá participar de las ventajas y oportunidades que brinda el estar oportunamente informados; desmejorando su calidad de vida o su función.

DERECHO A LA INFORMACION:

Este derecho a la información se encuentra consagrado constitucionalmente en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución que señala que toda persona tiene derecho a la libertad de información, opinión y libre difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

El derecho a la libertad de información previsto como derecho fundamental en la constitución como en los Tratados internacionales de derechos humanos, como son el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos se considera que tiene dos aspectos claros: la libertad de informar y la de ser informado y se vulnera este derecho tanto cuando se impide que una persona transmita información así como también cuando se le impide que obtenga información; que es justamente de aplicación para el internet, dado que en este medio de comunicación se tiene recíprocamente un emisor o trasmisente de mensajes y un receptor de los mensajes y a la inversa; considerándose que la persona que transmite el mensaje no puede ser impedida; en tanto se rige por el principio de la no censura previa y el receptor tiene derecho a obtener el mensaje.

En todo caso si los mensajes o el uso del sistema de internet atentara o vulnerará derechos de las personas como su intimidad personal o familiar, su honor, buena reputación, imagen debe estar sujeto a responsabilidad ulterior tal como lo dispone el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución; que puede ser de carácter civil o penal conforme al análisis del Código Civil o penal.

Sin embargo este derecho a la libertad de información, específicamente en el aspecto referido a obtener información, no es absoluto al permitirse excepciones que resultan del mismo texto constitucional en su inciso 5 del artículo 2 que establece que el derecho a solicitar información tiene como límite las informaciones referidas a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley, como son el secreto bancario y la reserva tributaria, ambas reguladas por la Ley General de Instituciones Bancarias y el Código Tributario respectivamente; y por razones de seguridad nacional

El derecho a la información que implica la libertad de informar y el de acceder a información se entiende como las facultad de las personas de transmitir conocimientos y de obtenerlos constituye una

especie del género del derecho a la libertad de expresión por el cual se manifiestan o difunden ideas, opiniones, comunicaciones, textos, conocimientos en cualquiera de las modalidades: escrita, oral o imagen a través de cualquier medio de comunicación; que incluye el internet que es un mecanismo electrónico de transmisión de datos a través de la red de computadoras, como medio de comunicación universalmente reconocido; de tal forma que el derecho a la libertad de información es considerada como una valiosa garantía constitucional; sin embargo no es un derecho absoluto como la mayoría de las constituciones del mundo lo consideran; al deberse respetar aspectos morales y normas de orden público en protección de otros derechos de las personas también importantes, como la intimidad.

El derecho a la información entonces conlleva la posibilidad de toda persona de expresar sus ideas, opiniones, conocimientos; así como el derecho de recibir información de otras personas y a su vez de reunir la información; por lo que comúnmente ha sido confundido con el derecho a la libertad de expresión; por ello la información tiene dos vertientes o dos aspectos distinguibles: por un lado, el brindar información, que cuando es exteriorizada se manifiesta como libertad de expresión y la otra vertiente es la recibir información que se configura como un derecho vital para el desarrollo de los seres humanos; en tanto es un requisito para lograr el libre desenvolvimiento de la personalidad; porque no existe persona que se pueda desarrollar sino está bien y oportunamente informado, que justamente es una posibilidad que da el acceso a internet.

Los adelantos tecnológicos han conllevado a que el hombre pueda ampliar sus conocimientos; dado los medios de comunicación masiva como periódicos, revistas, televisión y fundamentalmente la informática a través de la internet; en donde los medios de comunicación anteriormente mencionados ya están utilizando la red de internet para su difusión o transmitir su señal; y eso no es todo, porque las computadoras no sólo reciben, almacenan y transmiten información dado que por su tratamiento o sistematización también producen nueva información.

Con el desarrollo de la informática y de las computadoras se produce la automatización y liberación de la información, sobrepasando la imaginación del ser humano; en tanto la computadora recibe, transmite y produce información y porque no se requiere de soporte material que contenga la información, la que puede permanecer en la memoria de la computadora y ser transmitida inmaterialmente; generando una revolución cultural que unifica a la humanidad a través de la circulación de la información; que beneficia a quienes dominan la técnica de la informática que los haga poseer la información y acceder a los bancos de datos; en tanto las personas a lo largo de su vida va generando información o datos, como consumos en tiendas o restaurantes utilizando tarjetas de crédito, viajes al exterior, registro en hoteles, créditos bancarios, movimientos de cuentas, inscripción en asociaciones, pertenencia a centros laborales, etc; los que si son recopilados pueden vislumbrar un perfil de comportamiento de cualquier individuo, interfiriéndose en la vida privada o distorsionándose la personalidad de los individuos.

DERECHO A LA INTIMIDAD

En este desarrollo vertiginoso de la tecnología e informática que implica la posibilidad de obtener información así como de difundirla también se advierte el peligro de ciertos aspectos existenciales o de la personalidad humana generados por el avance de la tecnología de la información como es la vida privada; dado que cuando los actos del ser humano, sus convicciones, opiniones, creencias son captados, almacenados y ordenados mediante las computadoras u ordenadores, la libertad de los seres humanos disminuye al ser capturado como un elemento más de la sociedad de la información; haciéndolo carecer de individualidad e identidad personal; de allí la necesidad de contar derecho de la Tecnologías de la Informática en Comunicaciones que regule la libertad de información como factor indispensable para el desarrollo del individuo y la sociedad y que manifieste sus límites para defender los márgenes de privacidad necesarios para el normal desarrollo de la personalidad humana.

Esta situación ha generado el surgimiento de un nuevo derecho a la libertad informática que implica tanto el derecho del individuo a negarse a brindar información sobre si mismo y el derecho a pretender información información concernida a su persona o personalidad; en suma controlar la identidad personal informática a través del consentimiento para preservar, acceder, o rectificar datos informativos referidos a la vida privada de las persona.

En ésta perspectiva de la libertad informática, el derecho a la intimidad cobra una dimensión mayor al buscar garantizar la intrusión no consentida sobre aspectos de la vida que uno reserva para sí y la información sobre la misma y que además debe proteger el desarrollo de la libertad personal.

La regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en sí conlleva a la necesidad de reflexionar sobre la función del derecho para proteger la intimidad o vida privada así como la identidad de las personas, como garantía de un desarrollo libre y digno de la personalidad; estando al conflicto permanente entre el derecho a la información en su aspecto de libertad de información y el derecho a la vida privada o intimidad, último derecho que con el desarrollo de la informática se ha considerado que su protección se constituye como garantía de la libertad personal, al entenderse tanto como la no intrusión o no divulgación de aspecto referidos a nuestra esfera personal o familiar así como el derecho a obtener, modificar o rectificar información referida a nuestras personas; para poder tomar las decisiones más importantes para nuestra existencia y tener una vida tranquila sin trastornos de la personalidad o de la identidad.

Ocurre que las personas en su vida cotidiana generan diferentes datos o información como sus viajes al interior o exterior, el uso de la tarjeta de crédito, movimientos de cuentas bancarias, Declaraciones Juradas ante instituciones públicas, solicitudes de ingreso o de trabajo ante instituciones públicas o privadas, los que ordenados y sistematizados por la computadora permiten obtener un perfil de comportamiento de la persona que vulnera la intimidad y la libertad de los individuos.

El derecho a la intimidad se constituye en una garantía de la libertad personal, dado que si la información personal o familiar es distorsionada, se divulga sin responsabilidad o se produce una intromisión no consentida se produce un recorte o captura de la libertad, ya que tales actos no permiten que las personas adopten las decisiones de su existencia en forma libre y autónoma, sin estar afectado por la vulneración de su intimidad.

Este derecho ha venido desarrollándose de tal forma que en nuestros días se perfila con una nueva concepción que afirma a la privacidad como presupuesto para el ejercicio de otros derechos también fundamentales como la libertad de pensamiento, libertad de culto y un conjunto de derechos sociales como salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa y aspectos sociales y económicos; lo que hace ver el cambio del concepto de la intimidad con el desarrollo tecnológico de los sistemas informáticos; ya que anteriormente se definía como el derecho a ser dejado a solas o a la no intromisión en los personales o familiares de un individuo sin su autorización; ahora se concibe como el derecho del individuo a decidir si desea compartir sus pensamientos, sentimientos y los hechos de su vida personal o familiar por el acceso no autorizado a bases de datos que contengan información reservada.

De esta forma se pueden considerar hasta cuatro aspectos que abarcan la protección del derecho de la intimidad frente al desarrollo de la informática:

- a) **Apropiación del nombre o imagen de una persona en provecho propio:** Las bases de datos pueden contener un retrato o fotografía de las personas; que utilizada sin autorización puede implicar una falsa percepción por la imagen proyectada sobre ella.
- b) **Intrusión en la intimidad o en los asuntos privados de una persona:** Se refiere a toda forma de recolección de datos que implicará una indagación precisa y ofensiva de los aspectos personales y familiares de una persona.
- c) **Revelación Pública de la información privada:** El desarrollo de los registros informáticos y las bases de datos con la creación de redes nacionales e internacionales de transmisión de datos constituye una amenaza a que la información privada se filtre y sea conocida por el público
- d) **Publicidad que genera una falsa percepción del público:** Se presenta en los casos en que una persona se considera ofendida por haberse difundido información errónea sobre ella; cuando la información difundida sea correcta pero ha sido utilizada fuera del contexto adecuado ocasionando una falsa percepción y que la información se a inexacta por su antigüedad sin haber sido actualizada o rectificada.

En este contexto el derecho a la intimidad se constituye por aquellos comportamientos, datos y situaciones que usualmente están fuera del conocimiento de extraños y si personas ajenas tienen

acceso pueden turbar moral o emocionalmente a una persona; salvo que preste su autorización o por razones prevalecientes de interés público.

El derecho a la información asimismo se constituye en garantía de una futura decisión libre y certera; lo que conlleva a una persona libre y autónoma, que a su vez se relaciona con la facultad que debe tener la persona sobre los datos generados o proporcionados en su vida privada cotidiana ante personas, instituciones públicas o entidades privadas; con lo cual se concibe la permanente relación y conflicto entre el derecho a la información y la intimidad que exigen una regulación legal para proteger la libertad y la intimidad de las personas.

La regulación del desarrollo de la informática en su relación con la vida privada o intimidad de las personas se centra en el reconocimiento del derecho a la información como derecho fundamento del sistema democrático necesario para el desarrollo individual y de la sociedad y el derecho a la intimidad como derecho base para el libre desarrollo de la personalidad; con lo cual ambos derechos se basan en la libertad y dignidad de los seres humanos; debiéndose buscar el necesario equilibrio que debe existir entre el derecho a la información y la intimidad de las personas; al ser derechos reconocidos constitucionalmente y consagrados por pactos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, suscritos debidamente por el Perú.

ACCION DE HABEAS DATA:

En el esfuerzo de buscar el equilibrio entre el derecho a la información a través de la informática y el derecho a la intimidad de las personas, el ordenamiento constitucional peruano, con la Constitución de 1993, se ha creado la Garantía Constitucional de Habeas Data que protege la libertad de las personas, cuando se vea amenazada o vulnerada por datos o información recogida, almacenada, sistematizada o transmitida por medios informáticos o no, públicos o privados; que en buena cuenta cautela el derecho de las personas a no ser perjudicado por suministrarse información contenida en bases de datos o archivos sin su autorización.

Los objetivos reconocidos a la Acción de Habeas Data es que las personas deben gobernar o dirigir los datos que se recolecten o registren sobre ellas; dado que constituyen una proyección de su personalidad; siendo su objetivo primigenio el de constituir una garantía procesal constitucional de todo sujeto de derecho para conocer los datos o registros que obren en bases de datos, computarizados o no, públicos o privados y con posibilidades de difusión. Adicionalmente se considera la facultad de actualizar, rectificar o suprimir los datos que figuran en las bases de datos, públicas o privadas que estén referidas a información sensible sobre aspectos de la vida privada, el honor y la identidad, como religión, sexualidad o ideas políticas que pueden llevar a la discriminación de las personas. Finalmente también se le concibe el derecho a exigir confidencialidad de las bases de datos para que no divulguen datos referidos a la intimidad, que es el supuesto protegido por la Constitución de 1993 en el artículo 2 inciso 6, que establece que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos no suministren información que afecte su intimidad, además del derecho a solicitar información a las instituciones públicas, previsto en el inciso 5 del artículo 2; pero nos centraremos en el derecho a que los servicios informáticos no suministren información que afecte la intimidad.

La limitación de la libertad informática en relación a la intimidad, previsto en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución se refiere propiamente al control que debe ejercer la persona sobre las bases de datos, públicas o privadas, en que consten bases de datos relativos a su vida privada, con la facultad de impedir que se suministre información que afecte su intimidad personal y familiar; configurándose el habeas data como una garantía constitucional preventiva.

Resulta pertinente precisar que este derecho se debe concordar con la libertad de información, opinión, expresión y libre difusión del pensamiento, mediante la palabra escrita, oral o la imagen por cualquier medio de comunicación social, sin previa censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley, que consagra el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución; lo que significa que para el caso específico de los medios de comunicación social no están sujetos a prevención o impedimento previo para difundir informaciones contenidas en sus bases de datos que afecten la intimidad; de lo contrario conllevaría a censura previa de la libertad de prensa; pero estarán sujetos a

responsabilidad ulterior por los actos realizados, conforme al Código Penal que consagra expresamente el delito de violación de la intimidad así como a la responsabilidad civil prevista en el Código Civil en su libro de responsabilidad extracontractual.

No obstante se requiere de precisiones normativas, sean constitucionales o legales y jurisprudenciales; en tanto el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución se refiere a los servicios informáticos en general, que pueden ser de medios de comunicación social o de personas naturales o jurídicas distintas; adicionalmente porque el artículo 686 del Código Procesal Civil en su parte pertinente de medidas cautelares innovativas establece la protección del derecho a la intimidad, señalando que cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada; con lo cual puede implicar eventualmente que se dicte una medida cautelar en protección de la intimidad en forma anterior a su difusión cuando el afectado haya tenido conocimiento de la propalación de información o datos referidos a su vida personal o familiar sin su autorización, cuando el Código procesal civil señala la procedencia del reconocimiento del derecho a la intimidad.

Existen posiciones que plantean la reflexión sobre la libertad de información en tanto no es un derecho absoluto al admitir limitaciones frente al derecho a la intimidad, como derechos permanentemente en conflicto, que implicaría la posibilidad de su protección del derecho a la intimidad en forma preventiva, dado que el derecho a la información y a la vida privada son derechos fundamentales de igual rango o consagración constitucional, cuya vigencia es necesaria para una sociedad democrática, que no pueden ser protegidos debidamente si las vulneraciones o agresiones no pueden prevenirse, máxime si cuando se vulnera la intimidad no existe la eximente de verdad o exceptio veritatis como ocurre con la vulneración del derecho al honor ; salvo que se tenga razones justificantes de interés general o público que manifiesten la necesidad de divulgación de aspectos personales o familiares de una persona.

De esta forma, según la posición expuesta, cuando el Código procesal civil admite las medidas cautelares innovativas para el reconocimiento del derecho a la vida privada no constituye una censura previa sino una limitación al derecho a la información porque cuando se produce la divulgación de los datos implica una intromisión anterior a la vida privada o intimidad sin autorización de la persona afectada.

No obstante la posición predominante en materia de derecho constitucional comparado es confiar en la responsabilidad de los medios de comunicación social, que incluye el internet, para que ejerzan la libertad de expresión y de información en forma responsable dado que las limitaciones que pudiera establecer la regulación a la libertad de información pudiera implicar una forma de censura previa y restricciones a la libertad de expresión que en los tiempos actuales es de suma importancia e imprescindible vigencia para contar con una sociedad y estado democráticos; lo que implica una mayor apuesta por la autorregulación, dado que la sociedad de la información requiere de usuarios libres para desarrollarse en todos los ámbitos que le permite la red; debiendo considerar el respeto a los otros derechos fundamentales de las personas como la intimidad.

Tal vez sea esta situación, la que ha ocasionado que en nuestro país no se haya desarrollado una regulación que cautele tanto la libertad informática como el derecho a la intimidad, como ha sucedido en otros países, como la Ley de Protección de Datos española; encontrando que se trata de un tema controvertido y de permanente discusión.

Protección de Base de Datos :

En la protección de datos se parte de la base de lo que se protege es la persona, auténtico titular de los datos, sobre el que el titular tiene derecho a ejercer un control y poder decidir cuándo, dónde, cómo y por quién es tratado, en lo que se ha dado en llamar derecho a la autodeterminación informativa (Miguel Ángel Davara).

La protección de datos de carácter personal comienza en Europa en el año 1970 en el Land de Hesse de la República Federal Alemana (Datenschutz de 7 de octubre de 1970) cuya ley fue modificada el 31 de enero de 1978 y después el 6 de noviembre de 1986.

Posteriormente fueron apareciendo leyes sucesivas en la mayoría de los países europeos, las cuales podemos considerarlas divididas en tres generaciones que responden a tres parámetros diferenciadores:

1. Evolución de los propios derechos fundamentales de las personas, que trataba de establecer unos límites a la utilización de la informática
2. Innovaciones tecnológicas, que trataba de asegurar la calidad de los datos
3. Adaptación de las leyes de protección de datos a la nueva situación creada, defendiendo la autodeterminación informativa y la libertad informática

En España, el origen de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, LORTAD, lo encontramos en la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, habiendo tenido una importancia decisiva para su desarrollo y aprobación el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el Acuerdo de Schengen relativo a la suspensión gradual de los controles en las fronteras comunes de 14 de junio de 1985 y el Proyecto de Directiva de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (hoy Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas física en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Para el profesor Dr. Don Miguel Ángel Davara Rodríguez: Este tiempo sin desarrollar la Ley de protección de datos y las débiles argumentaciones que obstaculizaron iniciativas parlamentarias tendentes a su promulgación hacían pensar que tanto el mandato constitucional como la firma y ratificación del Convenio del Consejo de Europa, suponían para nuestros representantes sólo una formal declaración de voluntad sin que existiera intención de llevarla a la práctica. Por lo que la aprobación de la Ley, para este autor, ha sido posiblemente más por la presión europea, con los Acuerdos de Schengen suscritos por España, que preveía la suspensión de los controles personales en las fronteras y que exigen una Ley nacional sobre protección de datos, o acaso por lo dispuesto en la propuesta modificada de Directiva del Consejo de Europa relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales.

Posteriormente lo que se inició como una modificación parcial de la LORTAD, cuyo fin era el cumplimiento comunitario de total transposición de la Directiva 95/46/CE, ha terminado con la aprobación de una nueva Ley, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LOPD.

Finalmente el T.C., en su sentencia 292 / 2000, de 30 de Noviembre de 2000, ha reconocido la existencia de un nuevo derecho fundamental: **el derecho a la protección de datos, que es distinto del derecho a la intimidad.**

Este derecho lo define como el poder de control de la persona sobre sus datos personales, sobre su uso y destino. Es un poder de disposición permanente sobre todos los datos relacionados con la persona, que deben ser protegidos en su ejercicio, de forma que cualquier persona tenga capacidad de control sobre los mismos y sepa, en todo momento, quiénes tienen sus datos, con qué finalidades y pueda negarse a facilitarlos o bien modificarlos, pues de lo contrario, este nuevo derecho quedaría vacío de contenido. **El derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos**, aún siendo distintos tienen una base común: **la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes.**

En la protección de datos se parte de la base de lo que se protege es la persona, auténtico titular de los datos, sobre el que el titular tiene derecho a ejercer un control y poder decidir cuándo, dónde, cómo y por quién es tratado, en lo que se ha dado en llamar **derecho a la autodeterminación informativa** (Miguel Ángel Davara).

La protección de datos de carácter personal comienza en Europa en el año 1970 en el Land de Hesse de la República Federal Alemana (Datenschutz de 7 de octubre de 1970) cuya ley fue modificada el 31 de enero de 1978 y después el 6 de noviembre de 1986.

Posteriormente fueron apareciendo leyes sucesivas en la mayoría de los países europeos, las cuales podemos considerarlas divididas en tres generaciones que responden a tres parámetros diferenciadores:

4. Evolución de los propios derechos fundamentales de las personas, que trataba de establecer unos límites a la utilización de la informática
5. Innovaciones tecnológicas, que trataba de asegurar la calidad de los datos
6. Adaptación de las leyes de protección de datos a la nueva situación creada, defendiendo la autodeterminación informativa y la libertad informática

En España, el origen de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, LORTAD, lo encontramos en la Constitución española de 6 de diciembre de 1978, habiendo tenido una importancia decisiva para su desarrollo y aprobación el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el Acuerdo de Schengen relativo a la suspensión gradual de los controles en las fronteras comunes de 14 de junio de 1985 y el Proyecto de Directiva de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (hoy Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas física en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Para el profesor Dr. Don Miguel Ángel Davara Rodríguez: Este tiempo sin desarrollar la Ley de protección de datos y las débiles argumentaciones que obstaculizaron iniciativas parlamentarias tendentes a su promulgación hacían pensar que tanto el mandato constitucional como la firma y ratificación del Convenio del Consejo de Europa, suponían para nuestros representantes sólo una formal declaración de voluntad sin que existiera intención de llevarla a la práctica. Por lo que la aprobación de la Ley, para este autor, ha sido posiblemente más por la presión europea, con los Acuerdos de Schengen suscritos por España, que preveía la suspensión de los controles personales en las fronteras y que exigen una Ley nacional sobre protección de datos, o acaso por lo dispuesto en la propuesta modificada de Directiva del Consejo de Europa relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales.

Posteriormente lo que se inició como una modificación parcial de la LORTAD, cuyo fin era el cumplimiento comunitario de total transposición de la Directiva 95/46/CE, ha terminado con la aprobación de una nueva Ley, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LOPD.

Finalmente el T.C., en su sentencia 292 / 2000, de 30 de Noviembre de 2000, ha reconocido la existencia de un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos, que es distinto del derecho a la intimidad.

Este derecho lo define como el poder de control de la persona sobre sus datos personales, sobre su uso y destino. Es un poder de disposición permanente sobre todos los datos relacionados con la persona, que deben ser protegidos en su ejercicio, de forma que cualquier persona tenga capacidad de control sobre los mismos y sepa, en todo momento, quiénes tienen sus datos, con qué finalidades y pueda negarse a facilitarlos o bien modificarlos, pues de lo contrario, este nuevo derecho quedaría vacío de contenido. El derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos, aún siendo distintos tienen una base común: la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes.

El Estatuto español de los Trabajadores regula la intimidad de los mismos en su puesto de trabajo.

El tema referente a la intimidad de los trabajadores en su puesto de trabajo en lo referente al contenido del ordenador que manejan, ha sido resuelto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el Rollo de Suplicación 2207/99.

Los hechos consistieron en lo siguiente: Un trabajador, del que la empresa sospechaba se dedicaba en su tiempo de trabajo a hacer un uso personal del ordenador, vio como la empresa obtenía copia de dos directorios de su ordenador: uno Denominado Mis Documentos y el otro denominado Pepote.

La copia de los directorios se realizó en presencia del Comité de Empresa y en ausencia del trabajador. La causa legal que la empresa alegó fue la contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, rubricado como «Inviolabilidad de la Persona del trabajador, y con el siguiente contenido:

«Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Interesa resaltar de este texto legal que los registros se podrán realizar «cuando sean necesarios para la protección empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa». Esta limitación implica que no pueden realizarse registros en otros casos

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía considera que al amparo de dicho artículo puede procederse a la inspección del contenido del ordenador utilizado por el trabajador, pero entendió infringido dicho artículo por cuanto que no se producía ninguna de las situaciones de protección de la empresa o de los demás trabajadores y condenó a la empresa a satisfacer 50.000 pesetas a su empleado en concepto de indemnización por la transgresión de sus derechos.

Los derechos nunca son absolutos y los límites al derecho de la intimidad y de la inviolabilidad de las comunicaciones ya se hallan definidas en el citado artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

Es por ello que es relevante traer a colación lo ocurrido en el caso Deutsche Bank:

Un trabajador que representaba un gran pasivo laboral en dicha entidad financiera (30 años de antigüedad) se dedicó a enviar correos electrónicos desde su puesto de trabajo y en horario laboral. El trabajador reconoció que había enviado alrededor de 140 mensajes.

Dada la confesión por parte del empleado, el Tribunal Superior de Cataluña no entró en consideraciones sobre cuál de los derechos, si el de la empresa sobre los medios de producción o el del trabajador a su intimidad, era más susceptible de defensa.

El Derecho español tiene consagrado a nivel constitucional el derecho a la intimidad, sin que exista un equivalente de igual rango en lo que respecta al derecho sobre los medios de producción. Además del derecho fundamental, el artículo 197.1 del Código penal español estipula lo siguiente:

«El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.»

En el caso Deutsche Bank, tras el despido, el empleado se querelló contra los directivos del Banco que habían intervenido su correspondencia electrónica en virtud del delito de revelación de secretos contenido en el artículo mencionado del Código penal, hallándose subjujice el procedimiento.

La Protección de Datos surge de la confrontación de dos realidades: por una lado, es necesaria la utilización de los sistemas de información para poder dar tratamiento al gran volumen de datos que se manejan en todas las actividades pero, al mismo tiempo, existe el derecho del titular del dato a ejercer un control y poder decidir cuándo, dónde, cómo y por quién es tratado.

La protección se realiza sobre el dato, para que éste no pueda ser tratado o elaborado, y convertido en información, nada más que para aquellos fines y por aquellas personas autorizadas a ello. Esta necesaria protección es un límite a la utilización de la informática ante el temor de que pueda agredir a la intimidad de los ciudadanos, personal o familiarmente, y que pueda coartar el ejercicio de sus derechos.

Como vemos, en un primer aspecto, el derecho a proteger es el de la intimidad. Pero la "protección de datos", trata de proteger a su vez algo con mayor profundidad que, en los ordenamientos de ámbito anglosajón, se ha dado en llamar "privacy" y que nosotros hemos castellanizado como "privacidad", refiriéndonos a aquellos aspectos que pueden analizarse a partir de los datos de una persona que, individualmente, no tienen mayor trascendencia pero que, al unirlos con otros, pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna, en su "ámbito de privacidad". Por ello, entre los datos personales debemos encuadrar aquéllos que, unidos al individuo, se pueden considerar como características que definen a la persona y a su entorno.

Toda persona o institución que tenga, mantenga, utilice o trate ficheros de carácter personal, se encuentra sometida a esta normativa conocida como "protección de datos" que, con calidad de derecho fundamental, defiende la llamada "privacidad" de los ciudadanos, con un órgano público de control del cumplimiento de la ley (la Agencia Estatal de Protección de Datos) que tiene potestad para imponer sanciones.

Queremos, por último, mencionar las tres fases en las que siempre se estructura el tratamiento de datos de carácter personal, considerando necesaria su exposición para comprender mejor el contenido expuesto. Los tres momentos o fases son:

- 1. El momento de recabar los datos.***
- 2. El momento del tratamiento de los datos.***
- 3. El momento de la utilización y, en su caso, comunicación a terceros de los resultados del tratamiento.***

Pero la delimitación de este derecho ha adquirido en España un singular trazo. El T.C., en su sentencia 292 / 2000, de 30 de Noviembre de 2000, ha proclamado, la existencia de un nuevo derecho fundamental a la protección de datos, distinto del derecho a la intimidad, definiéndolo como el poder de control de la persona sobre sus datos personales, sobre su uso y destino. Es un poder de disposición permanente sobre esos datos, lo que significa que cualquiera de los derechos de las personas, no sólo los fundamentales, sino todo tipo de derechos, los que tienen que ver con el honor, la ideología o con la intimidad personal y familiar, todos los datos relacionados con las personas deben ser protegidos en su ejercicio.

Concluyentemente cualquier persona debe tener capacidad de control sobre sus datos personales, familiares o laborales, a través de la negativa a facilitarlos o también para modificarlos.

Asimismo, aún reconociéndose que el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos son distintos, tienen una base común: la dignidad de la persona humana

y los derechos inviolables que le son inherentes, debiendo la sociedad, las instituciones, las organizaciones y las personas naturales o jurídicas, salvaguardar tales derechos.