



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Suárez Crothers, Christian

21. INFORMÁTICA, VIDA PRIVADA Y LOS PROYECTOS CHILENOS SOBRE PROTECCIÓN DE
DATOS

Ius et Praxis, vol. 3, núm. 1, 1997

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730127>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

21. INFORMÁTICA, VIDA PRIVADA Y LOS PROYECTOS CHILENOS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

Christian Suárez Crothers (*)

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mucho se ha escrito últimamente acerca del impacto de la informática en las libertades individuales y, especialmente, en la denominada esfera de privacidad de los individuos. Ellas son siempre sensibles al desarrollo tecnológico, como parece evidente, si adoptamos el criterio de Marshall Mc Luhan, según el cual el modo de transmisión de una cultura influye sobre esta cultura y la transforma¹⁴¹. Para el profesor Francis Balle, de otra parte, «los medios de difusión y de comunicación, lejos de ser medios perfectamente neutros, determinan los modos de pensar, de obrar y de sentir de la sociedad.»¹⁴²

En el mismo sentido evidenciamos el temor de Linant de Bellefonds cuando afirma que «...la informática no es una técnica políticamente neutra: la informatización participa de una dinámica propia que favorece el reforzamiento de los centros de poder (instituciones del Estado y grandes empresas) en perjuicio de las libertades individuales.»¹⁴³

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

¹⁴¹ Ver Balle, Francis. *Médias et Sociétés*. Montchrestien, París, 1994, p. 17.

¹⁴² **Op. Cit.** p. 17 (la traducción es nuestra).

¹⁴³ Linant de Bellefonds, *L’Informatique et le Droit. Que Sais-Je?*, Presses Universitaires de France, París, 1981, p. 53.

Francis Balle distingue en la historia de la comunicación posterior a la invención de la imprenta, tres grandes quiebres o rupturas¹⁴⁴. La primera ruptura corresponde a la que denomina como la era de las comunicaciones a distancia. Época que comienza con la invención del telégrafo eléctrico en 1837 y que culmina, pasando por la invención del teléfono, con la aparición de la radio y la televisión transmitidas, ambas, por medio de ondas hertzianas.

Una segunda ruptura, se produce a partir de los años cincuenta con el paso de la electrónica a la microelectrónica, proceso que se produce gracias a los circuitos integrados y, luego, a los microprocesadores. Esta época se caracteriza porque junto al desarrollo de la informática, la instalación de fuentes de cables y de satélites, expande a escala planetaria la presencia de la radio y la televisión.

Pero, finalmente, la ruptura más impresionante en esta historia de las comunicaciones, es la que comienza a producirse entre los años 1985 y 1990, y que es llamada desde 1991-1992, tanto en Japón como en los EE.UU., la «era de la comunicación global». Esta nueva y singular etapa se caracteriza porque es la informática la que «feda» los universos por mucho tiempo separados de lo audiovisual, la teledifusión y las telecomunicaciones.

Pero, ¿En qué sentido la tecnología influye en la esfera de la libertad? A nuestro juicio, desde dos puntos de vista. Primero, desde aquél que Stafford Beer llama de «adaptación» a las nuevas formas de cultura que la tecnología importa¹⁴⁵ y que implica diversas fases, que van desde la comprensión del fenómeno hasta el rediseño de las instituciones¹⁴⁶ y, segundo, desde la generación de nuevas formas de cautelar la libertad, que no son sólo una adaptación al desarrollo tecnológico sino una respuesta directa del Derecho de la libertad ante la nueva tecnología.

Sin embargo, es un error pensar que las nuevas tecnologías y especialmente las tecnologías relativas a las comunicaciones son «per se» un atentado a la libertad.

No siempre en la historia ello se ha manifestado así, más bien en ocasiones ha ocurrido lo contrario, como cuando en el Renacimiento italiano florece -y principalmente

¹⁴⁴ Balle, Francis, **Op. Cit.**, p. 59.

¹⁴⁵ Quizás podríamos mencionar como un ejemplo de esta adaptación del hombre a las tecnologías en el ámbito de las libertades, la propuesta de Jean d'Arcy, en 1969, de reconocer el derecho del hombre a la comunicación, como una manera de superar el margen estrecho del llamado derecho a la información. Para d'Arcy, su propuesta es más conforme a «...nos acquis technologiques les plus récents.» Citado por Balle en **Op. Cit.**, p. 264.

¹⁴⁶ Beer, Stafford. **Diseñando la libertad**, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, p. 100.

en Venecia - la actividad de los llamados «menanti», predecesores de los actuales periodistas, y que operan con anterioridad a la invención de la imprenta. Ellos sufren la ofensiva de los poderes establecidos y de la tentación de la censura. En este sentido bien puede decirse que la invención de la imprenta es un paso gigantesco en la conquista de la libertad, no sólo porque permitirá el acceso masivo de la población a la cultura, otro privilegio de unos pocos, sino también porque será el gran instrumento del futuro Estado liberal y parlamentario deseoso de debate, de discusión y de confrontación de ideas.

El desarrollo de los medios de comunicación de masas, por su parte, ha permitido también, de la mano de la telefonía, de la radio y la televisión, una expansión de la libertad hacia grandes masas humanas que han permanecido en un submundo de explotación y de ignorancia durante siglos.

Ciertamente se han derivado también efectos perniciosos, como el llamado efecto herodiano, introducido por los mass media y que se caracteriza por la emulación de comportamientos y estilos de vida que responden a esquemas culturales ajenos al mundo de sus receptores, con el desencadenamiento subsiguiente de complejos fenómenos de alienación humana.

Pero, pese a todo, no compartimos nosotros una visión catastrofista del desarrollo tecnológico y más bien nos alineamos dentro de aquellas opciones que propician su control democrático para el resguardo de las libertades. Es dentro de esta perspectiva como debemos situar el tema de la libertad frente al fenómeno informático. Por cierto, el criterio será el de imaginar las múltiples amenazas que el fenómeno puede conllevar para la libertad personal, quizás sobredimensionando el efecto real de su impacto en la vida social. Es decir, nuestro criterio es aquí uno pro-libertatis, deseoso de detectar los peligros y de encontrar adecuadas garantías. En consecuencia, no nos constituimos en enemigos del progreso técnico, simplemente ponemos atención en su impacto sobre la libertad.

Bien ha podido afirmar el profesor Balle que «desde Gutenberg, los media son el lugar y el centro de todas las libertades del pensamiento»¹⁴⁷. En efecto, la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de prensa¹⁴⁸, la libertad de imprenta no son sino manifestaciones de este hecho.

Sin embargo, y en forma paralela, las declaraciones de derechos del S. XVIII

¹⁴⁷ Balle, Francis, **Op. Cit.**, p. 247.

¹⁴⁸ Suecia es el primer país en instituir la libertad de prensa por medio de una ley dictada en 1766.

previenen sobre los abusos de estas libertades, especialmente de la libertad de prensa.¹⁴⁹

Más contemporáneamente, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos deja claro que estas libertades comportan deberes y responsabilidades especiales y que deben ser sometidas a ciertas restricciones, siempre por medio de la ley. ¿Cuáles son estas restricciones?: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, b) la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moralidad públicas.¹⁵⁰ En términos similares prescriben las convenciones americana y europea de derechos humanos.

Las legislaciones han ido en el tiempo adoptando mayores precauciones en esta materia, en la que ya no se confía tanto en la solución pretoriana. Así, por ejemplo, en Francia, a través de la Ley de 17 de julio de 1970, se modificaron los artículos 368 a 370 del Código Civil de esa Nación, creando como nuevas infracciones: a) el delito de captación de la palabra o de la imagen de una persona, b) el delito de conservación, divulgación o utilización de la palabra o imagen de una persona y c) el montaje de documentos o de imágenes.

Vittorio Frosini ha podido reconocer tres modos de atentar contra la vida privada en la civilización tecnológica: a) En el plano físico, y de manera directa, recurriendo a los nuevos instrumentos de reconocimiento óptico y acústico, b) en el plano psicológico, mediante diversas técnicas para obtener del individuo informaciones sin que éste se dé cuenta del significado que éstas tienen en la revelación de su vida privada y, c) en forma indirecta, mediante la recolección, comparación, adición o agregación de datos, incluso minuciosos, que son procesados por ordenadores electrónicos.¹⁵¹

Este último es el que aquí nos convoca.

La actividad de registro, ya sea manual o automatizado, ofrece en esta época múltiples posibilidades. Casi cabe decir que no hay actos de nuestra vida que no sean

¹⁴⁹ El artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos entrega a la ley la regulación de los abusos de las libertades de opinión y de imprenta.

¹⁵⁰ A partir de 1956 con la puesta en boga por Siebert, Peterson y Schramm, de la doctrina de la responsabilidad de los media, se pone mayor atención al efecto que los medios de comunicación tienen sobre las libertades, y particularmente sobre la vida privada. El error de la prensa, se dice, conduce al error en la opinión del público. Por ello se concibe a la prensa como un verdadero servicio público y, por tanto, sometido también a ciertas cargas.

¹⁵¹ Frosini, Vittorio. **Informática y Derecho**, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 70.

susceptibles de ser registrados, desde el nacimiento a nuestra muerte. No sólo el Estado realiza esta ingente labor de registro, censos periódicos y acumulación de información para los más variados fines, como los que se realizan a través de las instituciones educacionales o de salud, los datos recopilados por la policía o los servicios de inteligencia del Estado y las Fuerzas Armadas y, en fin, a través también del registro cada vez más intenso que realizan las empresas privadas en su afán de competencia, de información y de predominio en los mercados, registro que alcanza a los deudores del comercio y de la banca. Por cierto que esta actividad de registro afecta la esfera de privacidad de los individuos. Un sinnúmero de datos son utilizados por los más diversos operadores, a veces sin que existan regulaciones adecuadas que permitan un control personal y jurídico de los mismos, sin que las legislaciones arbitren instrumentos que faciliten su conocimiento, acceso y rectificación o, lo que es peor, cuando no se contemplan instancias de control que importen una suerte de garantía institucional frente a la utilización de estos datos y a su incorporación en registros a partir de los cuales es posible compararlos, confrontarlos y levantar un perfil de la personalidad no aceptado por las personas.

Esta situación que hoy es estimada como usual, que ha dado lugar a algunos autores para temer grandes transformaciones en el mundo social y político y a pensar que la vigilancia de los poderosos, el panópticon de los antiguos, se convierta en una efectiva realidad, en un mundo que para unas minorías que controlan la información se hace cada vez más transparente.

En Derecho público la transparencia se predica de las actividades del Estado y sus voceros, pero es una vieja conquista del Derecho el que el Estado y, hoy se dirá también, que los particulares, no se inmiscuyen en aquel ámbito de la vida que no puede quedar entregado a la transparencia, simplemente porque sería faltar a las normas mínimas del respeto a la dignidad de las personas, a su pleno derecho a conducir sus destinos de manera libre y voluntaria, y aún en contra de las convenciones en uso. Es humano invocar el derecho al olvido, es humano reparar las faltas pasadas, es humano hacerlo sin que los demás conozcan de todo ello. En sentido liberal clásico, hay que respetar ese derecho de hacer todo aquello que no lesione intereses de la sociedad o de terceros, como hay que respetar que el sujeto que determina qué parte de ese hacer debe quedar privado del conocimiento ajeno, es el propio individuo, en orden a la salvaguarda de su dignidad.

Se comprende, entonces, que la problemática anterior haya dado lugar a que los juristas enfrentaran estos nuevos desafíos, buscando utilizar los viejos moldes que ha concebido el Derecho. La primera tentación es la de buscar una manera de conceder a los sujetos un derecho, un derecho subjetivo, que le permite resguardar su libertad

amenazada, su derecho a la personalidad, la conservación de su imagen, la no intromisión en ámbitos que considera reservados. Y es así como se ha intentado dar al derecho a la intimidad, vida privada o a la riservatezza una fuerza de irradiación capaz de cobijar bajo su seno estas violaciones a lo que se considera la intimidad informática.

Pero para ello había que salvar un primer escollo. El derecho a la intimidad siempre ha sido concebido como una libertad negativa, como un derecho de defensa. De este modo, era necesario dar un nuevo salto dialéctico y transformar por completo la vieja noción del derecho a la intimidad. Había que concebir este derecho en forma más amplia, entendiendo que también él posibilita a los individuos el control de las informaciones que, a su juicio, deben permanecer reservadas.

Esta nueva perspectiva del derecho a la intimidad haría, por tanto, aplicable y plenamente suficiente la protección ya consagradas por los textos constitucionales a la protección de la privacidad, sin que por ello fuese necesario recurrir a figuras nuevas, derechos nuevos y discutibles.

También junto a esta perspectiva está la confianza en que son los jueces, a través del proceso de determinación de las normas y su aplicación al caso concreto, de su actividad interpretativa, en quienes debía recaer el mayor esfuerzo de delimitación entre los usos informáticos, el derecho a la intimidad y su relación con los demás derechos a los que se relaciona.

Sostenemos aquí, que esta perspectiva no da respuesta adecuada al problema que se pretende resolver y que no es buen expediente confiar en soluciones que hayan de surgir exclusivamente por medio de la actividad pretoriana.

En este sentido es digno de alabanza que los legisladores chilenos hayan comprendido esta necesidad, y que ya desde hace algún tiempo, se venga perfilando en Chile la idea de legislar en estas materias.

II. ¿CUÁLES SON LAS RAZONES QUÉ INVITAN A DESARROLLAR UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA?

1. Los condicionamientos de la sociedad informática al Estado de Derecho.

La construcción del Estado ha supuesto, desde sus inicios, un uso ingente del instrumental proporcionado por la técnica. La necesidad de organización de los

Estados nacionales y de afirmación de su independencia y diferencia frente a los demás, ha implicado históricamente la gestión de una burocracia administrativa creciente, la organización de la producción y el consumo y la racionalización de la actividad de Defensa.¹⁵² En este sentido puede afirmarse que la técnica, como racionalidad instrumental¹⁵³ es y ha sido siempre «...la plataforma giratoria [...] de la modernidad.»¹⁵⁴

Sin embargo, la Revolución Francesa ha significado el aceleramiento más profundo de esta dimensión racionalizadora, cuya base teórica y filosófica se encuentra en los propios principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁵⁵

El Estado de Derecho ha sido la forma jurídica en que se ha externalizado este proceso de racionalización que se acrecienta con la Revolución y con el triunfo del ideal burgués que estructura la libertad sobre la base de la igualdad formal de los ciudadanos. La Ley se convierte entonces en el principal instrumento de conformación del Estado Democrático de Derecho, de la distribución de sus poderes, y del desarrollo del mercado con la apertura de las barreras internas, la eliminación de los privilegios y la consagración del principio de la libre circulación de los bienes y de las personas. La ley, como instrumento de la libertad, de acuerdo con la más pura y clásica noción kantiana, como factor desencadenante del progreso.

Esta relación entre el Estado con el Derecho y la ley, como principio de libertad, sufre una transformación con el advenimiento de la sociedad industrial y con los automatismos y condicionamientos que impone el proceso técnico a la sociedad, a los individuos y al propio Estado. Identificar al Estado con el proceso técnico importa - ha dicho Forsthof - la negación práctica de la libertad, idéntica o muy parecida a aquella

¹⁵² Cfr. Touraine, Alain, **Crítica de la Modernidad**, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1993, p. 192.

¹⁵³ También para García Pelayo, «...la mera presencia de la racionalidad instrumental no parece definir la época postmoderna o ni siquiera la moderna; más bien una de las características de la modernidad es que la técnica, hasta entonces empírica y plenamente artesanal, comienza a sustentarse sobre la racionalidad científica objetiva...Por otra parte...nuestra civilización tecnológica no se plantea tanto qué son las cosas - y, entre ellas, la Razón - cuanto cómo se hacen las cosas o cómo funcionan. Y bajo estos supuestos, se abre la vía al desarrollo de una racionalidad destinada a lograr objetivos concretos e inmediatos quizás sin meditar las consecuencias que puedan tener sobre la totalidad o sobre la consecución de otros objetivos.» En entrevista publicada en *Anthropos*, Barcelona, N° 59, 1986, pp. 16-20, por Carlos Gurméndez, bajo el título: «Sobre la Historia y otros Temas», contenida en sus **Obras Completas**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3288.

¹⁵⁴ Touraine, Alain, **Op. Cit.**, p. 192.

¹⁵⁵ Cfr. García de Enterría, Eduardo, **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 109.

que se produciría con la total indiferencia del Estado frente a su desenvolvimiento¹⁵⁶. El Estado debe entonces cumplir con su papel de regulación legal normativa, para someter, dentro de lo posible, el desarrollo técnico al marco específico que exija la sociedad.

Esta situación descrita por Forsthof respecto de la República Federal Alemana como paradigma de la sociedad industrial, se vería modificado en el Estado de la sociedad post-industrial, en el que el marco de las relaciones de estratificación y poder se transforman muy principalmente, de acuerdo con el siguiente esquema propuesto por Daniel Bell¹⁵⁷:

	Pre-industrial	Industrial	Post-industrial
Recursos	Tierra	Maquinaria	Conocimientos
Locus social	Granja Plantaciones	Empresa de negocios	Universidad Centros de investigación
Figuras dominantes	Terratenientes Militares	Hombres de negocios	Científicos Investigadores
Medios de poder	Control directo por la fuerza	Influencia indirecta sobre las decisiones políticas.	Equilibrio de fuerzas técnico-políticas Franquicias y derechos
Base de clase	Propiedad Fuerza militar	Propiedad Organización política Preparación técnica	Preparación técnica Organización política
Acceso	Herencia Apropiación mediante ejércitos	Herencia Patronazgo Educación	Educación Movilización Cooptación

¹⁵⁶ Señala Ernst Forsthof (**El Estado de la Sociedad Industrial**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975) tres posibilidades de plantear la pregunta sobre la relación entre la realización técnica y el orden político estatal. La primera aproximación consiste en identificar ambas nociones, de manera que se visualice al Estado como el «señor y promotor del proceso técnico», sirviendo la técnica de instrumento del poder estatal. Una segunda perspectiva es aquella en que el Estado se limita a establecer, a fijar el marco dentro del cual se desarrolla la realización técnica y, finalmente, la tercera consistiría en que el Estado deje vía libre al desarrollo técnico pasando a cumplir sólo una función complementaria dentro de la sociedad industrial. La primera aproximación, de carácter utópico ha sido las que han intentado realizar las sociedades comunistas e importan «necesariamente la negación de la libertad individual» (p. 63) y la última significaría el estado de abandono, «que el proceso técnico [...] se desenvuelva en virtud de sí mismo, sin atender a otro orden de razones [...] (convirtiéndose)... por fuerza (en) indiferente ante lo humano.» (p. 67). La segunda perspectiva, es entonces la más adecuada. «La sociedad industrial sería incapaz de sobrevivir sin una transformación social así realizada. La necesidad de regulaciones legal normativas por parte de la sociedad es enorme...» (p. 75), dice Forsthof, para contener y someter a límites los efectos del desarrollo autónomo del proceso técnico.

¹⁵⁷ Bell, Daniel, **El advenimiento de la sociedad post-industrial**, Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 412.

La sociedad post-industrial que se constituye a partir de la segunda mitad del presente siglo es propiamente la sociedad de la información o «sociedad informatizada»¹⁵⁸. Se caracteriza, desde un punto de vista positivo, en palabras de Vittorio Frosini por crear «una nueva posibilidad de unificación de la sociedad humana, con la circulación de la información extendida a todos...»¹⁵⁹ El desarrollo de las tecnologías de la información ha originado de este modo una nueva revolución cultural, un cambio antropológico «...que modifica la imagen del hombre anterior y la convierte en la de un hombre puesto en los confines del automatismo antropomórfico...»¹⁶⁰

La revolución informática constituye para el jurista italiano un cambio de civilización, tan importante como el que dio paso de la comunicación oral a la escritura, a la invención de la imprenta, y al efecto de comunicación instantánea de las mass media.¹⁶¹ A través de ella se hace posible el desarrollo de la inteligencia artificial y la acumulación de grandes cantidades de información.

Como ha expresado Francisco Romero Marín: «Estamos recorriendo el camino de una sociedad apoyada en un flujo de innovaciones técnicas materiales, como ha sido la llamada sociedad industrial, a otra que se asienta sobre un flujo de innovaciones técnicas abstractas, así como sobre la organización del aumento de saber en corporaciones especializadas en el desarrollo del conocimiento.»¹⁶²

Surge, por tanto, una necesidad de comprensión de este nuevo fenómeno desde la perspectiva del Derecho Público. Al respecto ha dicho García Pelayo que «...lo característico de nuestro tiempo, por debajo de las apariencias y las discrepancias, es constituir la época de la civilización científico-tecnológica, fenómeno complejo de describir pero al que nos atrevemos a sintetizar como una etapa histórica caracterizada por la vigencia de una nueva realidad creada por el hombre, que supera las limitaciones e incluso en muy amplia medida la <necesidad> o la coacción del mundo natural, pero que se impone tan enérgicamente a través de lo que Schelsky llama la <legalidad (o la coacción) de las cosas (Sachgesetzlichkeit y Sachzwang)... (que introduce)...una

¹⁵⁸ Lyotard, Jean-François, **La Condición Postmoderna**, Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 1989, p. 13.

¹⁵⁹ Frosini, Vittorio, **Informática y Derecho**, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, p. 34.

¹⁶⁰ **Op. Cit.**, p. 34.

¹⁶¹ **Ibid.**, p. 84.

¹⁶² Moreno Marín, Francisco, «La Informática en la actividad del Estado. La Administración de Justicia.» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 12, Monográfico «Informática y Derecho», Madrid, septiembre, 1986, p. 306.

legalidad de índole bien distinta de la natural o de la jurídica, pero no por eso menos, sino más determinante que ellas.» Sobre los efectos del desarrollo tecnológico, agrega el distinguido constitucionalista español, que: «...el desarrollo tecnológico ha dilatado nuestro horizonte y posibilidades vitales hasta límites a veces ni siquiera soñados,...(y)...ha puesto a nuestra disposición un gran número de bienes y servicios y...nos ha liberado de tradicionales limitaciones y servidumbres. Pero - también al igual que otros - pienso que simultáneamente nos ha creado fuertes dependencias frente a las grandes organizaciones y sistemas complejos que hace posible tal desarrollo: que nos somete a un proceso de homogeneización a costa de nuestras particularidades personales y colectivas; que acrece el *gap* entre los pueblos desarrollados y subdesarrollados; que amenaza algunas de nuestras libertades tradicionales; que crea grandes posibilidades de control de nuestras vidas por parte del poder político...»¹⁶³

¿En qué medida este tipo de sociedad produce efectos sobre la estructura clásica del Estado de Derecho? Es la cuestión que intentaremos responder en los epígrafes siguientes.

2. La tendencia a la concentración de poderes

Ha afirmado H. Schelsky que: «La soberanía del Estado no se manifiesta sólo por el hecho de que monopolice el uso de la violencia (Max Weber) o decida el estado de excepción (Carl Schmitt), sino ante todo por el hecho de que decide el grado de eficacia de todos los medios técnicos que existen en su seno, y de que se reserva aquéllos cuya eficacia es más elevada y puede prácticamente situarse a sí mismo fuera del campo de aplicación de esos medios técnicos que impone a los otros.»¹⁶⁴

Por cierto que esta actividad de dominio del Estado sobre la técnica puede ser positiva si se analiza en los términos en que Forstoff enfocaba el problema para la sociedad industrial, pero también tiene un cierto carácter ilusorio si se aquilata la relativa autonomía con la que el desarrollo técnico se produce.

Esta tendencia a la concentración de poderes suele ser invocada por los autores como uno de los principales efectos a que conducen las tecnologías de la información. Lyotard lo explica en el cambio de legitimidad del saber en una sociedad informatizada,

¹⁶³ García Pelayo, Manuel, Op. Cit., «Sobre la Historia y...», p. 3289.

¹⁶⁴ Schelsky, H., **Der Mensch in der Wissenschaftlichen Zeitalter**, Colonia 1961, pp. 24 y ss. Citado por J.F. Lyotard, Op. Cit., p. 30.

en que los modelos emancipatorios o idealistas dan paso a una forma de saber que sólo recibe su fuente de legitimación del poder, del «control sobre el contexto» que es dable proporcionar a la informatización generalizada. Remarca el filósofo francés, que: «El Estado y/o la empresa abandona el relato de legitimación idealista o humanista para justificar el nuevo objetivo: en la discusión de los socios capitalistas de hoy en día, el único objetivo creíble es el poder. No se compran *savants*, técnicos y aparatos para saber la verdad, sino para incrementar el poder.»¹⁶⁵

Ahora bien, tal y como señala Lyotard, la dinámica de crecimiento del poder no es sólo predicable de las instituciones públicas y del Estado, sino también, y de manera muy significativa, del sector privado: de las grandes corporaciones financieras, bancarias, industriales y de telecomunicaciones. En palabras de este autor: «El <redespliegue> económico en la fase actual del capitalismo, ayudado por la mutación de técnicas y tecnologías, marcha a la par...con un cambio de función de los Estados...Digamos, para ser breves, que las funciones de regulación y, por tanto, de reproducción, se les quitan y se les quitarán más y más a los administradores y serán confiadas a autómatas. La cuestión principal se convierte y se convertirá más aún en poder disponer de las informaciones que estos últimos deberán tener memorizadas con objeto de que se tomen las decisiones adecuadas. La disposición de las informaciones es y será más competencia de expertos de todos los tipos. La clase dirigente es y será cada vez más la de los «decididores». Deja de estar constituida por la clase política tradicional, para pasar a ser una base formada por jefes de empresa, altos funcionarios, dirigentes de los grandes organismos profesionales, sindicales, políticos, confesionales.»¹⁶⁶

Este traspaso de poderes a quienes ejerzan el control de la «tecnoburocracia» puede implicar, ciertamente, si es que ya no constituye una realidad bien patente, un déficit importante de democracia, que altere, como veremos, el principio tradicional de separación de poderes. Es a ello a lo que apunta Lyotard cuando sugiere una mutación en las funciones del Estado.

Si «la cuestión del Estado se encuentra estrechamente imbricada con la del saber científico»¹⁶⁷ el mayor peligro habrá de consistir en que ni siquiera desde el punto de vista moral es posible construir una teoría de la justicia que descansen en las hipótesis de Rawls sobre el «velo de la ignorancia». Indudablemente, el fenómeno de la

¹⁶⁵ Lyotard, Jean-François, **Op. Cit.**, pp. 86 y 87.

¹⁶⁶ Ibíd., p. 35.

¹⁶⁷ Ibíd., p. 61.

transparencia de lo público, lo será cada vez más para quienes ejerzan el control sobre las informaciones, para la casta de los llamados por Lyotard «decididores», que controlan la tecnoburocracia, pero no para las grandes masas de los ciudadanos, que inmersos en las llamadas «narrativas tradicionales», permanecerán - si los controles democráticos no se acentúan - en un velo de la ignorancia muy cercano al del oscurantismo.

Tal circunstancia, por tanto, no es indiferente ni trivial para la teoría del Estado y de la Constitución, más aún si se considera que uno de los objetivos de las disposiciones constitucionales es el perfeccionamiento de las reglas del consenso social produciendo nuevos paradigmas.¹⁶⁸

3. El reforzamiento de la Administración

En consecuencia, como nos recuerda Moreno Marín, «existe el riesgo de la acumulación de grandes masas de información sobre los ciudadanos y la aparición de un nuevo corporativismo entre los poseedores, reales o presuntos, de las nuevas técnicas.»¹⁶⁹

En el ámbito público es el Poder Ejecutivo quien goza de las mayores posibilidades técnicas y presupuestarias para la utilización de los nuevos medios que proporciona la tecnología informática.¹⁷⁰ El Gobierno, en su función administradora, no puede prescindir de un instrumento tan eficaz como el que las nuevas técnicas le proporcionan. Por medio de su uso, el Estado puede «recoger, almacenar, clasificar, racionalizar y transmitir los datos e informaciones necesarios para la gestión de toda clase de servicios y actividades... (como asimismo)... difundir el contenido de los registros informatizados a altas velocidades e intercambiar los datos disponibles en todas las direcciones.»¹⁷¹

El peligro de concentración de informaciones en la Administración o en sus agencias, ha sido ejemplificado por Pérez Luño, en los EE.UU., «el país que cuenta con la tecnología informática más avanzada» y, en donde, a juicio del filósofo del Derecho español, se han producido las mayores consecuencias sociopolíticas que el fenómeno

¹⁶⁸ Ibíd., cfr., p. 60.

¹⁶⁹ Moreno Marín, Francisco, Op. Cit., p. 314.

¹⁷⁰ Ibíd., cfr., p. 310.

¹⁷¹ Ibíd., p. 313.

pueda producir, partiendo por las ocasionadas en el caso Watergate. Señala el profesor Pérez Luño que en el sector público de ese país, «...varios millones de *dossiers* sobre actitudes individuales se hallan en manos de la C.I.A. y del Pentágono. Para comprobar la progresión de los datos almacenados baste tener presente que el *National Crime Information Center* del F.B.I. disponía en 1967 de 346.124 *dossiers*, que pasaron a ser 3.330.220 en 1971 y que hoy se han multiplicado por 19; en idéntico período, por lo que se refiere a informaciones transmitidas, se pasó de 7 a 25 millones.»¹⁷²

Señala este mismo autor que, para Europa, la Sentencia Klass del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando la necesidad de combatir eficazmente la amenaza del terrorismo y el creciente problema del desarrollo de las técnicas de control y vigilancia de los gobiernos, ha señalado que «las medidas de vigilancia y de control deben hallarse supeditadas a ciertos límites en una sociedad democrática <para impedir que se deslice insensiblemente hacia el totalitarismo. Ya que en otro caso se corre el riesgo de que estas medidas puedan llegar a destruir la democracia con el motivo de defenderla>. Por ello, el Tribunal Europeo sentó la importante tesis de que el poder de controlar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado-policía, <no es tolerable según el Convenio sino en la medida estrictamente necesaria para la salvaguardia de las instituciones democráticas>». ¹⁷³

Pero la recogida de informaciones por razones de defensa nacional o de seguridad pública constituye, en verdad, sólo un aspecto - y probablemente limitado - del cúmulo de las informaciones que diariamente la Administración recoge sobre los ciudadanos.

En los últimos años se ha producido una tendencia a la informatización y establecimiento de redes informáticas en los ámbitos del Gobierno y la Administración. En España el llamado proyecto REINA (Recursos Informáticos de la Administración) demostró que la mayor presencia de equipos informáticos «...están a disposición de los Ministerios de Hacienda e Interior»¹⁷⁴, es decir, precisamente en aquellas dependencias gubernativas desde las cuales se justifica una mayor disposición a la vigilancia fiscal o de seguridad ciudadana. Sin perjuicio de reconocer las «innumerables ventajas» que la informatización de la función ejecutiva trae consigo, el profesor Pérez Luño,

¹⁷² Pérez Luño, Antonio-Enrique. «La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo.» Anuario de Derechos Humanos, Nº 4. Edit. Universidad Complutense, Madrid 1986-1987, p. 267. Las informaciones son recogidas por el autor del libro de A.F. Westin y M.A. Baker, **Databanks in a Free Society**, Quadrangle Books, New York, 1972, pp. 4 y ss. y del libro de A.F. Westin, **Impact of Computers on Privacy**, en *Datamation*, 1979, vol. 25, Nº 14, p. 190 y ss.

¹⁷³ Op. Cit., p. 267.

¹⁷⁴ Moreno Marín, Francisco, Op. Cit., p. 313.

advierte que «...en este terreno quizás estemos asistiendo a un exagerado uso de los medios electrónicos, lo que, en muchas ocasiones, más que una garantía para los administrados comporta una peligrosa injerencia en su vida privada. El fenómeno del progresivo empleo de medios electrónicos por el ejecutivo - agrega - se halla cada vez más extendido, hasta el punto de que se hace preciso velar para que tal empleo se circunscriba al cumplimiento de las funciones que le corresponden y no se actúe en detrimento de la intimidad personal; en otras palabras: es preciso que el ejecutivo vea en la tecnología un medio, adecuado a las exigencias de nuestro tiempo, para hacer plenamente efectivos los derechos públicos subjetivos, antes que un mero aparato de control social.»¹⁷⁵

En Italia, la constitución de un sistema informativo con sede en la Presidencia del Consejo de Ministros, ha sido justificada por Mauricio Italo Balla y Matelda Grassi, en la necesidad de disminuir los riesgos en la toma de decisiones, modificar los procesos de gestión y en el logro de una mayor eficacia de los servicios.¹⁷⁶ En este estudio se propone la conexión con servicios informativos externos, la creación de una base de información para la monitoreo de la actividad de gobierno y, la preparación de instrumentos para la gestión automática de los archivos y de la documentación interna.¹⁷⁷

En Chile, luego del fracaso - por razones conocidas, en la década del 70 - del llamado Proyecto Cinco, que dirigía el entonces Ministro del Presidente Salvador Allende, Fernando Flores, a través del cual se buscaba generar en la Presidencia de la República un centro computacional en el cual fuera posible registrar instantáneamente información sobre las más diversas materias que interesarían al Gobierno de la Nación¹⁷⁸, el Gobierno del Presidente Aylwin creó, bajo la dirección del Ministerio del

¹⁷⁵ Pérez Luño, Antonio-Enrique, **Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico)**, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, p. 31.

¹⁷⁶ Cfr. Italo Balla, Mauricio y Grassi, Matelda. «La Informática Político-Jurídica como apoyo de la actividad de Gobierno.» En *Documentación Administrativa*, N° 199, p. 96.

¹⁷⁷ Ibíd., cfr., *passim*.

¹⁷⁸ En la formulación de este proyecto tuvo una gran influencia el profesor inglés Stafford Beer, que formaba parte de la Comisión. Para analizar el espíritu de su propuesta, revisar su libro **Designing Freedom**, de 1974, traducido al español como **Diseñando la Libertad**, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Madrid 1977. Fernando Flores pasó, posteriormente, a formar parte de la dirección del «Centro Mundial para el desarrollo de los usos sociales de la micro-informática», creado a instancias del Gobierno de Mitterrand, con fecha 20 de noviembre de 1980, con el objeto de contribuir desde un punto de vista cibernetico al mejoramiento de las estrategias de desarrollo económico de los países del tercer mundo. El primer presidente de esta Comisión fue Jean-Jacques Servan Schreiber. Cfr. la crítica que hace a esta Comisión el profesor italiano Vittorio Frosini, en Op. Cit.: **Informática y...**, pp. 132 y 133.

Interior, un Grupo Interministerial Informático, encargado de interconectar en red a los distintos ministerios y servicios de la Administración con las intendencias y gobernaciones regionales y provinciales, así como una red que uniera a la mayor parte de los municipios del país.¹⁷⁹

Todas estas iniciativas obedecen, sin duda, a loables objetivos de mejoramiento de la eficiencia y la eficacia de la tarea administrativa, pero es indispensable que sean sometidas a controles políticos y jurídicos igualmente eficaces, para garantizar el pluralismo informativo de los poderes del Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esta materia el profesor español José María Souvirón ha insistido en la conveniencia «...de recorrer caminos de equilibrio entre el interés público y los derechos de los ciudadanos.»¹⁸⁰

4. Las consecuencias en el esquema de separación de poderes en el Estado

Los efectos que en la práctica de la separación de los poderes del Estado puede producir la tendencia a la concentración del poder informativo del Estado, han sido descritas por André Vitalis¹⁸¹. En la consideración de la informática como factor de desequilibrio de los poderes del Estado, el profesor galo y miembro fundador del «Centre de coordination pour la recherche et l'enseignement en informatique et société», ha mencionado dos aspectos: a) el debilitamiento de los controles parlamentarios y, lo que él denomina, b) *La dépendance des collectivités locales*.

A. El debilitamiento de los controles parlamentarios

Para Vitalis el debilitamiento de los controles parlamentarios tiene como base, en el caso de Francia, la posición dominante que cada vez ha ido adquiriendo el poder ejecutivo, acompañado de la legitimación que ha alcanzado con la introducción del sistema de elección presidencial directo. Este sistema coloca al Jefe del Estado en una situación superior, que le permite controlar (y manipular) de mejor forma la

¹⁷⁹ El Grupo Interministerial Informático fue constituido mediante Decreto del Ministerio del Interior en el curso del año 1990, su primer Presidente fue el entonces Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo, Gonzalo Martner Fanta.

¹⁸⁰ Souvirón, José María, «En torno a la juridificación del poder informativo del Estado y el control de datos por la Administración.», *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 40, septiembre-diciembre, 1994, p. 126.

¹⁸¹ Vitalis, André, **Informatique, Pouvoir et Libertés**, Economica, 2.e édition, Paris, 1988.

Administración y relegar a un papel secundario a las instancias de representación. El Parlamento quedaría así reducido al de una Cámara de registro, a un «réserve d'idées», quedando las libertades sometidas a un esquema de estrecha vigilancia que la informatización de la Administración agudiza.¹⁸²

Esta prevención realizada por Vitalis para el sistema político francés es perfectamente homologable a los regímenes parlamentarios del resto de Europa, donde la tendencia ha sido la de fortalecer el papel del Ejecutivo.¹⁸³ Recientemente, en Italia, el movimiento de reforma constitucional parece encauzarse precisamente en este sentido, y es común escuchar la conveniencia de aplicar al caso italiano las modalidades del sistema semipresidencial francés, que supone la existencia de un Ejecutivo vigorizado.

En Latinoamérica, a su vez, el modelo presidencial ha formado parte de la tradición de los Estados desde su independencia, pese a la tendencia actual a la introducción de reformas dentro del sistema hacia esquemas parlamentarios o semipresidenciales¹⁸⁴.

En España, la existencia de un régimen parlamentario que se ha caracterizado durante gran parte del gobierno socialista, por la concurrencia de un gobierno de mayoría absoluta, ha generado igualmente la crítica política y académica hacia las prácticas «presidencialistas» del Gobierno, suscitándose una polémica global sobre el funcionamiento mismo del Parlamento, el papel de la oposición y el reforzamiento de los controles parlamentarios.¹⁸⁵

¹⁸² Ibíd., cfr., p. 124.

¹⁸³ Cfr. García Pelayo, Manuel. «Es teóricamente posible un mundo con una ideología fija e inmutable.» Entrevista publicada el 25 de junio de 1966 en *El Nacional* de Caracas y que forma parte de sus **Obras...**, **Op. Cit.**, pp. 3241. Respecto al Régimen semipresidencial francés, el Presidente honorario de la Universidad de París y miembro del Consejo Constitucional francés, Jacques Robert, ha hecho hincapié durante el curso celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, durante el año académico 1994-1995, sobre el extraordinario poder ejercido por el Presidente de Francia, a su juicio, aún mayor que el correspondiente al Presidente de los Estados Unidos.

¹⁸⁴ Cfr. Ayala Corao, Carlos M., **El Régimen Presidencial en América latina y los planteamientos para su reforma**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, *passim*.

¹⁸⁵ En palabras del profesor Lucas Verdú: «El sistema español actual de mayoría absoluta perjudica al pluralismo político, intercepta y desvirtúa el trácto procesal-electoral parlamentario. La mayoría absoluta impone cuotas de poder en el Tribunal Constitucional, en el Consejo General del Poder Judicial, en el Tribunal de Cuentas y en el Consejo de Televisión... La libertad e independencia de los operadores jurídicos sufre en su entraña por muy honestos y virtuosos que sean sus titulares. ¿Quién puede resistir a las finanzas, a los medios oligopólicos que controlan la publicidad y a la partidocracia que manipula la dinámica electoral y parlamentaria? Cfr.: **La Constitución en la encrucijada. (Palingenesia Iuris Politici)**, Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 112.

Para Vitalis, el papel rector del Ejecutivo se ha visto además acrecentado, en desmedro del Parlamento, por el reforzamiento de los sistemas de información en los niveles centrales de la Administración, la transferencia del poder informativo entre los centros mejor equipados y más poderosos, como los Ministerios de Guerra y de Finanzas, de Justicia e Interior, y por un nuevo tipo de centralización, a la que denomina «les systèmes d'information interadministratifs». A través de estos últimos es posible influir notablemente en los procesos de tomas de decisión, sin que estos sistemas queden afectos a un adecuado control político. Es el caso, por ejemplo, de la formación de bancos de datos sectoriales que, pese a su carácter interministerial, logran ser utilizados por ciertas dependencias ministeriales más poderosas o interesadas en su utilización.¹⁸⁶

En un esquema tal el proceso de toma de decisiones corre el riesgo de desnaturalizarse, poniendo en tela de juicio el sentido último del sistema de gobierno representativo, que no es otro que poner freno al poder despótico¹⁸⁷, a través de representantes «esclarecidos» del pueblo que controlen el ejercicio del poder político. En su clásico libro sobre el gobierno representativo John Stuart Mill se preguntaba sobre la verdad de aquella vieja afirmación por la cual se preconizaba «que si se encontrase un buen déspota la monarquía despótica sería la mejor forma de Gobierno». Stuart Mill rechazaba inicialmente esta idea por su imposibilidad práctica. «El hecho - decía - es que para realizar todas esas condiciones [encontrar un individuo eminentemente virtuoso e inteligente, capaz de hacer buenas leyes y de dirigir la Administración con acierto] hace falta un monarca que no solamente sea bueno, sino que sea capaz de verlo

¹⁸⁶ Cfr. Vitalis, André. **Op. Cit.**, pp. 116-123.

¹⁸⁷ Como se señala en la **Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers**, cuando se explica la voz «representantes»: Señalaba Diderot - a quien se atribuye la redacción de este pasaje: «Los gobiernos adquieren madurez tan sólo a través de avances lentos e imperceptibles: basados inicialmente en la fuerza no pueden mantenerse, sin embargo, sino a través de leyes justas que aseguren las propiedades y los derechos de cada ciudadano, y que lo protejan de la opresión; los hombres se ven finalmente impulsados a buscar en la equidad remedios contra sus propias pasiones. Si la formación de los gobiernos no hubiese sido ordinariamente la obra de la violencia y la sinrazón, se habría comprobado que no puede haber sociedad duradera si los derechos de cada uno no son puestos al abrigo del poder, que siempre desea abusar; en cualquier mano que se deposite el poder, se vuelve nefasto, si no es frenado por ciertos límites...Ningún hombre, por muy ilustrado que sea, es capaz de gobernar una nación entera sin consejos y sin apoyos; ningún estamento del Estado puede tener la capacidad o voluntad de conocer las necesidades de los demás; así el soberano imparcial debe escuchar las opiniones de todos sus súbditos y está igualmente interesado en comprenderlos y en remediar sus males. Pero, para que los súbditos se expliquen ordenadamente, conviene que tengan sus representantes, es decir, **ciudadanos más esclarecidos que los demás**, más interesados en la cosa pública...cuya situación les coloca en posición de sentir las necesidades del Estado, los abusos que en él se introducen y los remedios que conviene aportar.» Ver. Denis Diderot y Jean Le rond d'Alembert, **Artículos políticos de la <Enciclopedia>**, Selección, traducción y estudio preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porras, Editorial Tecnos, Madrid 1992, p. 178. (Las negritas dentro del texto son nuestras).

«Para mantener la armonía que debe siempre existir entre los soberanos y sus pueblos, para poner a unos y otros a cubierto de los atentados de los malos ciudadanos, nada sería más conveniente que una constitución, que permitiría a cada sector de ciudadanos, hablar en las asambleas cuyo objeto es el bien general.»

y examinarlo todo. Debe hallarse informado exacta y minuciosamente de cómo son dirigidas y funcionan todas las ramas de la Administración en todas las partes del reino: durante las veinticuatro horas del día, que es el plazo de que dispone el Rey como el más simple artesano, ha de otorgar a cada esfera de tan vasto campo una parte suficiente de atención y de vigilancia...»¹⁸⁸, todas condiciones, como puede verse, que la informática es hoy perfectamente capaz de poner a disposición de los gobernantes. El pensador inglés, sostenía sin embargo, que ni aun cuando dichas condiciones pudieran ser cumplidas era deseable un tal tipo de gobierno, porque «¿Qué clase de hombres pueden formarse bajo parecido régimen?, se preguntaba. Sólo alguno, era su respuesta, que al cabo de cierto tiempo recayera «en la condición de un pueblo oriental»¹⁸⁹, esto es, en el despotismo.

Por ello el gobierno perfecto, decía Stuart Mill es el representativo, esto es, aquél en que «la nación, o al menos una parte numerosa de ella, ejerza, por medio de diputados que nombra periódicamente, **el poder supremo de inspección e intervención.**»¹⁹⁰. Pero tal poder no podrá ejercerse adecuadamente, cuando: 1.º Reinen la ignorancia y la incapacidad generales del cuerpo legislativo o, 2.º Cuando la Asamblea se haya sometida a intereses que no se identifican con el bienestar general. Los cuerpos representativos - decía Stuart Mill - deben poseer y ejercer «seriamente un derecho de inspección general»¹⁹¹. El sistema habrá de peligrar «si la Constitución de la representación no asegura una dosis suficiente de inteligencia y de saber a la Asamblea representativa.»¹⁹²

Pues bien, no está demás recurrir a los viejos principios para observar si tales prevenciones se cumplen en las sociedades complejas en que actualmente vivimos. ¿Es posible afirmar, que los actuales cuerpos representativos gozan de esas virtudes de «esclarecimiento» y de «inteligencia» y de «saber» que les permitan ejercer con seriedad su función fiscalizadora, cuando la función de Administrar se ha transformado en incommensurable? ¹⁹³

¹⁸⁸ Stuart Mill, John, **Del Gobierno representativo**, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 30.

¹⁸⁹ Ibíd., p. 32.

¹⁹⁰ Ibíd., pp. 54.(las negritas del texto son nuestras).

¹⁹¹ Ibíd., pp. 73.

¹⁹² Ibíd., p. 74.

¹⁹³ Para el caso de España, señala Joan Subirats, en «Un problema de estilo. La formación de las políticas públicas en España.» Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos y Debates*, N° 38, Madrid, 1992, p. 36, que: «A partir de 1982, y resuelta en buena parte la fase institucional-fundacional, queda claro que la decisión normativa, si bien es ratificada por el Parlamento (un Parlamento en el que se ha endurecido la disciplina de los grupos parlamentarios), viene ya <cocinada> desde la administración, y por lo tanto se produce una mayor marginación de ese escenario, teóricamente privilegiado, del procesamiento de los problemas y de sus soluciones.»

No es del todo desacertado afirmar que la configuración de contrapoderes fácticos de control de la información pueden ayudar a una práctica parlamentaria eficaz, pero contra esta idea pesa la tradición del secretismo en la realización de las funciones públicas¹⁹⁴, que ha encontrado su desarrollo en el desenvolvimiento y posterior influencia del sistema administrativo francés y en sus reminiscencias del *Ancien Régime*. Debe recordarse que la llamada doctrina del «móvil político» en los actos de la Administración perduró en Francia hasta la dictación de la ley de 24 de mayo de 1872, abandonándose esta doctrina «por una nueva concepción objetivista en consonancia con los fines *d'un État républicain et de droit.*»¹⁹⁵

Desde el punto de vista de la práctica parlamentaria la materia anterior entronca con los llamados derechos de información de la oposición parlamentaria.¹⁹⁶

El Constitucionalista alemán, Han Peter Schneider, ha distinguido entre los derechos de información clásicos de estas minorías, entre derechos de información absolutos y relativos. Los primeros pueden ser ejercidos con independencia de la decisión de la mayoría, y se traducen en los mecanismos de la interpelación, la pregunta oral y escrita y el derecho de encuesta; los segundos, en cambio, requieren de dicha decisión y se manifiestan en la solicitud de comparecencia de los miembros del Gobierno o de información de ciertas decisiones adoptadas por la Cámara Federal. En ambos casos, sin embargo, el que se otorgue o no la información dependerá de la actitud que asuma el Gobierno, quedando abierta la posibilidad de que éste se niegue a proporcionarla. Esta situación ha llevado a que se conciba un procedimiento distinto, conocido como de la «autoinformación», por medio del cual sería posible el acceso a ciertos documentos utilizados por el Gobierno. Este derecho fue reconocido en la Constitución de Hamburgo de 1971 como «derecho de requisitoria», de acuerdo con el cual el Senado de Hamburgo se encuentra obligado a presentar los expedientes ante el Parlamento regional y sus comisiones cuando hayan sido requeridos por una cuarta parte de los miembros de éste, asegurando de este modo una participación directa de la minoría en el control administrativo.

Para Schneider, sin embargo, dado que la «revisión de expedientes» no aspira a

¹⁹⁴ Para Max Weber: «Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del *secreto* de sus conocimientos e intenciones. El gobierno burocrático es por su misma tendencia un gobierno que excluye la publicidad.» Vid. **Economía y Sociedad**, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 744.

¹⁹⁵ Cfr. Caamaño, Francisco. «El Control de Constitucionalidad de Disposiciones Reglamentarias.» Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, nota al pie, pp. 91.

¹⁹⁶ «Un Parlamento mal informado - señala Max Weber, en Op. Cit., p. 745 y, por tanto, sin poder, es naturalmente mejor acogido por la burocracia, siempre que tal ignorancia sea conciliable con sus propios intereses.»

la información suministrada, sino a la autoinformación, ella debe ser entendida como participación del Parlamento en las funciones administrativas, es decir, como «coadministración parlamentaria.» Este derecho encontraría sus límites en el bien común, el secreto funcional, la confidencialidad, la seguridad del Estado, los intereses exteriores y en la no disminución de la capacidad funcional del gobierno. Schneider considera, no obstante, este derecho como problemático dado que sus soluciones pueden llevar sea a una confusión de responsabilidades entre el Gobierno y el Parlamento o bien a una aplicación estricta del principio de la reserva gubernamental.¹⁹⁷

Vitalis, insiste no obstante, en que el debilitamiento del control se ha hecho inevitable por la crisis de la idea de representación. En una sociedad informatizada, señala este autor, la utilidad de los intermediarios políticos parece perder, por sí misma, importancia. Esta necesidad, justificada en la época en que las comunicaciones eran lentas y limitadas y en que el poder central estaba objetivamente alejado de los ciudadanos, no tendría razón de ser en la era de la radio, la televisión, la informática y de la telemática, en que el Gobierno puede tener una relación directa con los gobernados, como asimismo informarse de mejor forma que el Parlamento, a través de los sondeos de opinión y de los media, de los deseos y aspiraciones de la población. Esta reflexión de Vitalis, parece inspirarse en las nuevas utopías que han surgido con la eclosión de las técnicas informáticas, especialmente con aquella sostenida por Yoneji Masuda de que «el sistema político de la sociedad informatizada supondrá una transmutación de la democracia parlamentaria representativa en una democracia directa participativa», en la que a través de las redes de la información, la simulación de modelos políticos y la retroalimentación de las opiniones individuales se llegue a producir un equilibrio sobre las ventajas y desventajas de determinadas decisiones.¹⁹⁸

Por otra parte, destaca Vitalis, que la dificultad del control ante la desigualdad en el «saber» entre los dos poderes del Estado, ha conducido a un empobrecimiento de los debates parlamentarios. Frente a ello, los Parlamentos han tendido a munirse de medios técnicos adecuados para contrarrestar su «falta de información». Sin embargo, siendo dependientes como lo son de las fuentes informativas administradas por el Gobierno y la Administración, parece ser que la informatización del sector legislativo es sólo un remedio parcial frente a esta dificultad, de escasos efectos si no se contemplan otro tipo de medidas, como la salvaguardia de la independencia de los bancos de datos que proporcionan información al sector público (por ejemplo,

¹⁹⁷ Cfr. Schneider, Hans Peter, **Democracia y Constitución**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 169 y ss.

¹⁹⁸ Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, **Op. Cit.**: «La contaminación de las...», pp. 274-276.

transfiriendo su administración a las Universidades), o mediante el reconocimiento de un nuevo derecho de control sobre las principales fuentes de producción informativa en materia económica y social.¹⁹⁹

B. Las consecuencias en el ámbito territorial

El problema anterior se plantea igualmente en el plano de la organización territorial del poder del Estado. La utilización de las técnicas informáticas han sido consideradas desde su aparición como un factor relevante en el desarrollo de políticas descentralizadoras²⁰⁰ y desde los años 70 puede apreciarse en Europa y los EE.UU. no sólo una ingente utilización de microordenadores por los gobiernos regionales y locales²⁰¹, sino también la incorporación en sus agendas de una política de informatización de sus respectivos sectores²⁰².

La informatización de las unidades territoriales periféricas contribuye sustancialmente a la ejecución de las políticas públicas y a un desarrollo eficiente de la gestión administrativa regional y local, puede contribuir a evitar duplicidades en la aplicación de las políticas y a formular planes de desarrollo que reunan características de mayor certeza política y técnica que aseguren su viabilidad, como al mejoramiento de las técnicas de diagnóstico y pronóstico de las necesidades sociales, que faciliten su ejecución.

Sin embargo, desde una perspectiva de la separación de los poderes en la esfera territorial, puede también ser un factor que incremente la relación de dependencia de las unidades territoriales al Poder central. El problema presentará naturalmente mayor o menor interés dependiendo del tipo de Estado y de la forma concreta en que se materializa la vinculación Estado-Región, Estado-Municipio, Poder Regional y Poder Local. El tema es especialmente sensible en materias presupuestarias, principalmente en aquellos Estados en que la elaboración del presupuesto de la Nación es competencia del Gobierno central y en los que la participación de las corporaciones locales es meramente residual en su elaboración. Allí, indudablemente, las políticas de

¹⁹⁹ Cfr. Vitalis, André, **Op. Cit.**, pp. 125-130.

²⁰⁰ Murray Laver, **Los ordenadores y el cambio social**, 1982, pp. 23.

²⁰¹ Castells, José Manuel. «Aproximación a la Problemática de la Informática y Administración Pública.» en **Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública**, Colección: Administración y Autonomía del Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1986, p. 37.

²⁰² Cfr. Gainza, Francisco Javier. «Directrices de la Política Informática del Gobierno Vasco»; José Ibáñez I Senserrich: «La informática en la Administración de la Generalidad de Cataluña», entre otros artículos publicados en «Jornadas Internacionales de...», *Ibíd.*, **Op. Cit.**, pp. 181 y ss.

descentralización del presupuesto y las técnicas de control y seguimiento de los programas de desarrollo o de inversión, podrán recibir un aliciente, al contar el Gobierno central con los medios necesarios para supervisar la acción de la administración autónoma o descentralizada del Estado, pero también puede no ser más que un elemento agregado a la mantención del statu-quo, en la medida que las políticas y planes territoriales son inducidas por una Administración central mejor dotada desde un punto de vista técnico e instrumental.²⁰³

Indudablemente el papel directriz en materia de políticas de desarrollo e inversión corresponde por antonomasia a los órganos del Gobierno central, especialmente en aquellos Estados con estructura unitaria, en los que el proceso de descentralización implica que las regiones y los municipios encuadren sus planes regionales y locales dentro de la perspectiva más amplia de los grandes objetivos nacionales. Pero una práctica auténticamente descentralizadora debe considerar el respeto a las respectivas autonomías locales y el aseguramiento de un ámbito de decisión pública que no responda a criterios puramente formales. Los Estados complejos no escapan a este tipo de consideraciones, y la informática puede también ser en ellos un eficaz instrumento al servicio de una suerte de desnaturalización de los respectivos ámbitos de competencia en la organización territorial del poder, con los déficit democráticos y constitucionales que ello puede comportar.²⁰⁴

Por cierto, el peligro a que hacemos referencia no se residencia únicamente en las esferas de decisión económica, sino también en los otros variados aspectos que la teoría y la práctica de la descentralización atribuyen a las colectividades locales, como la gestión de las políticas medioambientales, de salud, de educación o del fomento de la cultura. No hay materia en la cual el Gobierno central no manifieste interés y es en el seno de esta tensión entre el centro y la periferia donde la eclosión informática debe estar sometida a controles eficaces que eviten las distorsiones en el funcionamiento del sistema.

²⁰³ Cfr. Subirats Humet, Joan. Op. Cit.: «Un problema de estilo...» El autor señala que entre los recursos más importantes que posee la burocracia (y por cierto, la burocracia central) en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas es el «control sobre la información». Sobre ello ha dicho: «Ante todo el control sobre la información y su misma capacidad profesional. La burocracia es quien conoce mejor qué está realmente sucediendo en la aplicación de los programas públicos, conoce el grado de aceptación que generan y los principales fallos en su diseño que deberían modificarse. De alguna manera pueden implícitamente intercambiar información por influencia en el proceso decisional. El tipo de información suministrada puede conducir a que ciertos tipos de decisiones se consideren inevitables...Lógicamente no tienen el monopolio ni de la información ni de la capacidad profesional, de hecho cada tema o problema que la Administración se plantea resolver genera sus propias redes de información e influencia, pero el lugar que ocupa la burocracia en el proceso de actuación de los poderes públicos confiere a esos recursos (información, *expertise*) un papel nada desdenable.» Ver p. 49.

²⁰⁴ Subirats estima que en España no son más de 300 personas los auténticos protagonistas de la formulación de las políticas públicas. Ibíd., Cfr., Op. Cit., p. 41.

Es sabido que para el Gobierno central la mayor fuente de información está constituida por los datos que les son proporcionados desde estas esferas, en aspectos tan variados como el registro de los ciudadanos en materia civil y electoral o en los catastros urbanísticos, patrimoniales y de salud que son frecuentemente controlados por los municipios.²⁰⁵ Un conjunto de informaciones, por lo demás, que dada su cercanía a lo que puede estimarse como los intereses más vitales de los ciudadanos pueden incidir, cuando son mal utilizados, no sólo en la disminución de los poderes territoriales, sino en la vida misma de las personas, grupos o asociaciones objetos de la recolección. La técnica de la protección de datos debe proveer, por tanto, a asegurar igualmente este último ámbito de autonomía.

Desde un punto de vista organizacional, que es el que aquí nos interesa, cabe igualmente al Estado otorgar a los órganos del poder territorial los instrumentos técnicos adecuados que les permitan contrarrestar los efectos nocivos que el monopolio del «saber» en el Gobierno central puede importar a los niveles decisionales autónomos constitucionalmente garantizados, de modo que la democracia local y las instancias de representación y participación ciudadana en la esfera local no se vean minimizados. Llegados a este punto, similares prevenciones a las que formuláramos en el epígrafe anterior respecto a las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, pueden ser consideradas, de manera que cabe hacer una remisión a lo que ya enunciáramos anteriormente.

5. Tendencia a la disminución de la esfera de autonomía de los individuos

La dignidad de la persona exige reservar a ésta un ámbito de libertad libre de interferencias que coadyuve a su desarrollo autónomo en una sociedad democrática. Esta consideración de un ámbito de autonomía no sujeto a contaminaciones es una pieza clave de todo auténtico Estado Democrático de Derecho.

La forma específica en que se ha producido históricamente esta separación entre el Estado y el ámbito de «atribuciones» correspondientes a los individuos, recibe explicación sociológica en el proceso de burocratización del Estado y del Derecho. Sólo «la completa despersonalización de las funciones en la burocracia y la sistematización racional del Derecho - ha afirmado Max Weber²⁰⁶ - han conducido en principio a la mencionada separación», a una «rigurosa distinción conceptual entre un orden jurídico <objetivo> y los <derechos subjetivos> de los individuos por él (el Estado) garantizados.»

²⁰⁵ Cfr. Vitalis, André, **Op. Cit.**, p. 131.

²⁰⁶ Weber, Max, **Op. Cit.**, p. 749.

En consecuencia, si el Derecho constituye una de las formas de dominación legítima en la terminología weberiana, en caso alguno la utilización de esta técnica de control social, especialmente a través de lo que Weber denomina el tipo más puro de dominación legal: la burocrática, puede impunemente trasgredir esa esfera de atribuciones que el propio Estado reconoce a los individuos, al dotarlos de personalidad.²⁰⁷ Menos aún cuando modernamente se postula, en una concepción que indudablemente supera la teoría clásica de los derechos subjetivos que «los derechos humanos tienen que ser reconocidos como fines de la acción política.»²⁰⁸

La racionalidad burocrática, por otra parte, no es exclusiva del sector público, ella también despliega su actividad en los ámbitos privados, a través de las empresas y grupos de interés. Por su intermedio los ciudadanos son muchas veces sometidos a vigilancia, en conformidad a las propias exigencias de funcionamiento del Estado social o por imperativos del mercado o de la planificación de las actividades económicas. La conservación del orden público, la seguridad nacional o el mejoramiento de las condiciones de salud y educación de la población, son, entre muchos otros, fines que el Estado debe cumplir, y para cuyo cumplimiento requiere de grandes flujos de información sobre sus ciudadanos. Las empresas, igualmente, requieren para desarrollar sus estrategias productivas realizar innumerables encuestas con el objeto de enterarse de los hábitos de consumo y de las preferencias de sus clientes. Esto no es una novedad, y más bien es una constante en el funcionamiento del Estado y las empresas, aún en etapas pre-informáticas.

Lo verdaderamente novedoso es la multiplicación geométrica de informaciones que los detentadores de bases de datos pueden obtener mediante la utilización de las nuevas técnicas de procesamiento informático, la posibilidad de cruzarlas, y de generar bases de información a través de las cuales influir de manera ilegítima en el comportamiento de las personas. Es frecuente la tentación del Estado de recabar ciertas informaciones, con el fin de adoptar medidas de tipo preventivo en materia sanitaria, educativa y policial, de un modo tal que esta actividad ha llevado a veces a clasificar a los ciudadanos en categorías de riesgo que pueden incidir en el curso futuro de sus propias vidas. No sólo la intimidad personal o familiar puede resultar, de este modo, dañada. Hay otros aspectos de la personalidad, como los que se vinculan a la esfera patrimonial, que son cada vez más requeridos por las empresas prestatarias de servicios, para calificar a sus potenciales empleados y al conjunto mismo de sus

²⁰⁷ Cfr. Jellinek, Georg, Op. Cit., «Teoria dei Diritti...», p. 63.

²⁰⁸ Höffe, Otfried, **Estudios sobre Teoría del Derecho y otros ensayos**, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política-19, dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez, Distribuciones Fontamara, S.A., México D.F., 1992 (2^a ed.), p. 101.

posibles clientes. La generalización de las tarjetas de crédito y el uso de cajeros automáticos en las actividades bancarias, de tarjetas sanitarias informatizadas en el ámbito de la salud o de sistemas de compraventa electrónica son un ejemplo de estas nuevas posibilidades, frente a las cuales el individuo se encuentra frecuentemente indefenso. Ocurre, con cierta habitualidad, que la prestación de informaciones es otorgada sin que se requiera el consentimiento de los interesados, o como se sostiene actualmente, sin que ese consentimiento sea un consentimiento informado o ilustrado acerca del uso que podrá darse a esta información. La mayoría de las veces, la información se constituye en una exigencia para el acceso a cierto tipo de prestaciones o servicios, quedando muy reducido el papel de un consentimiento libre de los afectados.

No se trata evidentemente de que deba obstaculizarse esta actividad de información de las empresas o de los servicios estatales. Ellas son un componente indispensable para el buen desarrollo de sus actividades. Se trata únicamente de prever que ellas afecten ese área indisponible de libertad de los individuos y el aseguramiento de que sus decisiones sean adoptadas con autonomía, con plena conciencia de la valoración del por qué se adoptan determinadas decisiones, de manera que ellas no respondan a condicionamientos heterónomos de su conducta que no están autorizados por el Ordenamiento Jurídico.

III. LA REGULACIÓN DE LA PRIVACIDAD INFORMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

1. Consideraciones generales

Las reflexiones anteriores, no han estado ajena a la realidad chilena, sin perjuicio de que el problema no sólo se plantea frente al Estado, sino que también, y de manera muy importante, frente a los particulares.²⁰⁹

Naturalmente, desde la década de los 80 se comenzó a comprender que la sociedad informatizada habría de implicar desafíos legislativos para el Estado. Y más aún: desafíos de carácter constitucional, porque la emergencia de la informatización de la sociedad conduce a modificaciones en la estructura de distribución de poder dentro del Estado, que no encuadran fácilmente con los supuestos del constitucionalismo clásico.

²⁰⁹ Informaciones reservadas de los bancos, de los servicios de cobranza, de las empresas encuestadoras, listados de clientes de diversos almacenes, se agregan como preocupantes fuentes de información a aquellos archivos administrados por órganos estatales.

Sin embargo, es de sobra conocido que el proceso de discusión que se ha tenido en Chile para legislar sobre la materia, ha debido atravesar por un largo e intrincado laberinto, lleno de tropiezos y dificultades.

En efecto, han pasado más de doce años desde que se planteó por primera vez esta problemática, sin que hasta la fecha se haya podido llegar a una solución satisfactoria. ¿A qué se ha podido deber una situación tal?, ¿Al simple desinterés por legislar en la materia?, ¿A la incomprensión sobre la naturaleza de la protección que había que brindar a las personas? o, simplemente ¿A las presiones ejercidas por las organizaciones vinculadas a las empresas informáticas?

Es probable, que éstos y otros aspectos, no mencionados aquí, hayan contribuido, de consuno, a este letargo; sin perjuicio de que haya jugado su papel la creencia extendida, hasta hace poco, de que esta problemática es constitutiva de una suerte de exotismo de la dogmática constitucional. Ello, por cuanto habría asuntos más relevantes y prioritarios que cautelar en la defensa de la libertad de los individuos. Coadyuva a lo anterior, la circunstancia de que la expresión “privacidad”²¹⁰, es una expresión revestida de cierta carga ideológica, en la medida que enraíza con los orígenes del Estado democrático y liberal. Tanto es así, que los primeros aspectos referidos a esta libertad fueron la inviolabilidad del domicilio²¹¹ y el secreto de las comunicaciones²¹²; es decir, una mirada patrimonialista del derecho²¹³ que al decir de Vitalis²¹⁴, en Francia o de Pérez Luño, en España²¹⁵ ha hecho que se mire a la privacidad con cierto recelo, como un derecho vinculado a propósitos marcadamente individualistas.²¹⁶

La temática, por cierto, era muy ajena al Derecho Constitucional y la noción

²¹⁰ “Barbarismo” del lenguaje, como lo cataloga Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, en **El Derecho a la Autodeterminación Informativa**, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

²¹¹ Consagrado por primera vez en Francia por el decreto del 19-22 de julio de 1791.

²¹² Derecho que encuentra su origen en un decreto de fecha 5 de diciembre de 1789, dictado a iniciativa de Mirabeau con la finalidad expresa de reaccionar frente a las prácticas indiscretas del Antiguo Régimen.

²¹³ Ver, Peña González, Carlos, en «El Derecho Civil en su relación con el Derecho internacional de los derechos humanos», contenido en **Sistema Jurídico y Derechos Humanos**, libro editado por Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 561.

²¹⁴ Vitalis, André, «Informatique, Pouvoir et...», **Op. Cit.**, p. 147.

²¹⁵ Pérez Luño, Antonio E., **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 326.

²¹⁶ Bajo la vigencia de la Constitución de 1833, los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, consagrados en los artículos 137 y 138 de dicha Constitución, formaban parte del Capítulo IX de la Constitución, titulado: “**De las garantías de la seguridad y propiedad.**”

misma de la vida privada no formó parte de ninguna de las constituciones y declaraciones de derechos del siglo XIX, no obstante que se contemplaron mecanismos de protección referidos a distintos aspectos de la misma. El derecho a la vida privada era - por así decirlo -, y hasta fechas muy recientes, el “pariente pobre” de los catálogos constitucionales. Piénsese que en Chile, recién se introduce con la Constitución de 1980.

Debemos, igualmente agregar, que a las anteriores causas que pueden explicar la lenta reacción del legislador, se suman factores de contexto. Me explico. Si el derecho a la vida privada, pudo satisfacer las exigencias del buen burgués de los siglos XVIII y XIX, que aspiraba al reconocimiento a su derecho a ser dejado solo, la libertad así concebida, como simple libertad negativa, útil a individuos autónomos y racionales del estereotipo de individuos a que aspiraba el proyecto de la Ilustración, parecía digna de ser cuestionada en un contexto de sociedades como la nuestras, caracterizadas por una fuerte estratificación social. Era fácil percibir, entonces, una suerte de desconexión entre el contenido aséptico de estas normas y la realidad social. La pregunta era: ¿Vale lo mismo, verdaderamente, la privacidad de un parlamentario, de un agricultor, que la del hombre que nos distribuye cada día el periódico o del que recoge con su carretón los desperdicios de papel en las calles?

La respuesta podía comprensiblemente reforzar la imagen de exotismo que la protección de los datos de la vida íntima genera a un observador desprevenido.

Con todo, estos efluvios del s. XIX, con su pesada apariencia, han debido sufrir - como creemos haber demostrado en la primera parte de este trabajo -, los embates del progreso y, específicamente, los del progreso técnico, haciendo, por tanto, vanas las reservas superficiales frente al tema, principalmente cuando no hay ningún exotismo en la manera como la concentración del poder informativo en el Estado o en los particulares, afecta de modo sustancial nuestro propio desenvolvimiento en la sociedad.

Afortunadamente, la situación actual es que el Congreso Nacional ha asumido esta perspectiva y la moción del Senador Cantuarias para regular la vida privada ha tenido una interesante evolución en su tramitación legislativa. El inconveniente, sin embargo, ha sido el de seguir un método para la regulación de los datos personales que ha demostrado claramente su fracaso en legislaciones comparadas. Éste consiste en concebir el derecho a la vida privada como un derecho “catch all”, desde el cual se van desprendiendo otras múltiples exigencias derivadas de protección, entre las que se encontraría la protección de los datos personales.

Es así, por ejemplo como en los Estados Unidos, país donde el concepto de

“privacy” ha tenido un gran desarrollo, el concepto unitario de la misma hace crisis desde los años sesenta, con la Sentencia *Griswold v. Connecticut* abriéndose hacia campos insospechados, como el reconocimiento, por esta vía del aborto, en *Roe v. Wade*, en 1973, o utilizándola como premisa para el reconocimiento de otros derechos: libertad de asociación en *NAACP v. Alabama* o de la libertad de opinión, en el caso *Watkins*.²¹⁷ Afortunadamente, la preocupación por esta tendencia se ha manifestado en la propia Corte Suprema Americana, cuando el juez Black denunció el peligro de hacer confluir todo bajo el común concepto de *privacy*.²¹⁸

En Francia, por su parte, el filósofo del derecho y constitucionalista Gilles Lebreton, ha denunciado el carácter de “droit balkanisé” del derecho a la vida privada, razón por la cual plantea en su libro escrito en 1995, que mientras “su valor constitucional no sea claramente afirmado, el derecho a la vida privada permanecerá, por desgracia, como una libertad pública de segundo rango.”²¹⁹

En Italia, la amplitud de la noción “riservatezza”, ha llevado a problemas semejantes a los anteriormente enunciados, amén de que en Italia aún no es posible legislar sobre *banche dei dati*.²²⁰

La tramitación legislativa del proyecto Cantuarias ha tenido la fortuna de enfocar su atención hacia la protección de los datos personales, como veremos a continuación.

En consecuencia, la creencia de algunos²²¹ de que derechos como el de libertad informática o autodeterminación informativa son derechos que habrán de ser derivados de la práctica pretoriana de nuestros jueces, parecen un imposible, cuando en cerca de 20 años de vigencia del artículo 19 N° 4 de la Constitución, la actividad judicial ha sido relativamente poco creativa.²²²

²¹⁷ Revisar por todos: Ventura, Marina. “Silenzi di equivoci nella giurisprudenza sulla privacy della Corte Suprema Americana.”, *Quaderni Costituzionali*, N° 2, agosto de 1994, *passim*.

²¹⁸ Dirá este juez: “...una de las maneras más eficaces para debilitar o expandir un derecho constitucionalmente garantizado es sustituir a la palabra o a las palabras cruciales de una garantía constitucional, otra que, sea, a su vez, más o menos flexible o más o menos estrecha en su significado.” Citado por Ventura, en Op. Cit., p. 264.

²¹⁹ Lebreton, Gilles, **Libertés publiques et droits de l'homme**, Armand Colin Editeur, Paris, 1995, p. 270.

²²⁰ Compartiendo en Europa este defecto sólo con Grecia.

²²¹ Por todos, el eminent civilista chileno Enrique Barros Bourie, con el cual lamento ahora discrepar, en su artículo: “La privacidad como secreto.”, publicado por la Revista *Artes y Letras* del diario *El Mercurio* de Chile, 15 de septiembre de 1996.

²²² Ver López Santa María, Jorge. “Consideraciones Sobre el Derecho a la Privacidad o al Secreto de la Vida Privada.”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, N° 79.

En consecuencia, no sólo en punto al derecho a la vida privada es necesario, al igual como ocurrió en Francia con la Ley de 17 de julio de 1970²²³, acudir a la *interpositio legislatoris*, sino que también hay que hacerlo, como ocurrió en ese mismo país con la Ley de 1978²²⁴ y como ha ocurrido ampliamente en Europa y América latina, para regular la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos.

Finalmente, bástenos aquí con recalcar que esta forma de protección ha ido ganando - como se ha dejado de manifiesto también en otras ponencias de este seminario - , una especificidad propia, de modo que es posible hablar de la existencia de un nuevo derecho fundamental. La jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán en la sentencia sobre el censo, y la jurisprudencia de sus homólogos español y francés²²⁵ han dado los primeros pasos en este reconocimiento que, en América latina, como hemos tenido oportunidad de ratificar en el Seminario, se manifiesta, por influencia de la Constitución del Portugal y más recientemente de la Constitución española, directamente en las constituciones, por la vía de la consagración del Hábeas data.

2. Los proyectos de legislación en materia de libertad informática

Corresponde, ahora, vincular la temática anterior con proyectos de legislación de la libertad informática.

Podemos diferenciar, a lo menos, cuatro etapas en los intentos locales de regulación del tema que nos ocupa. La primera de ellas, corresponde a los proyectos elaborados durante el régimen militar por la comisión designada por el ministro de Justicia de la época. La segunda, es coincidente con el proyecto elaborado durante el gobierno del Presidente Aylwin por la Comisión nombrada por el ministro Cumplido. La tercera, corresponde a algunas mociones legales presentadas en fechas recientes, que han sufrido diversa suerte y, especialmente a la moción del senador Cantuarias y a las disposiciones incorporadas en el Proyecto de Ley sobre las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo. La última, la hacemos coincidir con el giro

²²³ A juicio del constitucionalista Jacques Robert, esta ley no hizo otra cosa que sistematizar y complementar el conjunto de los importantes, pero siempre limitados, principios elaborados por la jurisprudencia en el período que le precedió. Ver, Robert, Jacques, **Droits de l'homme et libertés fondamentales**, quinta edición, Montchrestien, París, 1994, p. 354.

²²⁴ Nos referimos a la LOI N° 78-17 du 6 janvier relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JO 7 et rectif. 25 janv. 1978).

²²⁵ Decisión de 13 de agosto de 1993, “Maîtrise de l’immigration”, RFDA, 1993. 887.

que toma la moción Cantuarias mediante la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, durante el análisis de la misma, tal y como fuera remitida a esta Cámara por el Senado de la República.

a) Los proyectos de la Comisión HAJNA

Entre los meses de abril y noviembre de 1985 se realizaron en Chile los primeros esfuerzos dirigidos a legislar en materia informática. Para estos efectos, se creó, durante ese año, en el Ministerio de Justicia, una Comisión presidida por el Sr. Eduardo Hajna, que elaboró un anteproyecto de ley informático que fuera remitido en consulta a distintas organizaciones relacionadas con la materia. Sobre la base de las respuestas recibidas se elaboró, en septiembre de 1986, el primer proyecto de ley informático realizado en Chile. Sin embargo, el proyecto fue sometido a sucesivas revisiones, que dieron lugar a nuevas versiones del mismo en abril de 1986, febrero de 1987, mayo de 1987 y junio de 1988.

Estos proyectos que contenían ya gran parte de los aspectos más definitorios de las leyes de protección de datos, no derivaron nunca, pese a ello, en textos legales positivos. Entre las dificultades que tuvo la materialización de estos proyectos, se encuentra, probablemente, el intento por parte de las comisiones constituidas durante el régimen militar de resolver, en un solo cuerpo legal, todos los aspectos relativos a la informática; esto es, la regulación de aspectos tan variados como el delito informático, la regulación del software y el hardware, la modificación del sistema chileno de pruebas y la protección de la libertad informática.

Tratándose de proyectos iniciales en la materia, podemos constatar en ellos algunas deficiencias en la regulación de los derechos de las personas afectadas en el tratamiento automatizado de los datos personales, entre las que podemos mencionar, la ausencia de regulación del llamado derecho de impugnación. Este derecho se ejerce frente a los actos administrativos o decisiones privadas que implican una valoración del comportamiento de una persona, cuando tiene como único fundamento el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. En lo que toca al derecho de acceso, se confunde éste, en su tratamiento, con el derecho de información.

Finalmente, si bien es cierto que estos proyectos consignaron el llamado derecho a corregir las informaciones inexactas contenidas en un archivo de datos, como la obligación del responsable del archivo de comunicar la corrección efectuada a las entidades a que se haya cedido la información o a aquellas de quienes las recibió, no señalan un plazo para que el responsable del fichero cumpla con su deber de rectificar.

Respecto del derecho de cancelación, se entiende que éste debe operar respecto a informaciones que lesionan la vida privada del afectado, lo que a nuestro juicio revela una incomprensión respecto del bien jurídico protegido, el que no se reduce, pura y simplemente al derecho a la vida privada.

La principal crítica que puede formularse a este proyecto se debe a la ausencia de disposiciones destinadas a establecer una autoridad de control de las bases de datos constituidas por el sector público o los particulares, situación que habría ocasionado un menoscabo en el ejercicio de los derechos por parte de las personas afectadas.

b) El Proyecto elaborado, en 1993, durante el Ministerio Cumplido

El Proyecto elaborado por esta Comisión importa un notable avance en relación con los proyectos anteriores. Sin embargo, y pese a que en relación a ellos, incorpora a su tratamiento, derechos como el de impugnación, mantiene una regulación conjunta de los derechos de acceso y de información, a los que debió tratar en forma separada.

Desde un punto de vista formal, el proyecto puede ser objeto de crítica en cuanto a la forma de regular los derechos de los afectados, que pudo haber sido más específica y pormenorizada, aunque debe destacarse que incorpora la existencia de un organismo de control de naturaleza independiente al que denomina Servicio Nacional de Protección de Datos.

No sería extraño que la misma consideración de este organismo de control haya sido la causa de que el proyecto quedara bloqueado en su tramitación al interior del propio Gobierno. ¿Las razones? Posiblemente la falta de simpatía frente a la idea de la creación de un nuevo organismo que había de implicar un crecimiento de la burocracia estatal.

El Proyecto, que sigue muy de cerca la Ley española de protección de datos de 1992, tenía, sin embargo, el inconveniente de dejar fuera de sus disposiciones, las bases de datos de las Fuerzas Armadas y de los servicios policiales y de inteligencia, tema delicadísimo, que optó por remitirlo a la regulación de sus propios estatutos internos.

Evidentemente una solución de esta clase habría de estar fuera del marco establecido por la propia Constitución para la regulación de los derechos constitucionales, los que jamás pueden quedar entregados a la pura órbita del reglamento.

c) La moción original del Senador Cantuarias y las modificaciones que ha sufrido la moción

c.1. La moción del senador Cantuarias

c.1.1.- *Su tramitación ante el Senado.*

Con fecha 5 de enero de 1993, se dio cuenta en la Sala del Senado de una moción presentada por el Senador Cantuarias, con la que inicia un proyecto de ley sobre protección de la vida privada. El proyecto queda incluido en la convocatoria a la legislatura extraordinaria de sesiones del Congreso Nacional.

La pretensión de su autor es la de brindar “una adecuada protección a la privacidad de las personas en el ámbito del Derecho Civil, donde se evidencia un vacío en nuestra legislación. Se trataría, entonces, de crear un Código o Estatuto Jurídico de la Privacidad.

El texto se inspira - como se señala en la misma moción - , fundamentalmente, en la Ley Orgánica N°1, española, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en la ley francesa de informática, ficheros y libertades de 1978, y en las leyes de protección de datos de Noruega (1978) y Gran Bretaña (de 1984), entre otros textos, de los que cita el Código Civil argentino y el Código Civil francés.

El proyecto se divide en cuatro capítulos, de la siguiente manera: El Título I, establece disposiciones generales; el Título II se refiere a la protección de los datos; el Título III, a las intromisiones ilegítimas en la vida privada y, el Título IV, al Tribunal competente y al procedimiento.

El Proyecto tiene, indudablemente, la virtud de ser el primero que logra iniciar sin tropiezos su iter legislativo y de poner, por primera vez en discusión en el Parlamento la necesidad de atender a una regulación de la vida privada, fijando el contenido del derecho proclamado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución de una manera sistemática.

Su autor, sin embargo, parece no tener presente, en esta primera etapa, las disposiciones de la entonces reciente Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos Personales de España, que fuera dictada, precisamente, durante el año anterior, como directo corolario de las presiones recibidas por el Gobierno español de parte del Consejo de Europa en orden a regular estas materias. Tampoco toma en consideración

los diversos proyectos sometidos a tramitación legislativa en el Parlamento italiano.

La moción contiene 26 artículos, de los cuales, la mayor parte de ellos está dirigida a regular la protección de los datos personales.

Son pocas las disposiciones encaminadas al establecimiento del Estatuto de la vida privada, no obstante que avanza en algunos sentidos al concebir la vida privada como comprensiva de, a lo menos, cuatro bienes jurídicos a los que se estima dignos de protección. Esto es (artículo 2.º) : a) el derecho a la propia imagen; b) el derecho a la intimidad personal y familiar; c) el anonimato y reserva; d) el derecho a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones y d) el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas.

Por cierto, varios de estos derechos no se encuentran contemplados en la regulación constitucional de la vida privada de los artículos 19 Nº 4 y 19 Nº 5, pese a que en el caso del derecho a la propia imagen la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, consideró, como nos recuerda Evans de la Cuadra, que se entendía incorporado en el derecho a la vida privada del artículo 19 Nº 4.

El artículo 14 de la moción establecía un catálogo, aunque abierto, de los casos que deberían ser considerados como intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, haciendo referencia, especialmente, a la utilización de medios técnicos destinados a reproducir la imagen o la voz de una persona con el objeto de reproducir o conocer la vida íntima de las mismas. Las letras a) y b) de esta disposición, que se refieren a la materia, no distinguen si el lugar en que se utilizan estos medios técnicos son públicos o privados y sólo mira a la finalidad de su utilización.

En el transcurso del debate de la iniciativa en el Senado, y a la luz de algunos informes agregados a los antecedentes, se fueron decantando ciertos aspectos. Así, por ejemplo, en su primer informe, la Comisión de Constitución Legislación y Justicia, optó por suprimir del artículo segundo de la moción, la referencia que hacía al derecho del anonimato y de reserva²²⁶, por cuanto a juicio de la Comisión: “Hay determinados antecedentes que no deben permanecer desconocidos, sin romper el justo equilibrio entre el derecho a la privacidad que le asiste a toda persona y el hecho de que ella vive en sociedad.” Se trataba de evitar la colisión con el legítimo ejercicio de la libertad de información.

²²⁶ Durante el debate, el Senador Cantuarias estimó que este derecho apunta “en la dirección de que los datos de las personas que figuran en los registros de determinadas instituciones, organismos y servicios, no puedan ser dados a conocer por éstos, sin autorización expresa del titular.”

Del mismo modo, entre las modificaciones relevantes de la Comisión de Constitución del Senado, se optó por reducir el universo de la casuística del artículo 14 respecto de las intromisiones ilegítimas en la vida privada, para dejar solamente la descripción más general que se hace en la última letra del precepto. Es decir, que hay intromisión ilegítima en la vida privada de una persona en todo acto u omisión arbitrario o ilegal que moleste, perturbe, amenace o prive a una persona del ejercicio legítimo del derecho a su vida privada.

Por indicación de la Senadora Feliú, se dejó constancia de la supresión de la referencia, en el artículo segundo, a la expresión: “una vida tranquila, sin hostigamiento ni perturbaciones” por considerarse que ella es una consecuencia una “aplicación de la intimidad”.

Desde luego, no corresponde efectuar aquí una transcripción completa del desarrollo de la discusión de esta moción en el Senado. Solamente hemos resaltado algunos de los temas que nos han parecido más relevantes en la misma. Ciertamente, otros aspectos, como los relativos a la indemnización de perjuicios o a aspectos específicos del tratamiento de los derechos de los afectados resultan de gran interés.

Pese a todo, debemos señalar cuáles son las grandes líneas de apreciación crítica que podemos destacar en el proyecto remitido por el Senado a la honorable Cámara de Diputados.

Ellas son, a nuestro juicio, las siguientes:

1. Una cierta falta de comprensión respecto a que el bien jurídico protegido a través de las técnicas de protección de datos no se reduce exclusivamente al derecho a la vida privada. Queda claro de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, recaída sobre la Ley del Censo de 1983, que basta con la presencia de datos absolutamente aislados, que no digan relación alguna con la intimidad, para que la lesión al derecho de autodeterminación informativa pueda producirse a consecuencia de la vinculación de estos datos y de la construcción de un perfil del individuo que no corresponde a su personalidad.

Ha sido ampliamente demostrado que la tendencia seguida por algunas legislaciones, como la norteamericana y la italiana, consistente en subsumir bajo la figura de la *privacy* o de la *riservatezza*, el conjunto cada vez más amplio de atentados posibles en contra del derecho a la intimidad, conduce inevitablemente a un desperfilamiento cuantitativo y cualitativo de las figuras jurídicas que sirven de marco a este procedimiento.

Puede observarse en el iter legislativo de los proyectos chilenos sobre la materia, que el seguir la tendencia indicada ha ido generando sucesivas confusiones y traslapos normativos en el desarrollo y discusión de estos proyectos que, afortunadamente, han podido ir salvándose, sucesivamente, en este proceso.

Pero las evidencias son claras: se regula un conjunto de derechos que se entiende pertenecen a la esfera del derecho a la vida privada: derecho al anonimato y reserva o el derecho a una vida tranquila sin hostigamientos ni perturbaciones, derecho a la propia imagen. La lista podría haber sido extendida ad infinitum, ya que la enumeración contenida en la moción era simplemente ilustrativa.

El profesor Gastón Gómez ya advertía, en su informe al Senado, sobre las consecuencias que el método podía ocasionar respecto de la procedencia del recurso de protección. Ponía en tela de juicio el que el recurso fuera procedente respecto de figuras no contempladas, de manera expresa, en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, como es el caso, por lo demás, del derecho a la propia imagen.

2. Junto a lo anterior, la moción incurre en una pretensión parecida a la que, posiblemente, hizo fracasar los proyectos de la Comisión Hajna: el querer regular todo el marco de situaciones referentes a la vida privada. En efecto, como hemos dicho, la moción está compuesta por normas destinadas a regular la vida privada de las personas y, en cierto modo, a establecer una línea divisoria entre el concepto de lo público y lo privado (artículo 14), fijando las pautas de lo que consideraba las intromisiones ilegítimas en la vida privada de los individuos.

Sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones están orientadas a regular el tratamiento automatizado de datos personales, aunque sus disposiciones en esta materia no han sido, en ningún caso, exhaustivas.

3. En relación a los derechos del afectado, detectamos los siguientes problemas:

a) La confusión entre el derecho de acceso y el derecho de información, en el artículo 11. La moción parece no comprender esta importante diferencia y, en la medida que no se contempla en ella una autoridad pública que controle y ponga a disposición de los ciudadanos las listas de archivos de datos que registra, la garantía servirá de poco en la medida que será muy difícil que el afectado pueda tomar conocimiento de la existencia de datos que le conciernen.

b) Una regulación muy incompleta, en el artículo 12, de los derechos de rectificación y cancelación.

En síntesis, podemos afirmar que si bien el proyecto tiene la virtud de iniciar la discusión sobre el tema de la protección de datos, es todavía, en su etapa inicial, muy imperfecto y sujeto a toda clase de correcciones.

c.1.2. Su tramitación ante la Cámara de Diputados

La moción del Senador Cantuarias, bastante modificada por el Senado antes de su envío a la Cámara, sufre en la Cámara de Diputados una transformación sustancial, que cuenta, por lo demás, con el asentimiento de su autor.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados estimó oportuno encomendar a dos de sus diputados, los Sres. José Antonio Viera Gallo y Luis Valentín Ferrada, la redacción de un nuevo texto abocado directamente a regular la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos personales.

La decisión de la Comisión ha sido, sin duda, muy acertada, y mejora de manera sustancial la moción original, encaminándose en la perspectiva clásica de las técnicas de protección de datos.

El nuevo Proyecto se articula sobre la base de cuatro títulos y un título preliminar. Este último establece disposiciones generales, fijando el principio inspirador de la ley, la definición de datos personales y el derecho a información de los afectados. El Título I, regula el procesamiento y utilización de datos personales; el Título II, los derechos de las personas afectadas; el Título III, el procesamiento y utilización de datos personales por los medios de comunicación social y, finalmente, el Título IV, las sanciones y acciones a que da lugar la ley.

Si bien es cierto que, como hemos dicho, el nuevo proyecto emanado de la Comisión de Constitución de la Cámara, se encamina en el correcto sentido, en la medida que opta por proteger los datos y no por continuar en la espinosa senda de pretender un estatuto global de la privacidad en el que se incluye la protección de los datos junto a un variopinto universo de bienes jurídicos, es necesario introducir algunas modificaciones de fondo y forma.

Por esta razón manifestamos ahora nuestras principales apreciaciones en torno al “nuevo” proyecto. Ellas dicen relación con las ideas inspiradoras del proyecto, en las que nos parece denotar tres perspectivas inspiradoras cuestionables, referidas tanto a los aspectos de principio, como al ámbito de aplicación de futura ley y al sistema de control preferido.

A. En relación al principio inspirador, el proyecto parte de la base de reconocer a toda persona el derecho a recolectar, procesar, custodiar y transferir datos. Así lo expresa en su artículo primero, agregando luego, en el segundo inciso, que reconoce este derecho con el “propósito de proteger a las personas por el uso que terceros puedan hacer de sus datos personales.”

Se trataría, entonces que el legislador, fije los límites a este derecho a la libre recolección, proceso, custodia y transferencia de los datos.

Nos parece que un tal tratamiento del problema nos lleva a situar su conceptualización jurídica, precisamente, en el terreno menos oportuno, porque lo que las técnicas de protección de datos tratan de lograr no es ampliar las posibilidades jurídicas de individuos para recoger informaciones sobre los demás, sino que precisamente todo lo contrario.

El punto de partida para la teoría de la protección de datos es que los medios técnicos facilitan de un modo altamente inconveniente la circulación de informaciones sobre datos personales de los individuos que, incorporados en registros manuales o automatizados, pueden derivar en la elaboración de un perfil postizo de la personalidad de un sujeto.

No se piense, sin embargo, que lo que queremos afirmar es el aspecto de la intimidad que se vincula a su clásico reconocimiento como libertad negativa, al derecho a ser dejado solo, formulado por el juez Cooley²²⁷.

Muy lejos estamos de una perspectiva semejante, tanto porque creemos que el concepto moderno de intimidad supera ampliamente su conceptualización como libertad negativa y que hoy más bien debe pensarse como un derecho que permite a los individuos positivamente controlar aquellos aspectos que, a su juicio, deben permanecer bajo alguna esfera de reserva, como porque tratándose de la protección de datos estamos en presencia de un derecho autónomo distinto a la intimidad, con un perfil propio.

De manera que, si se quiere comprender bien el fenómeno que debe ser objeto de la regulación, se debe partir de la base de reconocer el derecho a la libertad informática de los individuos y no el derecho general a recolectar y difundir información porque, este último, si hemos de concebirlo como un derecho, está llamado a ocupar un lugar distinto del que es ahora objeto de preocupación por los legisladores.

²²⁷ Cooley, Thomas, “A treatise on the Law of torts or the wrongs which arise independently of contract.” Callaghan, Chicago, 1932.

Por lo demás, así lo entendió don José Antonio Viera-Gallo en la sesión de la Cámara de Diputados de martes 30 de julio de 1996, cuando informó el proyecto, al señalar que “el hecho de recoger y registrar datos personales constituye una limitación en la esfera de los derechos de las personas”, es decir, lo contrario de lo que expresa el artículo primero. A mayor abundamiento, y después de citar que el proyecto se basa, principalmente, en las leyes alemana y española y de referir como el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa, el diputado Viera-Gallo ha dicho: “Eso es lo que hace este proyecto: determina una limitación a la libertad de información y, al mismo tiempo, establece una habilitación de quién y cuándo puede recoger los datos personales.

B. Desde el punto de vista del ámbito de aplicación, nos parece que si bien el proyecto no distingue entre bases de datos públicas o privadas, la forma de su registro, y la limitación a que los registros privados sujetos a esta obligación son únicamente los “organizados con la finalidad de darlos a conocer a terceros” (artículo 13, inciso segundo del Proyecto), denota el mayor temor del legislador frente a la información controlada por la Administración. De otra manera no se explica que se haya optado por entregar la actividad de registro a la Contraloría General de la República.

Es evidente que la concentración de informaciones en el seno del Poder Ejecutivo y de la Administración, es un riesgo que hay que prever en garantía de la libertad, pero no debe perderse de vista que en la sociedad moderna los grandes centros de información y la mayor concentración del poder informático no se encuentra, precisamente, en los órganos del Estado.

Y aquí lindamos con otro aspecto interesante de la protección, en la medida que en relación el derecho de autodeterminación se hace plenamente justificable la teoría de la *drittewirkung*, es decir, aquella teoría de acuerdo con la cual los derechos constitucionales no sólo tienen eficacia frente a la Administración en su forma tradicional de derechos públicos subjetivos que se ejercen frente al Estado, sino que también vinculan a los particulares.

C. En cuanto al sistema de control. El “proyecto de la Cámara” opta por establecer un sistema de Registro, al estilo anglosajón, pero con la particularidad de que éste deberá ser efectuado ante la Contraloría General de la República.

¿Cuáles son las dificultades que vemos en esto? Principalmente, tres:

a) Que la obligación de registro solamente está concebida para los registros públicos y que, del tenor del artículo 13 inciso segundo del proyecto, pareciera que no

pesaría esta misma obligación para las bases de datos del sector privado.

b) Que la Controlaría se limita a efectuar materialmente el registro y a actualizarlo, sin que se le dote de facultades explícitas de vigilancia, más que aquellas que en su carácter de órgano contralor de la Administración le corresponderían de acuerdo a las normas generales. Pero, ¿Quién controlará las bases de datos privados?

Un principio básico de las técnicas de protección de la libertad es el que nos ha recordado el profesor Vanossi en una publicación, sobre el Hábeas data, en una revista jurídica argentina. Él dice lo siguiente: “En los sistemas constitucionales hay una regla de oro subyacente, no necesariamente escrita pero que se infiere de la propia estructura de equilibrio que suponen los sistemas de democracia constitucional, según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un mejoramiento de las garantías y superiores responsabilidades.”²²⁸

No parece estar, sin embargo, presente aún esta idea en el proyecto que analizamos, aun cuando esperamos que en el proceso de perfeccionamiento a que invita el diputado Viera Gallo²²⁹, en la misma sesión antes citada, ella pueda efectivamente concretarse.

²²⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo. “El <Hábeas data>: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa”, Revista *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, Nº 8580, Año XXXII, Buenos Aires, 13 de septiembre de 1994, p. 1.

²²⁹ Dijo allí el Sr. Viera-Gallo (Sesión 20 de la Cámara de Diputados, de 30 de julio de 1996): “Creo que el proyecto amerita complementarse con artículos más precisos respecto de los datos personales, de la actividad policial, de antecedentes comerciales y judiciales.”

