

El presente estudio se fundamenta en el análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos. Se realizó un análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos. Se realizó un análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos.

El autor de esta ponencia presenta algunos de los aspectos más importantes de la doctrina penal en materia de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos. Se realizó un análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos.

## LA PROTECCION PENAL DE LA INTIMIDAD Y EL HONOR E INFORMÁTICA

El presente estudio se fundamenta en el análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos. Se realizó un análisis de los datos estadísticos de los delitos de injuria y calumnias, así como en el estudio de los antecedentes de los autores, para determinar los factores que influyen en la comisión de estos delitos.

Es evidente y notoria la carencia de una normativa que regule en nuestro ordenamiento jurídico penal, civil o administrativo, respecto al uso de la información personal.

(1) César A. Díaz, *Curso de Informática*, Zanichelli, Bologna, 1981.  
Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.  
Miguel C. Vélez, *Introducción a la Informática Jurídica Colombiana*, Vol. III del *aportado Apartado aéreo*, No. 22702.

## INTRODUCCION

La presente comunicación tiene como objetivo central inducir una serie de reflexiones acerca del alcance y de la incidencia del Derecho Penal en la Informática o, mejor, en relación con la protección jurídico-penal de ciertos derechos y libertades fundamentales, frente a las extralimitaciones que puedan producirse con motivo del uso de la Informática, entendida ésta, como la teoría y práctica del "tratamiento de la información"(1), o sea, la ciencia de la elaboración, memorización, conservación, análisis y recuperación de datos, en forma significativa o simbólica.

El contenido de esta ponencia presenta, entonces, una perspectiva aparentemente diversa, pero complementaria, sobre la informática a la que central y prioritariamente constituye el objeto de este Segundo Foro, centrado sobre la Informática Jurídica y el tratamiento automatizado de la Justicia. Sin embargo, estimo que ofrece aspectos que ponen de manifiesto la necesidad de conjugar el desarrollo tecnológico, con el desarrollo mismo de las libertades. De ahí la coherencia que guarda el tema con la intervención del Profesor SÁCHICA sobre la "Libertad en la Constitución Colombiana", lo que permite colocar y encuadrar el marco constitucional y jurídico, a fin de que la Informática siga teniendo e incrementando, su funcionalidad básica para el mundo del derecho, lejos de cualquier posición defensiva sobre la misma por parte de los juristas, dado el tradicional recelo que éstos han mostrado frente al progreso tecnológico. Desde ésta perspectiva se ha podido hablar de un Derecho Penal de la Informática, dentro del Derecho de la Informática(2), que, por otra parte pienso no es preciso se particularice como tal. Más bien creo que puede hablarse de un futuro derecho penal de la Informática tan solo a efectos didácticos. A otros aspectos no deben escindirse dichas normas del derecho penal común, sin que éste sea el momento de señalar los peligros que han venido comportando las sucesivas especializaciones de ciertos ámbitos del derecho penal.

Es evidente y notoria la carencia de una normatividad específica en nuestro ordenamiento jurídico-penal, civil o administrativo, relativa al empleo y uso

(1) Chandor A. Dizionario di Informática, Zanichelli, Bologna, 1980.

(2) Losano G. Mario, Introducción a la Informática Jurídica (Giuseibernética. Vol. III del apéndice del Novissimo Digesto Italiano), Utet. Torino, 1982.

de la Informática, concretamente sobre los llamados "bancos de datos", su uso y limitaciones, lo que ya existe o está en vía de formulación en otras legislaciones(3). En esta última dimensión, la de las limitaciones al uso, es a partir de la que podrán articularse normas de índole penal, cuando la utilización indebida de los bancos de datos, de la Informática, transgreda derechos dignos de protección penal y necesitados de ella.

Y es en este momento cuando, siquiera sea una primera aproximación al tema, debe plantearse la necesidad o no de crear *nuevas* normas penales que salgan al paso de las posibles extralimitaciones en el uso de la Informática. Nos preguntamos: estamos ante un fenómeno tecnológico que efectivamente requiera, en su caso, de la intervención del "ius puniendi" del Estado? Cabe ahora recordar los peligros que comporta un derecho penal hipertrofiado, al que sólo debe recurrirse, en última instancia, como último recurso y ello por la propia naturaleza de las sanciones que articula, especialmente restrictivas de los derechos y libertades fundamentales. Posición contraria chocaría contra el principio fundamental, hoy predominante en las sociedades democráticas, de la "intervención mínima", consecuencia lógica del llamado "carácter fragmentario del Derecho Penal".(4)

Pues bien. El simple hecho de constatar que efectivamente existe un objeto jurídico merecedor y necesitado de protección, el *honor* y la *intimidad*, y que han aparecido mecanismos tecnológicos, como la Informática, que los sitúa en una posición debilitada, pone de manifiesto la necesidad de normas penales. Es preciso convenir que el Título X de nuestro reciente estatuto punitivo, ha quedado obsoleto, pues la normatividad que se ha previsto para el respeto a la vida privada, pertenece a un tiempo que ha sido y está siendo continuamente superado, ante los descubrimientos e instrumentos que ponen en peligro la tutela de tales bienes jurídicos, los cuales representan aplicacio-

(3) Sobre esta normativa la Cámara de diputados Italiana, ha publicado, en segunda edición ampliada, el libro "Banche dati e tutela della persona". (servizio per la documentazione automatica), Roma, Mayo de 1983, el cual contiene todas las leyes que en el mundo se han expedido sobre la materia. Particularmente señalo, como ejemplos y modelos, en cuanto a las seguridades que brinda, la Ley Federal Alemana "de protección de datos de 1977". Ley Federal que aparece tras las que sucesivamente iban dándose en los distintos LANDER. El libro en mención contiene dos estudios introductorios, de la máxima importancia, de Vittorio Frosini y de Jean Pierre Chamoux.

(4) Sáinz Cantero JOSE A., Lecciones de derecho penal, Parte General, I Introducción. ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs 36 y 37.

nes del progreso tecnológico que escapan a un *adecuado y necesario* control legislativo y vienen a encontrarse en una especie de "vacío jurídico", asegurando, de antemano, la impunidad de atentados graves a dichos intereses de raigambre constitucional, como veremos adelante.

Se trata, entonces, no de pensar en un *nuevo* derecho penal, ya que como recuerda admonitoriamente Antolisei: "entia non sunt multiplicanda sine necessitate"(5), lo que se podría interpretar, a la vez, como una posición defensiva del jurista frente a la tecnología, sino de adaptar el derecho penal vigente a nuevas exigencias, tanto en base a la conformación de bienes jurídicos, como ante la aparición de nuevas y más peligrosas modalidades de ataque a los mismos.

## 1. INTIMIDAD O PRIVACIDAD: UN PROBLEMA ANTIGUO.

El desarrollo de la sociedad contemporánea y el uso cada vez más generalizado de instrumentos electrónicos como medios para suministrar a los ciudadanos servicios siempre más eficientes, ha tornado el problema de la privacidad o de la intimidad, complejo y delicado.

Este problema no surge con la mera aparición de los computadores; nace cada vez que las exigencias de la vida asociada permiten la creación de grandes o voluminosas bibliotecas de datos, cualquiera sea el método utilizado para el archivo y localización de las informaciones. El progreso técnico no hace otra cosa que enfatizar y evidenciar cada vez más, un problema preexistente.

Se puede citar a éste propósito, el ya histórico artículo publicado en 1890 por la Harvard Law Review(6) sobre los derechos de la esfera privada, en el cual sus autores ponían en guardia a la opinión pública de la época, acerca de la existencia de "dispositivos mecánicos" que amenazaban el "derecho de estar solo" (to be alone) y pedían la adopción de adecuadas medidas de protección. Estos instrumentos mecánicos que hacían presagiar lo peor, eran el teléfono y la máquina fotográfica.

(5) Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale, parte Speciale, I ed. Giuffré, Milano, 1966, pág. 10.

(6) Frosini, Vittorio "Banche dei dati e tutela della persona", op. cit. al número 3 de la página 3.

La presencia del computador no ha creado, por lo tanto, un problema nuevo. Ingerencias ilícitas en la vida privada de los individuos son posibles, aún con medios primitivos, sin necesidad de acudir a sofisticados aparatos técnicos, como lo demuestran ciertos comportamientos de regímenes totalitarios. No existe duda, sin embargo, que los computadores, con su gigantesca capacidad de memorizar, asociar y suministrar en cuestión o fragmento de segundos, datos e informaciones, se presentan, ora a un uso económico y socialmente positivo, ora a mayores posibilidades de abuso respecto de instrumentos técnicos menos sofisticados.

Podemos estar seguros que muchas informaciones relativas a cada uno de nosotros están registradas en un computador y quizás en muchos. Es una consecuencia de la vida moderna. Tenemos cartas de crédito, pólizas de seguros, solicitamos préstamos bancarios, hacemos reservas aéreas, de hoteles, realizamos transacciones de diverso género que implican suministro de datos personales, tenemos historias clínicas y, en general, llenamos cuestionarios para distintos fines. Todas estas operaciones requieren, como he dicho, la obtención o suministro de informaciones sobre nuestra vida privada, que son o pueden ser registradas en alguna memoria magnética. Se puede, por lo tanto, constatar una progresiva computarización de la vida privada, no solo en lo que respecta a la cantidad numérica de los individuos memorizados, sino en lo relativo a la calidad y variedad, siempre más minuciosa, de las informaciones que se obtienen y se solicitan.

Se presenta, por lo tanto, el problema de conciliar la utilidad social de la circulación de información y la exigencia de proteger la privacidad de cada individuo, de ilícitas interferencias.

## II. LIBERTAD INFORMATIVA Y LIBERTAD PERSONAL. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL.

Que la libertad informática forme parte de la libertad personal, declarada inviolable por la Constitución, es afirmación que no debería suscitar objeción alguna. La historia jurídica de la libertad personal en el mundo moderno, se apoya sobre el *habeas corpus* Act. de 1679 (reformulado en 1816), que hace relación con la detención ilegal. Se podría decir, metafóricamente hablando, que en la legalización de los estados modernos se requiere hoy un "habeas data", o sea, un reconocimiento para el ciudadano a

disponer de los datos personales, así como tiene derecho a disponer libremente del propio cuerpo. Al arbitrio de quien detiene abusivamente en cárcel a una persona, corresponde, en efecto, el arbitrio de quien detiene, sin la debida autorización, lo que se ha dado en llamar la "*identidad informática*" de una persona; esto es, el conjunto de datos que permiten reconstruir la imagen moral de su personalidad (de la cual pueden entrar a hacer parte también elementos de orden biológico, como predisposiciones de enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones psíquicas, carácter, temperamento, inclinaciones, taras psiquiátricas, aptitudes, limitaciones (el llamado retrato hablado), desórdenes sexuales, etc), datos que, recogidos, memorizados y elaborados en un computador electrónico, llegan a ser (a diferencia de los consignados sobre una ficha o tarjeta común), accesibles inmediatamente y difundibles y, aún, susceptibles de mercado o venta. Se convierten, de esta manera, en una memoria eterna, siempre presente, que jamás olvida. O sea, el individuo está en presencia, como señalaba algún autor(7), del "ojo de Dios" : una especie de juicio universal.

Si ello es así, puede afirmarse que la información recogida sobre una persona, no es más, en el fondo, que una forma de "*inspección personal*" que se cumple en forma normal y no física y, por lo tanto, incide sobre la prohibición consagrada en el art. 23 de la Carta, de restricción de la libertad personal, cuando ésta pueda afectar o perjudicar al ciudadano.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que la fórmula acogida en el artículo 16 de la misma Carta, cuando expresa: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas. . . en sus vidas, honra y bienes . . .", implica necesariamente una mayor intervención de los poderes públicos en todos los órdenes, encaminada a facilitar la consecución del ideal de *igualdad y libertad* de los ciudadanos, disposición que debe integrarse con los artículos 20 y 51 de la misma codificación, normas *enunciativas-declarativas* del vértice constitucional, que relacionadas con la *nueva dimensión* de la *libertad individual* (desconocida desde luego, en los años en que se expidió la Carta y ni siquiera previsible), exigen y reclaman, en el momento actual, dado el progreso tecnológico a que asistimos y, sobre todo, a su eventual uso ilícito o perjudicial a la nueva dimensión libertaria mencionada, un *desarrollo normativo* vinculado a las normas arquetípicas en men-

(7) Frosini, Ob. cit, *Banche dati e tutela della persona* op. cit.

ción, pues de lo contrario, el solo enunciado del problema, mal podría sancionarse cualquier atentado a dicha libertad, so pena de conculcar el art. 26 de la misma Constitución. Es ésta, pues, la urgencia que el país comienza a sentir, a fin, no sólo de extender el ámbito de protección jurídica frente a nuevas normas que pueden amenazar la libertad personal, sino de ponerlos a tono con las más modernas legislaciones, que han demostrado sensibilidad hacia el impacto cibernético(8). A ese efecto se arbitran normas que impongan deberes jurídicos y las consiguientes sanciones, ya de orden penal, civil o meramente administrativas cuando se hace uso ilícito o inadecuado de informaciones memorizadas sobre los ciudadanos.

### III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El Derecho a la intimidad es uno de los denominados "derechos de la personalidad"(9). Suele definirse como "ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad"(10), lo que significa, en otros términos, que se trata de ese territorio personal reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraiza la personalidad.

La Doctrina jurídica que se ocupa del tema, distingue en torno a la intimidad, tres sectores sobre los cuales se ha creado una cierta confusión terminológica: *la esfera privada, esfera íntima y esfera del secreto* y ello por cuanto la intimidad puede ser lesionada, no sólo mediante la revelación de *secretos*, sino por medio de *injurias*, escuchas de conversaciones o ya, al través de la utilización *indebida* de la Informática. Se alega, también, cómo la revelación de un secreto puede lesionar, no sólo la intimidad, sino otros bienes jurídicos extremadamente dispares, como los intereses industriales, militares, políticos etc.

(8) Citamos entre las más destacadas: Francia, Alemania Federal, Japón, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Noruega, Italia, Portugal, U.S.A., Suecia y Suiza y otros. Ver al respecto obra: "Banche dati e tutela della persona".

(9) De Cupis, Adriano, 1 diritti della persona, Ed. Guiffré, Milano, 1966, T. I y II.

(10) Lacruz Berdejo J. L., Elementos de Derecho Civil, parte General, I, en el mismo sentido Pérez Luño Enrique, en "La Protección de la intimidad frente a la Informática", en Revista de Estudios Políticos, 9, nueva época, mayo-junio de 1979, págs. 64 y ss.

No obstante, considero que la distinción más clara la hace el profesor Alemán G. Schmidt, quien distingue entre esfera íntima y esfera privada. La primera, afirma, se refiere a aquel sector del hombre perteneciente a su ámbito interno, al que no tiene acceso el mundo y sobre el que puede disponer sin ser molestado. La esfera privada, por el contrario, es un concepto más amplio, relativo al sector vital que se manifiesta y es accesible a cualquiera, Vgr. el número de hijos, estudios, viajes, actividades, etc (11).

Se ha preguntado igualmente la doctrina, si la intimidad, como bien jurídico protegido, incluye también los aspectos económicos y la cuestión se ha suscitado cuando se trata de concretar si, por ejemplo, el *secreto bancario* es o no secreto profesional a efectos de la represión. Sobre la cuestión se presentan dos posiciones: la tradicional, que no duda en incluir los valores patrimoniales o económicos del individuo. Incluso, actualmente, en la literatura jurídica que se encuentra sobre la cuestión, hay quienes defienden esta tesis. Batlle, por ejemplo, afirma que "debido a los cambios de la estructura económica, se ha producido una *personalización del patrimonio*"(12). A su vez, el Español Cazorla Prieto mantiene que "el secreto bancario deja de tenerse ya exclusivamente de interés cercano al beneficio bancario, para emparentarse así con la defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano"(13).

La Segunda postura es la que trata de *conciliar*, de un lado, el llamado *deber de sinceridad fiscal*, con el derecho a la intimidad, que deben mantenerse en equilibrio. Así resulta, de otra parte, del estudio del mismo derecho comparado, en las legislaciones que han desarrollado, tanto normativa, como jurisprudencial y doctrinariamente, el tema en mención (14).

(11) Lacruz Berdejo, Pérez Luño, op. cit.

(12) Battle G. "El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada", separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, julio de 1975, pág. 33, Madrid.

(13) Cazorla Prieto, El Secreto Bancario, Madrid, 1978, pág. 90.

(14) La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid, en sentencias recientes, ha establecido los límites de la actuación del Ministerio de Hacienda en la investigación de cuentas bancarias. Una de ellas establece que aunque la Administración no está vinculada por el secreto bancario, tampoco puede tener acceso al movimiento de las cuentas corrientes sin restricción. Considera la Audiencia que éstas hacen parte del ámbito de la intimidad personal y familiar, protegido por la Constitución, por lo que la administración no puede investigar sin restricciones ni el origen ni el destino de los ingresos de los ciudadanos para comprobar sus

Advierte, en efecto el Profesor Español, Enrique Pérez Luño, que la intimidad, en muchas ocasiones, "ha sido esgrimido con intención conservadora para no proporcionar a los poderes públicos informaciones personales y económicas con el propósito de eludir la presión fiscal".(15)

Esta realidad, en cualquier caso, debe ser valorada teniendo en cuenta, además, que los aspectos patrimoniales de una persona pueden estar ligados a esferas muy íntimas de su personalidad. Por ejemplo, en la actualidad no se presta a duda que los banqueros operan como confidentes necesarios de sus clientes, habiendo sustituido a otros profesionales, como el abogado y el notario, para el asesoramiento de la actividad patrimonial de un individuo.(16) Se dice, en efecto, que a través de las operaciones realizadas, el banquero puede llegar a conocer en profundidad aspectos precisos del patrimonio del cliente, sus actividades profesionales o incluso privadas. De esta forma la entidad bancaria conoce la situación financiera y técnica, las intenciones, necesidades inmediatas y perspectivas de futuro del comerciante o industrial que es su cliente, datos todos cuya revelación afectaría a su capacidad competitiva. Pero, además, llega a saber, incluso, la vida privada del cliente; su contrato matrimonial, constituciones de dote, cantidades pagadas en caso de divorcio, donaciones, compra-venta de inmuebles, pago de rentas, indemnizaciones, sanciones pecuniarias, transacciones, relaciones con grupos políticos o religiosos, etc. Toda la vida personal, en suma, y no sólo las inversiones de capital, viene a quedar, a la postre, en conocimiento del banquero(17).

Aparece, en consecuencia clara, la doble razón por la cual la esfera de la intimidad debe encontrar una adecuada protección jurídica. De una parte,

declaraciones tributarias. En la segunda decisión señala que el secreto bancario, que no es más que la obligación de las entidades de crédito de guardar secreto respecto de las operaciones concertadas con sus clientes es decir, una obligación mercantil—nunca ha tenido un sentido absoluto en España en cuanto que el deber de guardar secreto ha tenido siempre sus excepciones o *quiebras*, cuando se trate de proteger los intereses públicos o colectivos. Reseña aparecida en el importante diario Madrileño "EL PAIS", el 16 de julio de 1983.

(15) Pérez Luño, Op. cit. pág. 67.

(16) Jiménez de Parga, R. El Secreto Bancario en Derecho Español, en Rev. de Derecho mercantil, 113, 1969, pág. 380.

(17) Bajo Fernández M. Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid, págs 278 y ss y 187 y ss.

porque es de la esencia y del espíritu de una democracia realmente libre, el reconocimiento efectivo de esa zona privada, donde el individuo, libre de injerencias extrañas, encuentre las raíces de su personalidad, siendo ésta una de las necesidades más apremiantes de la libertad individual. De otro lado, porque resulta una forma de proteger, mediata o indirectamente, otros intereses o bienes jurídicos, entre los que se cuentan el honor, la fama y la propiedad, concluyéndose, entonces, que la publicidad indebida de la esfera de intimidad frustra esperanzas, deseos y proyectos(18), o, lo que es más, como veremos adelante, el sagrado derecho al *trabajo* (art. 17 de la Constitución), o ya, al *crédito* o a la *rehabilitación*, ya sea de quien ha pagado una pena por delito cometido o del *comerciante* fallido.

#### IV. EL DERECHO AL HONOR

El derecho al honor, como hemos señalado, está previsto, expresamente, en el artículo 16 de la Carta y, a nivel legal, es reconocido y garantizado en el Título XII del C. P. (Delitos contra la integridad moral), que recoge en sus artículos 312 y 314, la injuria y la calumnia. Esta protección, por lo que se refiere a su vertiente penal, data de antiguo y su desarrollo jurídico-penal es amplio(19).

Resulta claro que mal puede la Constitución definir qué se entiende por honor, por lo que corresponde al intérprete *determinar* el *alcance* que el constituyente le ha querido atribuir a este concepto, aplicando, incluso, la llamada "*interpretación dinámica*" o evolutiva de la ley(20). Es más, la integración del tipo previsto en el art. 313 citado, requiere acudir a la fuente cultural si se quiere deducir, acertadamente, el alcance del ingrediente extra-jurídico allí plasmado. Enseña, al efecto el Profesor Español Sáinz Cantero que el honor es la resultante de "un juicio de los miembros de la comunidad sobre el comportamiento de una persona en relación con sus deberes y concluye que la preocupación del jurista no debe ser tanto el logro de un concepto mejor elaborado, pues estamos en presencia de un concepto *pre-jurídico* de muy

(18) Bajo Fernández, Ob. cit.

(19) Romero Soto, Luis Enrique, Derecho Penal, Parte General, V.I., pág. 376. Temis, Bogotá, 1969. Sáinz Cantero J. A. "El contenido sustancial del delito de injurias", en Anuario de derecho Penal, 1957, pág. 88.

(20) Romero Soto, Ob. cit. Volumen I, pág. 207.

amplio límite, cuanto en determinar las fronteras de la producción jurídica del honor".(21)

Si se repasa la discusión doctrinal surgida en la literatura jurídico-penal en torno a la problemática del honor, registramos dos corrientes. De un lado la que preconiza la *concepción objetiva* del honor, definiéndolo como la representación que del valor o los méritos de una persona tiene la comunidad y, de otro, la *subjetiva*, que equipara honor y auto-estima o sentimiento de la propia valía (22).

Como consecuencia de lo anterior resulta que, quienes se inclinaban por la concepción objetiva del honor negaban la protección jurídica cuando el sujeto carecía de *reputación social* por no haber estimación pública de los valores del individuo, o habiéndola, cuando el ataque al honor se hacía en privado, lo que va contra el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. De ahí porqué en la misma doctrina penal se ha abierto camino la teoría según la cual se concibe el honor como "derecho a ser respetado por los demás; a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros. Es un derecho sin el que no se concibe la dignidad inherente a la condición humana, y de ella derivado, con independencia de la capacidad física o psíquica, de la fortuna, raza, religión, posición social o de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos(23). Como se ve, se parte de una concepción que exalta y reconoce la *dignidad humana* y acentúa, aún más, el principio de igualdad ya citado, deducido, entre nosotros, de los artículos 11, 16 y 17 de la Carta Suprema.

Ahora bien. Hemos visto que en la sociedad tecnológica actual, tanto el Estado como cualquier empresa o persona privada, están en poder de rastrear la intimidad más profunda de un individuo, mediante la utilización de los llamados "bancos de datos", en donde se puede encontrar una gama inmensa de informaciones, de la más diversa índole y carácter, de una persona y cuyo *uso incontrolado* puede crear y de hecho se hace, lo que por *extensión* del importante planteamiento del Profesor Sábica, ha llamado: "mi-

(21) Sáinz Cantero, Ob. cit.

(22) Sáinz Cantero, Ob. cit.

(23) Rodríguez Devesa José María, Derecho Penal Español, parte Especial, Madrid, 1980, pág. 223.

norías aplastadas o confinadas que tienen en juego su supervivencia"(24). Cabe, entonces preguntar, nuevamente con él: "Están bien definidas y son *eficaces* las libertades en Colombia?" Se tutela adecuadamente el bien jurídico del honor al que nos referimos, de los atentados que a diario vemos y registramos, derivados del uso y abuso de las informaciones almacenadas en dichos bancos, muchas de las cuales se venden, como mercancía? Tenemos suficiente conciencia de que: "La dignidad humana es el supuesto, la previa condición para la libertad. No al contrario? (25). Personalmente respondería que no existe la suficiente concientización. Somos indiferentes ante la suerte de quienes, pagadas sus deudas con el Estado y la sociedad, buscan rehabilitarse mediante el trabajo honesto, que muchas veces les es negado ante el conocimiento de antecedentes judiciales, o de quienes han quebrado en sus negocios o se les ha cancelado una cuenta bancaria, por las más variadas circunstancias ajenas a fraude o dolo, que, a la postre resultan afectadas en el acceso-derecho al crédito, al buen nombre o prestigio profesionales en el campo específico de sus actividades. Qué no decir de los deudores morosos, sometidos a una especie de escarnio público mediante el cobro al través de agentes especialmente identificados por su traje, como cobradores, etc.? Todo esto nos pone de presente, entonces, la urgencia que tiene el país de una reglamentación a fondo del manejo y utilización de las informaciones procesadas en computadores, a fin de evitar, no sólo su empleo inadecuado, sino y especialmente, su manipulación(26).

Podemos concluir el tema en examen, poniendo de presente como el *derecho a la tutela* de datos personales en la sociedad Informática que vivimos, de la cual los computadores son los protagonistas, como siervos fieles, representa una *nueva dimensión*, no sólo de la *libertad individual*, sino del *honor*, que era desconocida aún en los años en que se promulgaban las nue-

(24) Sábica Luis Carlos, La Libertad en la Constitución Nacional. Ponencia presentada al Segundo Foro Nacional de Informática Jurídica y Gestión Judicial, Bogotá 1983.

(25) Sábica, Luis Carlos, trabajo cit.

(26) En el Proyecto de C. P. Español, el art. 199, establece: "El que, faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la Informática, grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítima procesada, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa siempre que el hecho no constituya delito más grave.

Se impondrán las penas superiores en grado si se divulgare la información obtenida".

vas constituciones democráticas. Sólo recientemente se ha tomado conciencia de este aspecto, como lo demuestran las constituciones Portuguesa y Española(27). Aquélla, en su artículo 35 consagra: 1) el llamado derecho de acceso a las informaciones; 2) al derecho a exigir su rectificación y actualización; 3) la prohibición de utilizar datos referentes a las convicciones políticas, fe religiosa, vida privada, salvo datos no identificables para fines estadísticos y, 4) la prohibición de un único número nacional para cada ciudadano(28).

## V. NUEVAS FORMAS DE VIOLACION DE LA INTIMIDAD. LAS INNOVACIONES TECNOLOGICAS. VACIOS DEL TITULO X DEL CODIGO PENAL

En el mundo moderno analizamos, propio de la llamada tercera civilización —la tecnología— la violación de la vida privada, entendida en los *cuatro momentos* que individualiza la doctrina(29) (derecho a la *soledad*, a la *intimidad*, al *anonimato* y al *honor*), se ha concretado en *tres niveles* o *fases*:

1) *Directa*, o sea, por medio de dispositivos ópticos o acústicos(30);

(27) El art. 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, está dedicado a reglamentar el uso de la Informática en la forma expuesta. A su turno, el artículo 18 de la Constitución Española de 1978, establece:

1. "Se garantiza el Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable . . . .
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones.
4. La ley limitará el uso de la Informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

(28) Banche dati e tutela della persona, Ob. cit. (Seconda edizione ampliata), 1983. Cabe hacer referencia a dos legislaciones, de las más avanzadas sobre protección de la persona en estas materias, cuales son la Ley Francesa del 6 de febrero de 1978. Igualmente la Ley Federal Alemana.

(29) De Cupis, Ob. cit.

(30) Los instrumentos que sustituyen al ojo humano con el ojo ciclopeo artificial del super-hombre tecnológico, son siempre cada vez más numerosos y eficaces. Se distinguen los que permiten la observación directa, facilitándola, y ocultándola, de aquéllos, en cambio, permiten el registro de imágenes, tornándolas reproducibles por medio de la prensa, de películas cinematográficas y de las bobinas para T. V., que constituyen, al mismo tiempo una amenaza al derecho sobre la propia imagen. Se cuentan también, a este respecto, con las llamadas "espías miniaturizadas" que se pueden colgar en los muros, siendo inobservados, casi invisibles, pero permiten observar,

2) *Psicológica*, es decir, utilizando tests escritos u orales, diapositivas de constricción psicológica, sustancias químicas al través de las cuales se puede obtener de un individuo informaciones que, por su propia iniciativa o voluntad, no estaría dispuesto a suministrar o, bien, que revela ingenuamente, sin darse cuenta o sin consciencia del significado que asumen para descubrir su personalidad o su vida privada,(31) y,

desde afuera, cuanto sucede en una habitación o lugar reservado. Se cuentan también los espejos semitransparentes (como el polaroid) que, de una parte ofrece la apariencia de un espejo con reflexión o proyección de imagen, mientras que de la otra, permiten observar sin ser vistos. Se enumeran, igualmente, los telescopio, que permiten la observación a distancias prudentiales sin hacerse notar por la persona observada.

Productos de la edad tecnológica actual, pueden considerarse aquellos otros aparatos que permiten la reproducción de la imagen estática o el movimiento de una persona. Tales son los fotográficos que igualmente se pueden colocar camuflados y ser maniobrados desde afuera al través de un comando electrónico o automático, cada vez que se enciende una luz o que se abre una puerta. Los aparatos provistos de películas sensibles a los rayos infrarrojos pueden fotografiar en la más perfecta oscuridad. También se cuenta con los que están provistos de tele-objetivos, con lentes especiales que pueden fotografiar a distancia de más de un kilómetro y que han utilizado para reproducir documentos o cartas vistas desde lejos. Entre los instrumentos de vigilancia óptica, se recuerdan los "Sniperscopers", utilizados en la guerra del Vietnam para descubrir e iluminar a un hombre en la oscuridad, hasta una distancia de 700 mts. Se revelan, así-mismo, aparatos de *control acústico* y *reveladores térmicos*, mediante la utilización de los llamados micrófonos parabólicos que, unidos con un rayo laser, es proyectado a distancia de kilómetros sobre los vidrios de una ventana, por ejemplo, y captan las conversaciones desde el interior. El rayo de retorno, modulado por las ondas sonoras producidas en la habitación y captadas a través de la vibración del vidrio, es analizado y ampliado, reproduciendo así los sonidos de las palabras. Se puede captar una conversación secreta o privada, acudiendo a un reflector con una membrana o una antena a hiperfrecuencia. Así mismo, un conjunto de ondas a hiperfrecuencia puede atravesar un muro, por ejemplo, y transmitir las vibraciones que allí se produzcan, a un aparato externo que las recibe.

(31) El control de la personalidad puede ir más allá de sus meras manifestaciones físicas (acciones cumplidas o palabras pronunciadas, a partir de las cuales se hace el análisis psicológico, aplicándose aquí el dicho evangélico, de que por sus obras los conoceréis) y puede penetrar dicho análisis, en la esfera íntima, para determinar la constitución psicológica, escrutar pensamientos y emociones que se desearían mantener en secreto. Se puede, en efecto, acudir a drogas, como sabemos, como el pentotal o suero de la verdad; a los test de personalidad o por medio de juego de palabras o preguntas estímulos, que le permiten al psicólogo deducir los juicios inconscientes de la persona examinada. Se enumera el *polígrafo*, dispositivo de registro de las variaciones térmicas del cuerpo, de la frecuencia del pulso, de la respiración, de las reacciones a los estímulos nerviosos. Con estos últimos se trata de demostrar o probar la verdad de las respuestas dadas a las cuestiones que se formulan o preguntan.

En cada una de las hipótesis mencionadas, el objetivo es siempre el de forzar los límites de la intimidad.

3) *Indirecta*, resultante del control que se puede ejercer a través del computador; en otras palabras, con la memorización, procesamiento y transmisión de informaciones que se pueden ir acumulando, progresivamente, sobre la misma persona(32).

Cada uno de estos medios puede permitir a una voluntad ajena e interesada, entrometerse, indebidamente, en esa zona o territorio interno-moral de la vida privada de una persona.

Si observamos, aún superficialmente, las normas recogidas en el Título X al que nos hemos referido desde un comienzo y, concretamente a los artículos 276, 279, 284, 288 y 289 del C.P., y los confrontamos con las nuevas formas de vulneración que estamos reseñando, podemos constatar, sin esfuerzo alguno, que resultan insuficientes, desde su marco descriptivo, por ende típico, para hacer frente a las diversas e impensadas y siempre crecientes *modalidades* de ataque al objeto jurídico que tutelan, resultando superadas frente al avance científico, propio de la cibernética, viniendo a crear, de esta manera, *nuevos hechos sociales*, los que determinan la revisión de los códigos e, incluso, hacen posible, como en este caso, la aparición de nuevos reatos (hoy se habla de delito informático, incluso), que aumentan con el desarrollo de la civilización(33). Está en mora nuestro legislador, de emprender dicha revisión.

(32) En el cuadro tecnológico contemporáneo, el ataque a la privacidad más insidioso es el realizado, precisamente al través del computador, dada la despersonalización del mismo, instrumento totalmente *impersonal* a diferencia de los medios tradicionales donde existía un vínculo entre el individuo observado y el observador. Condicionados por el uso de un *metalenguaje simbólico* y por esto mismo, reservados a la gestión operativa de una clase de técnicos, sustraídos en apariencia a posibilidades de manipulación y distorsión de los datos documentales recogidos, tales aparatos suministran a quienes los posea o utiliza una memoria mecánica y una *inteligencia artificial*, que asegura una superioridad aplastante sobre la organización mental del individuo o de un grupo de personas. En sede teórica (aunque la realidad tiende rápidamente a adecuarse a la hipótesis teórica), sería posible registrar, memorizar y elaborar todos los datos significativos de la vida privada de todos los habitantes de un pueblo o conglomerado. El fenómeno se ha verificado en ciertos sectores, como el tributario, el de identidad nacional, al través de la cédula.

(33) Antolisei, Ob. cit. pág. 5.

## VI. EL DERECHO A LA INFORMACION. LIMITES

En la doctrina jurídica norteamericana primero y luego en la europea, se ha asistido, en el curso de este siglo, a la creación de una nueva problemática jurídica unida al derecho y límites de la información. El punto de partida data del artículo a que se aludió antes (Intimidad o privacidad: un problema antiguo), publicado por los abogados Samuel Warren y Luis Brandeis, en el cual se cuestionaba el derecho (en ese caso específico, por parte de los periódicos de Boston), a difundir noticias sobre la vida privada de una persona para informar a los lectores. Sucesivamente el mismo problema se presentó al revés, o sea en forma simétrica: al derecho a la privacidad se contrapuso la exigencia de una información pública, fundamental en una sociedad democrática y pluralista. El derecho a la información presentó, de esta manera, dos aspectos: de un lado, el *derecho de informar*, o sea, de difundir noticias; de otra parte, el de *ser informado*, vale decir, de pedir o solicitar noticias, cuyo origen y conquista arranca a la misma Declaración de los derechos del hombre de 1789 y más recientemente de la Declaración Universal de los derechos humanos de diciembre 10 de 1948, artículo 19.

Nadie discute hoy en las sociedades democráticas que el derecho a la intimidad y al honor, al igual que todo otro derecho humano, no puede ser ilimitado o absoluto, haciéndose, desde luego la salvedad de que nada puede justificar medidas que estén en contradicción con la dignidad física, mental, intelectual o moral de la persona humana. Las limitaciones necesarias para equilibrar los intereses del individuo con aquellos otros individuos, grupos y el Estado variarán según el contexto en que se busque aplicar el derecho a la intimidad y al honor. El interés público exige a menudo que las autoridades, para poder intervenir en la esfera privada del individuo, cuenten con más facultades que las que sería aceptable dar a individuos o grupos y las circunstancias en que pueden ser otorgadas tales facultades a una autoridad pública, quedaron estipuladas en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y son aquéllas en que la ingerencia en la esfera privada se hace necesaria en una sociedad democrática para defender los intereses de la seguridad del Estado, la seguridad pública o el bienestar económico de la nación, para impedir el desorden o el crimen, para proteger la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás, pero es esencial que los casos en que se permite la interferencia sean definidos con precisión. De ahí los denominados "estatutos de prensa,

radio y TV", así como las correspondientes normas procesales en materia penal.

Cabe resaltar, así mismo, que el derecho a la información prevalece en el "conflicto de intereses" entre la esfera privada y la pública, predominando, desde luego ésta última, cuyo origen histórico proviene desde Cicerón y Justiniano. Así se llega, a la dogmática penal que ubica el problema en el campo de la antijuridicidad y, concretamente, en el ejercicio de derechos, como causal de licitud, que reconoce los llamados: ius narrandi, informandi, criticandi, ae sistimandi o ya, cuando se trata de derechos disponibles, al través del consentimiento del titular de éstos, todos los cuales eximen de responsabilidad, cuando se dan las condiciones exigidas(34).

## VII. A MANERA DE CONCLUSIONES:

1. Urge la necesidad de adaptar nuestra legislación Penal (T. X), a partir de las exigencias Constitucionales relativas a la "inspección personal" de que hemos venido hablando, con apoyo en el art. 23 de la Carta y en

(34) La doctrina foránea, especialmente Francesa e Italiana, es rica y abundante, no sólo en la especificación de los límites, extensión y contenido, de los derechos de la personalidad. Entre los límites, señalan, por ejemplo: el registro de la persona (su prohibición), la entrada a recintos y otras propiedades, así como su inspección o registro; la prohibición de exámenes médicos o psicológicos sin el consentimiento del interesado. Las declaraciones penosas, falsas o fuera de propósito, acerca de una persona. La violación de correspondencia. La interceptación de instalaciones telefónicas o telegráficas. El uso de vigilancia electrónica y otros dispositivos de espionaje. Las grabaciones de sonido y la toma de vistas fotográficas y cinematográficas. Las importunidades de la prensa y otros medios de comunicación de masas. La revelación de información, dada, ya sea a asesores privados o autoridades públicas obligadas al secreto, o recibidas de ellos. La revelación pública de asuntos privados. El Hostigamiento de la persona, como, por ejemplo: observarla permanentemente, acosarla o exponerla a llamadas telefónicas molestas, el envío de publicaciones no deseadas, los cobros molestos, dado el aparato externo y ostensible como se hacen.

Entre los límites se alude a los acontecimientos de interés para la justicia, a los acontecimientos de interés científico-didáctico y cultural, a los acontecimientos nocivos para la salud pública; los acontecimientos de interés histórico; los hechos desarrollados en público; la notoriedad de los hechos divulgados y la verdad de las noticias divulgadas, (de ahí la llamada exceptio veritatis en la injuria). Véanse al respecto: Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro", de Pietro Ichino, Giuffrè, Milano, 1979, Riservatezza e tutela della personalità, de Tomaso Amadeo Auletta, Giuffrè, Milano, 1978; Jean Roche, Libertés Publiques, Cinquième édition. Dalloz, Paris, 1978. Emergence du Droit de L'informatique, Ed. Parques. 1983. De Cupis Adriano, cit. anteriormente. Aubry Jean Marie y Ducos-Ader Robert, Droit de L'information, Dalloz, Paris, 1976.

relación con los artículos 20, 26 y 51 de la misma. Dicha adaptación debe hacerse igualmente, teniendo en cuenta las nuevas modalidades de ataque a la libertad personal y otras garantías reconocidas en el título indicado, lo que debe realizarse, así mismo, frente al llamado "delito Informático" (computer crimes) (disminución de datos, acceso no autorizado, etc).

2. Urge también la reglamentación legal de los "bancos de datos", que otorgue la debida protección de éstos y demás informaciones de índole personal que pueda procesarse sobre los ciudadanos, reconociéndoles el derecho para controlar, no sólo la veracidad, sino el uso que pueda hacerse de los mismos. Al respecto la ley debe consagrar, expresamente:

- a) El llamado "derecho de acceso" (habeas scriptum) (35).
- b) El derecho de rectificación, al igual de lo que ocurre en la ley de prensa, y
- c) El derecho de cancelación, que no es más que el igualmente llamado "derecho al olvido", a fin de evitar que el pasado de una persona (que, en el fondo es una sanción perpetua), siga gravitando, como un dedo acusador, sobre el futuro de la misma. O sea que, en determinados casos (V. Gr. prescripción, transcurso de cierto tiempo, amnistías, indultos, condonaciones, etc., de todo lo cual debe ocuparse la ley, como es evidente), se evite, a toda costa, lo que algún autor ha denominado el "reino del fichero", permitiendo que la circunstancia económica, cultural, social, política, religiosa o legal (cuando se trata de antecedentes penales o disciplinarios), origine tratamientos discriminatorios o desiguales.

3. Que en tratándose de la reglamentación de tales bancos resulta ingenuo, por decir lo menos, apoyarse, sólo y exclusivamente, en el esquema penal pues en la mayoría de las veces el manejo de estos centros es innominado, por lo que el recurso a la vía penal vendría a ser, a la postre, ineficaz, dada la comprensible dificultad, sino imposibilidad, para individualizar, la responsabilidad penal, eminentemente personal (art. 5 C. P.). Debe evitarse, asimismo, la instrumentalización de la vía penal, lo que tendría consecuencias ne-

(35) Rivera Llano, Abelardo, La Libertad, el derecho a la intimidad y la Informática. Ponencia presentada al Primer Seminario sobre Informática Jurídica y Gestión Judicial, 1982. Publicada en Rev. U. de Antioquia, Año XLIII, Segunda época, Marzo-Septiembre 1982, Vol, XLI, Números 101 y 102.

fastas, no sólo para la administración de justicia, sino y fundamentalmente, para la *función* misma del derecho penal, corrigiéndose el peligro de llegar a una praxis que paulatinamente volatilice los distintos requisitos que en todo caso deben concurrir para que una conducta sea constitutiva de delito.

4. Que el recurso a la política penal frente a los bancos en mención, sólo debe hacerse, en mi sentir, cuando hay *manipulación* dolosa de la información legítima o ilegítimamente procesada o memorizada. De resto deben articularse normas que prevean *sanciones* de orden *administrativo* y *civil* (cancelación de la licencia o permiso de funcionamiento, indemnizaciones, etc), más eficaces que las meramente penales, y

5. Que debe establecerse una verdadera *vigilancia social*, encomendada, bien a la Procuraduría General de la Nación, o a los llamados “veedores”, a quienes pueda acudir el ciudadano que se sienta afectado con el uso de la Informática, todo lo cual debe estar acompañado de una verdadera campaña publicitaria de divulgación e información al público, sobre los riesgos que corre al suministrar ciertas informaciones y, a la vez, sobre los *derechos* correlativos que tiene, de conformidad con lo que hemos señalado en la conclusión número dos.

De esta manera, estimo que los riesgos y peligros que se han advertido, por diversos sectores del pensamiento filosófico-jurídico y político, sobre la incidencia de la tecnología, pueden contrarrestarse, a fin de que ésta, como certeramente lo apuntara el Profesor Sábica Aponte, “se ponga al servicio de la libertad, no contra ella” y consecuente con ese pensamiento aludía, imprescindiblemente, a la “necesidad” de *vigilancia* pues: “Toda libertad es producto de un proceso político, social y económico. Y toda libertad debe merecerse diariamente cumpliendo los deberes correlativos”. Todo esto es claramente explicable en mi sentir, pues la Informática ha dejado de ser un fenómeno *estrictamente técnico*, para convertirse en un *fenómeno cultural*. De nosotros depende, entonces, que este avance y aporte científico, de importancia y validez innegables, no revierta contra el hombre, oprimiendo su libertad, sino que sea puesto al servicio de él y de la *democracia*, que debe reconocerle su *dignidad* y *naturaleza intrínseca* y su respeto legal, pues, en fin de cuentas, es FIN EN SI MISMO y no MEDIO al servicio de fuerzas, muchas veces inconfesables.