

Derecho a la intimidad y publicidad de datos personales de carácter patrimonial

ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO ESPAÑA

Licenciado en Derecho. Universidad de Sevilla. Profesor asociado del Dpto. de Filosofía del D.^o, Moral y Política de la Universidad de Sevilla desde noviembre de 1990 hasta abril de 1992. Imparte docencia en la Facultad de Derecho de la asignatura D.^o Natural, y en la Facultad de Informática de Derecho de la Informática

(ESPAÑA)

La aparición de la informática y su extensión a todos los órdenes de la sociedad ha traído consigo una fuerte conmoción de las estructuras sociales existentes. La sociedad post-industrial de nuestra centuria ha dejado paso a la sociedad informatizada o sociedad de la información que destaca como aspecto esencial de la misma el tratamiento masivo de la información como fuente de poder y riqueza. Es obvio que la información ha devenido el símbolo emblemático de nuestro tiempo.

La irrupción del fenómeno informático ha traído consigo la vulnerabilidad de las libertades del individuo y la invasión frecuente de su esfera privada. El concepto de un ámbito privado que se sustrae a la interferencia de otros tiene su origen en el nacimiento de una nueva forma de libertad y en la aparición de la persona como ente autónomo capaz de regir su propia vida. La intimidad, el ámbito íntimo, o la privacy, por utilizar la terminología anglosajona, es un concepto moderno que alcanza un reconocimiento implícito, a través de la libertad de conciencia, en las declaraciones de derechos

que se promulgarían con el advenimiento del Estado liberal y tendrá su reflejo en la tradición constitucionalista occidental de nuestro siglo.

Sin embargo el derecho a la intimidad ha dejado de ser un status negativo para convertirse en un status positivo. La invasión de la vida privada de los ciudadanos por parte de otros agentes sociales, públicos o privados, y la colisión de este derecho con otro igualmente protegible, el derecho a la información, sitúa a la intimidad como derecho ejercitable activamente. La garantía de su efectividad vendrá dada por la posibilidad de control activo y directo de los ciudadanos sobre el caudal de información que puede afectarles.

A la luz de todo ello, el derecho a la intimidad adquiere una configuración distinta en la sociedad tecnológica de nuestros días: el flujo de informaciones y de datos personales invade todas las esferas del actuar individual, y el individuo, desbordado por tan incontrolable avalancha tecnológica corre el riesgo de perecer víctima de la carrera denodada por el progreso.

El derecho a la intimidad, tradicionalmente definido como un derecho esencialmente negativo, adquiere en la actualidad perfiles nuevos y distintos: ya no se tratará de un derecho delimitador de un ámbito de no interferencia, sino que vendrá a definirse con un contenido abiertamente positivo. Frente al derecho a la información, caracterizado por su doble vertiente de derecho a informar y a ser informado, el individuo de la sociedad tecnológica afirmará su derecho primario a controlar el flujo de informaciones que sobre su vida privada puede existir en los bancos de datos. La intimidad se perfila así como derecho o facultad de autodeterminación informativa y encontrará su expresión legislativa a nivel internacional en el Convenio Europeo para la Protección de datos personales.

Sin embargo, esta facultad de autodeterminación puede colisionar en alguna medida con otros bienes jurídicos protegibles. La intimidad no es, no puede ser, un derecho absoluto ni una prerrogativa inviolable. El ordenamiento jurídico prevé cauces adecuados para la tutela de todos los bienes jurídicos protegibles y articula los mecanismos para la ponderación de los mismos en caso de conflicto entre dos o más de ellos.

En el ámbito mercantil la intimidad y el secreto de las operaciones financieras se ha visto con frecuencia vulnerado en virtud del primado de un bien jurídico superior: la seguridad del tráfico mercantil o el interés recaudatorio de la Hacienda Pública son un buen ejemplo de ello. En el segundo supuesto la jurisprudencia ha venido a ratificar el primado del interés público sobre el secreto bancario de depósitos, cuentas corrientes y otros activos financieros.

En el primer supuesto, la seguridad del tráfico mercantil urge la publicidad de determinadas operaciones financieras y aconseja su inscripción en el Registro Mercantil como medio adecuado para asegurar el buen fin de las mismas.

Es evidente que el buen fin de las operaciones y la seguridad del tráfico debe actuar como principio corrector de la privacidad de las situaciones patri-

moniales y de las operaciones financieras cuando éstas pueden afectar los intereses de terceros.

Pero lo que no queda tan claro, por lo dicho, es que esta función correctora pueda quedar al arbitrio de agencias privadas que intervegan como «mediadores» en el mercado financiero, ofreciendo sus bancos de datos como medio para asegurar la solvencia de los agentes financieros.

El hecho a que hacemos referencia tiene su reflejo en una situación de actualidad que, a buen seguro, no habrá pasado inadvertida para aquellos que somos sensibles a estas cuestiones: el anuncio de una conocida agencia de cobro de impagados por el que se pone a disposición del público en general sus bases de datos (“El Cobrador del Frac hace pública su base de datos”).

La cuestión es en sí lo suficientemente sintomática como para reclamar una lectura detenida del acontecimiento. No podemos olvidar que la invasión del ámbito de lo privado, su confinamiento a límites cada vez más definidos, y la prevalencia de la información como bien de consumo en la sociedad tecnológica contemporánea ha contribuido a perfilar una nueva noción de intimidad más acorde con la demanda creciente de información en la sociedad informatizada.

En este sentido conviene destacar que el origen del proceso de acopio de datos que constituye la característica definitoria de nuestro tiempo responde a una necesidad creciente del Estado moderno en su compromiso material con la mejora de las condiciones de vida de los individuos. Es referenciable el paulatino aumento de la información por parte del Estado, invadiendo ámbitos hasta entonces ignorados de la vida privada de los ciudadanos, y almacenando toda una amplia gama de datos que, de ser cruzados a través de las técnicas de conexión de ficheros, pondrían al individuo en una situación de absoluta publicidad de ideas, sentimientos y opiniones, probablemente no deseada por él.

Este proceso de creación de registros y archivos públicos tiene su origen, como decimos, en la modernización del Estado, y alcanza, gracias al progreso cibernético, posibilidades hasta ahora insospechadas.

Con anterioridad a él, solo la Iglesia tenía una información más o menos completa de las circunstancias personales de sus fieles, a través de partidas de bautismo y certificados de matrimonio y de defunción, que proporcionaban los elementos necesarios para el conocimiento de la situación personal, civil, familiar, e incluso laboral de sus fieles.

Sin embargo, la burocratización creciente del Estado, y la expansión prácticamente indefinida de la Hacienda Pública, impulsada por la virtualidad efectiva de los postulados teóricos del Welfare State ha llevado a la puesta en marcha de un proceso de control que tuvo su inicio en nuestro país con la creación del Documento Nacional de Identidad, que albergaba ya desde su origen una pretensión no sólo identificativa sino controladora, y que sería el

primer paso para la creación de un código fiscal para el control de las actividades mercantiles y financieras de sociedades, compañías y asociaciones.

Este proceso ha cristalizado en nuestros días con la creación del Número de Identificación Fiscal –que guarda algunas similitudes evidentes con el código identificador único que se pretendió implantar en Francia a través del proyecto SAFARI–, que coloca al ciudadano en una situación de transparencia tributaria que provoca escalofríos al más contumaz defraudador.

Tras este proceso de acopio de información sobre los ciudadanos que podríamos calificar casi de biográfico, late no sólo la necesidad recaudatoria del Estado, sino también todo un bagaje teórico que requiere, para la virtualidad práctica del Estado Social, una información completa, detallada y exhaustiva sobre las circunstancias de los ciudadanos. El Estado Social ha erigido la actuación administrativa, a través de la prestación de servicios, en fin primordial de su actuación política, y con frecuencia se apelará al interés público como el principio rector de esta tensión dialéctica entre la privacidad y el derecho a la información. Queda patente, por lo tanto, que este proceso es fruto de una opción política definida, que apela al papel activo que el Estado ha de desempeñar en la promoción de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Es obvio que todo ello contribuye a fortalecer los cauces operativos del Estado de Derecho, proveyendo a la administración de los medios necesarios para el ejercicio de su actividad, en la concreción de los principios redistributivos y socializadores que inspiran su orientación política.

Pero la encrucijada entre información, como derecho pasivo y activo a un tiempo –y por tanto, como garante de una participación real de los ciudadanos en el funcionamiento democrático del Estado–, e intimidad reclama un equilibrio entre el valor de lo privado y el interés legítimo de la colectividad. Y este apremio por establecer límites precisos ha de conllevar necesariamente una concreción de qué se entiende por intimidad si queremos vislumbrar un horizonte diáfano de libertad en la sociedad informatizada.

Es obvio que la entrada en vigor de la LORTAD supondrá la sumisión de estas conductas a los preceptos que en ella se contengan; pero el hecho en sí parece ser lo suficientemente grave y alertador como para suscitar una reflexión sobre el tema. En el fondo de la reflexión expuesta subyace el reconocimiento de una necesidad que proclamamos acuciante: la intimidad no puede quedar reducida a un ámbito mínimo, dejando la protección de ésta al arbitrio de lo que estimamos es una facultad excepcional, el habeas data.

La intimidad se configura como una categoría ampliamente diversa y heterogénea que aúna dentro de sí todo un complejo variado de situaciones que son susceptibles de defensa. Es conocida la distinción entre distintos niveles de la misma –lo secreto, lo íntimo y lo privado– a los que corresponderían distintos niveles de protección. Lo primero serían aquellos hechos o

noticias de la vida de la persona que deben permanecer ignorados; el espacio otorgado a lo íntimo hace referencia al ámbito de la vida personal y familiar que se desea quede libre de intromisiones; y, por último, la esfera de lo privado, comprende aquello que en una u otra medida afecta a las peculiaridades de la persona en singular (honor, nombre, imagen, etc). Y tenemos la sospecha de que el sistema de garantías que la LORTAD establece deja resquicios abiertos a la intranquilidad⁽¹⁾.

La posibilidad de equilibrar y ponderar es una necesidad de un ordenamiento constitucional que desea hacer efectiva la tutela de los valores que consagra, y por ello, el bien público debe actuar como criterio corrector de la privacidad en las situaciones en las que se requiera la publicidad de determinadas informaciones. Ello es así en supuestos conocidos tales como la posibilidad de vulnerar el secreto bancario, ya aludida, para hacer efectivo los principios recaudatorios de la Hacienda Pública. Pero entendemos que la extensión desmesurada de esta posibilidad en beneficio de agentes privados del mercado deja abierto una brecha peligrosa para el futuro de la libertad.

La contingencia histórica de la noción de intimidad no puede quedar al alcance de una interpretación restrictiva de un valor fundamental. La invasión de la intimidad puede revestirse en nuestros días bajo la apariencia de una función informadora de las operaciones financieras y de los activos patrimoniales reduciendo la defensa del espacio íntimo del sujeto a lo estrictamente ideológico –convicciones políticas, creencias religiosas o afiliación sindical, por ejemplo y a lo rigurosamente físico –estado de salud y vida sexual–.

Esta concepción restrictiva de la intimidad puede colocar al individuo al borde de un abismo insalvable y plantea la necesidad de recuperación de un ámbito íntimo más amplio. Bien es cierto que la actuación social del Estado requiere un caudal de información que sólo puede obtenerse a fuerza de hacer concesiones en el espacio íntimo del sujeto, y que éste, en virtud de ello, no puede entenderse como un valor protegible de manera absoluta.

Pero cabe el riesgo de que la invasión sea la norma y la prevención sea postergada por la labor indemnizatoria del perjuicio causado. Y esta posibilidad nos intranquiliza. El ejercicio de la autodeterminación informativa es un recurso necesario, pero no puede ser el único. Si hacemos concesiones en estas cuestiones acabaremos dejando abonado el terreno para una interpretación de nuestra convivencia democrática en clave orwelliana.

⁽¹⁾ Debo al Profesor PÉREZ LUÑO el haberme puesto sobre aviso de algunos de las deficiencias que posee el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos Personales. En mayo del presente año tuve la ocasión de exponer una ponencia suya –la LORTAD. ¿Una ocasión perdida?– en el Encuentro sobre Informática y Derecho que anualmente organiza el Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas. A él me remito por ser sumamente esclarecedor sobre los méritos y deficiencias que aquejan al proyecto de ley en ciernes. Y a él también me adhiero en la medida en que comparto algunas de sus dudas acerca de la bondad del proyecto. En el fondo este trabajo no es otra cosa que la confesión de algunos de los temores que albergo con respecto a la LORTAD.

El habeas data no debe ser la norma, el mecanismo habitual a través del cual se concreta la protección efectiva del derecho a la intimidad, sino la excepción, el recurso esporádico ante las eventuales intromisiones ilegítimas que se puedan producir en la esfera privada del ciudadano.

El horizonte de la libertad en la sociedad tecnológica no debe quedar al arbitrio de una eventual protesta del ciudadano, sino que reclama un completo esquema de garantías que, a priori, eviten el ocasionamiento del perjuicio. De lo contrario pudiera ocurrir que el Estado social, que recaba para sí un papel activo en la promoción real de los derechos y libertades de los ciudadanos, acabe convirtiéndose en el verdugo de la libertad que tan fervientemente proclama.

BIBLIOGRAFIA

– BÉJAR, H., «El Ambito Intimo. Privacidad, individualismo y modernidad», *Alianza*, Madrid, 1988.

– CARMONA SALGADO, C., «Libertad de expresión e información y sus límites», *Edersa*, Madrid, 1991.

– FROSINI, V., «L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria», *Spirali*, Milano, 1986.

– LOSANO, M.G., «Il Diritto Pubblico dell'informatica», *Einaudi*, Torino, 1986.

– O'CALLAGHAN, X., «Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen», *Edersa*, Madrid, 1991.

– PÉREZ LUÑO, A.E., «Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información», *Fundesco*, Madrid, 1987.

«La Intimidad en la sociedad informatizada», en «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», 3.^a ed, *Tecnos*, Madrid, 1990, pp. 345-357.

–«La LORTAD: ¿Una ocasión perdida?», ponencia presentada en los Encuentros sobre Informática y Derecho, Madrid, Mayo de 1992, (en prensa).