

INFORMACION Y DERECHO

Dr. Nahim Emen Kalil

A propósito de la presentación de un proyecto de ley supuestamente dirigido a la protección del derecho a la intimidad, se ha comentado recientemente sobre la relación de dicho derecho con aquél a la información, del que se suele mencionar caracterizadamente su vertiente referida a la libertad de información, expresión y opinión, propia de la actividad periodística.

Pero el derecho a la información no consiste únicamente en la libertad de prensa, es, en verdad, también y más profundamente, el derecho a ser informado. Más aun, en una época en que la información, como mucho se dice, es un ingrediente decisivo en la vida de los seres humanos. Así, es la necesidad que tienen las personas de recibir información, a la par que el potencial freno a los eventuales abusos de quienes ejercen el Poder, lo que en gran medida justifica la actividad de los medios de prensa. Al mismo tiempo, estos no son la única vía a través de la que puede tener cumplimiento el derecho a recibir información.

Se percibe, a primera vista, una contraposición entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho humano reconocido en nuestro país desde que comenzó a regir la Constitución de 1967. El contrapunto con el derecho a la información, también uno de los derechos humanos aunque no esté reconocido de manera apropiada en nuestra Ley Fundamental, se presenta como de difícil solución, pero puede encontrar parámetros de conciliación en una importante doctrina que en otros países, se va desarrollando y que da vigor, entre otros interesantes aspectos, a la necesaria relación que tiene que fijarse entre los derechos fundamentales. Este contenido puede ser acogido por nosotros atendiendo las peculiaridades de la realidad ecuatoriana.

Antes de pasar a referirme a aquello, y avanzando en el tema que sirve de título del presente trabajo, es del caso tomar en cuenta otros aspectos relativos, en un sentido general, a la posibilidad de tener acceso, de una u otra forma, a determinada información, cuestión que puede tener y tiene muchas ramificaciones e incidencia en una diversidad de situaciones sociales y jurídicas. En él están inmersos desde la lucha contra la corrupción, vinculada con la necesaria transparencia que se tiene que

exigir en el accionar del sector público y en algunos casos también en el ámbito privado, hasta la protección del ser íntimo de los individuos, tan característico de la condición humana.

Todo esto nos lleva a considerar que si bien es cierto que el interés de la sociedad y, por ende, del Estado, puede dirigirse justificadamente, a veces, a la esfera personal o familiar, en casos tan diversos como la violencia doméstica o las actividades comerciales que interesan al fisco; en general, la vida privada no puede ser objeto de legítimo interés público y, menos, quedar expuesta al conocimiento del público. Tradicionalmente, el derecho a la intimidad ha sido considerado como la facultad de excluir la esfera personal, íntima, cercana, del conocimiento de la generalidad de las personas. Los actuales adelantos tecnológicos que permiten un manejo automatizado de la información, generan la posibilidad de que ésta sea integrada y distribuida de manera que cualquier persona tenga la opción de formar un perfil completo de un individuo a partir de la información que sobre él se encuentre registrada. Esta situación, inevitable, determina una redefinición del derecho a la intimidad, que se proyecta en la garantía constitucional del hábeas data, y se explicita en la facultad de una persona de controlar los registros sobre sí, anulando o eliminando determinada información, pero no aquella que no afectare "ilegítimamente sus derechos", como lo expresa la Constitución ecuatoriana, pues en este caso únicamente puede obtener que la información sea rectificada o actualizada. Tratándose de la información registrada el derecho a la intimidad pasa entonces, como lo enuncian algunos autores, de negativo a positivo; es decir, de ser una facultad excluyente, a convertirse en un derecho de control.

Es propio aclarar que esta redefinición del derecho a la intimidad no afecta otros aspectos de este derecho que no se agota, ni mucho menos, en la protección de datos personales.

Tratándose del sector público, en cambio, como su misma denominación lo indica, la cuestión es diferente a la antes referida en cuanto al ámbito privado. Lo público, dentro, claro, de cada Estado soberano, es de todos y a todos interesa. No obstante, la figura jurídica de la reserva de información, que limita el acceso de las personas a una información determinada, permitiéndoselo únicamente a aquellas autorizadas por la Ley, tiene, en cuanto a la globalidad del concepto y también a cada una de sus especificidades, fundamentos en los que no es del caso profundizar ahora. Cabe eso sí, fijar que existe diversidad al

respecto, esto es, que siendo la reserva de estricta legalidad, pues la regla es la apertura, en cada caso en que se establece que determinada información sea reservada, podrá encontrarse una razón distinta que dé lugar a la reserva.

En nuestro país, lo antes dicho guarda armonía con la norma de la Ley de Modernización del Estado que señala que salvo lo dispuesto en leyes especiales, se reconoce a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas el derecho a acceder a los documentos administrativos en poder del sector público. Esta disposición da vida a una forma en que puede plasmarse el derecho a la información y también se refiere al instituto jurídico de información reservada, al salvar de la apertura lo anotado en las disposiciones de "leyes especiales", aunque debería decir, con propiedad, "normas" y no "leyes".

En todo caso, es muy claro que es aquello que manda la reserva de una u otra información, lo que constituye la salvedad o excepción al derecho reconocido.

Muy distinta al derecho a la información inmediatamente antes visto, es la garantía constitucional al derecho a la intimidad denominada hábeas data, aunque esta se refiere también al acceso a información. Existe hasta ahora en nuestro medio la tendencia a confundir ambos derechos. Un análisis al respecto está incluido en mi libro. *El hábeas data en el Ecuador*. En esta oportunidad, deseo señalar que mientras las normas que disponen que determinada información sea reservada son excepciones a lo que he anotado que establece la Ley de Modernización, el hábeas data es a su vez excepción frente a aquellas normas que mandan reserva, pues como puede verse en la norma constitucional, que no es excesivo recordar que tiene supremacía, el hábeas data sólo admite como excepción ante sí la de los documentos reservados por razones de seguridad nacional. Como dije antes, la reserva de información tiene diversidad de motivos y, si en un caso determinado, una información está sometida a un régimen de reserva por causa distinta a la de la seguridad nacional, dicho régimen no enerva el ejercicio pleno del derecho de acceso a los datos personales.

Asistimos entonces a que ambos institutos jurídicos, el de información reservada y el hábeas data, a la vez que pueden contraponerse, coinciden en tener ambos el efecto de impedir el conocimiento de deter-

minada información por parte de las personas. Esto, en la información reservada, se desprende obviamente de lo dicho.

En cuanto a la garantía constitucional corresponde recordar que incluye ésta la posibilidad de suprimir o eliminar información, opción que en la doctrina y el derecho comparado está referida fundamentalmente a los datos llamados sensibles, que son los que pueden causar discriminación.

Antes de proseguir estudiando la relación entre la figura jurídica de información reservada y el hábeas data, conviene destacar un régimen específico de información reservada: el sigilo bancario. Este instituto, en la mira a propósito de la lucha contra la corrupción, encuentra en la doctrina multiplicidad de sustentos, unos que tienden a excluirse y otros que se complementan.

Sin mayor asidero, algunos autores sostienen que el sigilo bancario protege la intimidad y que esa es su razón de ser. Discrepo. Ciertamente, se da dicha protección, pero ese no es el objetivo buscado. A propósito de esta afirmación y atendiendo a la redefinición del derecho a la intimidad que surge por el desarrollo tecnológico y en conexión con el hábeas data, expongo lo siguiente:

a) El nivel del patrimonio personal no está considerado en la doctrina como dato sensible, que puede producir discriminación y que deba estar por tanto, en resguardo de la intimidad, excluido del posible conocimiento de los demás.

b) El monto de lo depositado en cuentas bancarias no es el único referente del patrimonio personal y otros, como la propiedad inmobiliaria, no son objeto de ninguna reserva. Ello, por supuesto, tampoco es dable.

Sin entrar al análisis de otras teorías y respetando todo criterio, sostengo que el objetivo real y actual del sigilo bancario es la protección de la confianza en el sistema financiero, que apuntala su viabilidad. Por esto, aunque es innegable que existe la necesidad de evitar a toda costa que las instituciones financieras contribuyan en cualquier medida a la impunidad de quienes delinquen, toda normativa atinente a este tipo de información reservada tiene que desarrollarse con cuidado, haciendo énfasis en la alta responsabilidad de quienes deban manejar la informa-

ción, lo que constituye una constante cuando se trata el tema, entendido genéricamente.

Pueden encontrarse, reitero, otras especificidades de reserva de información, como, por ejemplo, el por algunos denominado sigilo societario, en el que el soporte de su justificación se ubica, en contraste con la del sigilo bancario, en la facultad controladora del Estado. No existe, es claro, unicidad en los fundamentos que derivan en la imposibilidad jurídica, constitucional o legal, del conocimiento de determinada información.

Retomemos ahora el tema de la garantía constitucional que hemos visto y precisemos: aparte de lo derivado de la protección de datos personales, el hábeas data no afecta a la información reservada. Cambia, sí, procedimientos de investigación, control y supervisión; al hacerlo, aporta espontáneamente, dentro de su naturaleza, al respecto de los derechos humanos.

En la línea de lo dicho cabe señalar que siguiendo una interpretación apropiada de la legislación ecuatoriana en su contexto, los responsables de las entidades que trabajan con información reservada deben cumplir con la disposición constitucional que incorpora al hábeas data a nuestro sistema jurídico, sin entender que pueden incurrir por este hecho, ellos o quienes deban obedecer sus órdenes, en las conductas que están tipificadas en el Código Penal respecto a quien, sin orden legal del superior competente, descubra o revele, algún secreto de los que le están confiados por razón de su destino, o exhiba algún documento que deba estar reservado".

Al sostenerse lo anterior, corresponde anotar que las disposiciones constitucionales que tratan sobre derechos humanos son operativas. Este criterio, con muy fuerte arraigo en la doctrina, está reafirmado por nuestra Ley Fundamental que expresamente dice, de manera innecesaria en verdad y que ha dado lugar a alguna confusión en nuestro país en cuanto al derecho adjetivo constitucional, que los derechos y garantías consagrados en ella "son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública".

En la interpretación a la que me acabo de referir y que vincula al hábeas data con la información reservada no inciden, por cierto, las normas adjetivas de la Ley de Control Constitucional relativas al hábeas

data cuyo contenido, discordante en medida substancial con el texto correspondiente de la Ley Fundamental, tendría que ser motivo de otro estudio, que por razones de tipo cronológico no aparece tampoco en mi obra antes citada.

En este nivel de mi trabajo quiero introducir otras nociones que se enmarcan en el tema del mismo y que tienen que ver con el asumir jurídicamente a la información como bien de consumo y de desarrollo de derechos dominiales sobre esta. Se trata de teorías que, aunque puedan ser en el futuro de trascendente importancia, son aún incipientes. No tienen, en la práctica, ninguna aplicación, pero en lo personal las estimo de valor académico. Al exponer estas ideas surge como aclaración necesaria al señalamiento de que no se trata de analizar los casos en que la información es el vehículo que encierra elementos protegidos por derechos de autor, de propiedad industrial o alguna forma de propiedad intelectual. Ese es un tema distinto. Se trata aquí de apreciar a la información en sí misma, sola, como un bien, entendido el término en la acepción que es propia del derecho dominial. Así, "la noticia", como información típica, podría ser objeto de propiedad. Esta interesante teoría a la que me refiero avanza hasta distinguir a la noticia del componente fáctico que la integra. De acuerdo con ella, el "hecho" dado en la realidad sería una especie de "cosa de nadie", en los términos del libro segundo de nuestro Código Civil. Podría ser entonces pasible de "ocupación". Se completa la idea refiriendo la elaboración humana que media entre la noticia y el hecho que la produce. No parece improbable que estos conceptos u otros similares tengan asidero en el futuro.

Ahora, volviendo al planteamiento inicial de este trabajo, o sea a lo que tiene que ver con el contrapunto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad y sin perder de vista las consideraciones que he venido haciendo sobre ambos derechos, veamos las que, concretamente, tendrían que ser las líneas maestras reguladoras de la libertad de información adoptadas por el respeto al derecho a la intimidad. Al respecto quiero anotar que en cuanto a nuestro país, debe considerarse lo siguiente:

a) La distinción entre la intimidad personal y familiar de las personas comunes y la de los personajes públicos que, por su situación peculiar, son motivos de interés público, asumiendo que por su condición renuncian, en ciertas medida, a su intimidad.

b) La justificación del interés público. Bien diferente es interesarse por conocer cualquier aspecto no notorio de una persona en razón de objeti-

vos sociales, que el interesarse por morbo o simple curiosidad. En otras palabras, distinto es querer conocer las relaciones interpersonales de quien tienen que ver con el manejo del Estado o enterarse de que delincuentes han sido abatidos o capturados, que pretender contemplar imágenes de dolor de quienes han perdido un ser querido, actividades al interior del anfiteatro anatómico o, también, lo que desayuna un político o quiénes son los amigos de cualquier simple y honesto ciudadano.

c) El sentido común y el buen gusto. En este indispensable punto la cuestión se complica. Se tratan en efecto, de aspectos subjetivos de la condición humana, mas no pueden soslayarse. Será imperativo en esto generar referentes nítidos, los que, para colmo de complejidad, tendrán que incluir valores éticos y no tendencias sociales. Dicho con claridad, no es posible admitir que simplemente hay que darle a la gente lo que quiere, pues este argumento falsamente democrático se desmorona en un medio en que cotidiana y recurrentemente se alude desde diversos enfoques, especialmente el educativo, a la necesidad de superar la situación de falta de conocimientos básicos y de sentido crítico de las grandes masas de población del país y el perjuicio que esto causa en la estructura social y el propio sistema democrático, en indiscutible crisis. Por otra parte, lo que en este punto tocamos tiene que ver con algo que es medular en el impulso que ha empujado a lo largo de la historia los avances en materia de derechos individuales: la sensibilidad humana convertida en percepción social.

d) La objetividad con que se presenta la información. Resulta cada vez más usual que al informar se opine, comente, insinúe, califique o francamente se juzgue la actuación de las personas. Ahora, tratándose de, por ejemplo, lo que obran los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, dicha tendencia tendría que ser objeto de otro análisis, que a lo mejor la acepte. Pero, tratándose de cuestiones que, teniendo interés para la sociedad, puedan afectar la intimidad de las personas, tiene que evitarse esta conducta que, como es casi obvio, puede influenciar en el receptor de la información, sobre todo si se presenta esta de manera audiovisual y rápida, al punto de trastocar la realidad al confundir lo informado con el ingrediente subjetivo aportado por el informador. El respeto a la dignidad de las personas exige actuar con responsabilidad extrema.

Un mínimo de seriedad y de atención a las situaciones concretas que presenta la realidad ecuatoriana que, como muchos **han dicho**, es

distinta a la de otras sociedades, sería suficiente para que se desarrolle en nuestra legislación lo que proteja la intimidad de todos, en la forma que corresponda al caso particular de cada uno, sin coadyuvar a la impunidad de nadie. Legislación que, a propósito, en armonía con varias disposiciones constitucionales atinentes, protege la intimidad al ocuparse desde hace tiempo de cuestiones como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

No se puede dejar de señalar lo deplorable que resulta la actitud de legisladores que, al presentar un proyecto de ley técnicamente muy pobre y con la mal disimulada intención de defender los intereses de la dirigencia política del país, desprestigian un tema que resulta importante para la gente sencilla, la cual, como algún periodista nacional señalaba en un evento público, no es motivo de preocupación en cuanto a su derecho a la intimidad, porque no tiene poder.

No menos nociva aparece, al menos desde su presentación inicial, la reciente iniciativa cursada a nivel internacional que busca establecer el derecho a la información "veraz" que tienen los pueblos. Aunque suena muy coherente y en el plano teórico lo es, en la práctica se convierte en una simple amenaza a la prensa. Regular el derecho a la información, en cuanto a la libertad de informar, no es fácil, y requiere de elaboraciones minuciosas y profundas, pues hacerlo de otra manera deriva fácilmente en forma de coartar la libertad de expresión. El tema requiere, de manera especial, del desarrollo de una cultura de respeto a la dignidad de la persona, lo que, paradójicamente, es necesario también para frenar los abusos que nacen del Poder, una de las razones para defender la existencia de una prensa libre.

En circunstancias en que, mientras termino de escribir estas líneas transcurre el mes cuyo último día está fijado como la fecha de la elección de los integrantes de la llamada Asamblea Nacional, no dejan de extrañarme ciertas propuestas atinentes a los derechos humanos de algunos candidatos que reflejan, simultáneamente, el deseo de promover en el medio estos importantes conceptos y el desconocimiento que sobre los mismos existe en el país. De los mayores equívocos se dan en algunas cuestiones de las incluidas en el presente trabajo.

Finalmente, cabe destacar la cercanía existente entre el derecho a la intimidad y otros como el de la honra y a la buena reputación, vinculación por demás importante pues permite alentar un análisis dirigido

a obtener un mayor respeto a la dignidad de la persona humana, al punto de ser el enunciado derecho a la dignidad, en el decir de algunos autores, el que engloba a los antes mencionados y aún a otros. En el núcleo mismo de cualquier estudio de estos temas encontraremos siempre a la información referida a las personas como aspecto crucial, pues en este concepto se sintetiza el conocimiento que unos tenemos de otros, base obvia de la interrelación humana y, por tanto, de lo que llamamos sociedad. Es necesario entonces procurar en esto una normatividad equilibrada que, al menos en la intención, permita el logro de una sociedad ecuatoriana cada vez más civilizada, la que es parte de un mundo, para qué negarlo, sumergido progresivamente en una grave crisis de objetivos y valores individuales y sociales.