

CAPÍTULO I

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El tema de la protección de datos personales no es ajeno al derecho puesto que la privacidad constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Es por tanto necesario conocer el vínculo exacto en el que estos se encargan de proteger la vida privada de las personas, sobre todo por el flujo constante que hay de información que caracteriza a la sociedad tecnológica. El objetivo de este capítulo es conocer los principales fundamentos de derecho que garantizan la protección de datos personales, a fin de asegurar la confidencialidad de la información almacenada en las diferentes bases de datos en México, así como conocer la historia que su defensa ha tenido.

1.1 Derechos fundamentales del ser humano

Toda declaración de un derecho ha nacido como la reacción contra un abuso cometido en algún momento pasado para garantizar que éste no se repita en el futuro (Campillo, 1952); de esta manera, la protección de datos personales apareció en varios países como materia legal para impedir que el derecho a la privacidad sea violentado como en casos que serán analizados posteriormente. La declaración de un derecho es también el reflejo de una etapa en la historia de la humanidad que constantemente evoluciona su forma de vida, lo cual es evidente con la aparición de las nuevas tecnologías que modificaron la forma de almacenar y distribuir la información que debería ser resguardada. La existencia de los derechos del hombre como el conjunto de normas que provienen de la naturaleza de la persona humana, como es el derecho a la privacidad, conduce directamente al análisis del concepto mismo de éste, de su naturaleza y sus relaciones con lo social (Campillo, 1952).

Existe una identidad entre el concepto de hombre y de persona humana, Campillo (1952) comienza su análisis exponiendo que el hombre es una persona, refiriéndose a que tiene una individualidad substancial dotada de razón y libertad que le proporciona una forma de existencia irreductible e independiente que no puede ser asumida por otro. La razón y la libertad aluden a la dignidad existente y moral de la persona, en su capacidad de conocimiento y autodeterminación; es la razón con lo que la persona tiene conciencia de sí misma, lo diferencia de lo material y lo circunstancial y lo revela como sujeto de un fin absoluto.

Junto a la razón se encuentra la voluntad o facultad de querer, misma que, según Campillo (1952), puede definirse como la “capacidad de tender conscientemente hacia algo en vista de un fin”, que se presenta a la voluntad como algo verdadero, un bien digno de ser querido por la voluntad. Es en la voluntad en donde se entra ya en el campo de la libertad, expresada ésta no únicamente como libre albedrío o como una facultad de expresión, sino como la ausencia de obligaciones o imposiciones exteriores que todo acto voluntario rechaza, que tiene como consecuencia que sea establecido un principio y un fin por un agente ejecutor (Campillo, 1952).

Es en este sentido que Campillo (1952) afirma que el hombre es un ser libre al mismo tiempo que está obligado, necesita la libertad para su realización como hombre, pero debe hacer uso de esta libertad conforme lo exigen su naturaleza y la ley para la implementación de un orden. Este orden puede ser entendido dentro de un marco social en el que se desarrolla el hombre, y que marca su complemento en el que satisface sus necesidades para crear la relación entre hombre y sociedad, cuyo fin último es el bien común de sus integrantes, que precisamente se llama así por ser común a todos sus miembros y que si bien no se identifica con el bien particular de cada uno, sí coincide con los intereses de la colectividad (Campillo, 1952).

Tanto la existencia de una sociedad como su búsqueda por alcanzar el bien común necesitan que exista un orden y, como consecuencia, una autoridad que lo defina y establezca. Así, el orden y la autoridad sólo son justificados en tanto se dirijan hacia el bien común de la sociedad, y se presentan como algo connatural al hombre en donde encuentra los medios necesarios para que sus fines sean cumplidos. De esta manera la autoridad se convierte, tal

como lo dice Yves Simón, en “la prudencia de la sociedad en marcha hacia el bien común” (Campillo, 1952).

Toda convivencia entre el hombre y la sociedad conlleva el entrecruce de actividades que, de no ser reglamentadas, producirían choques inevitables que impedirían su realización. Es por esto que el orden y la libertad, lejos de ser contradictorios, son complemento dentro de una sociedad de personas. Por otra parte, el bien común pone a disposición de los hombres elementos que facilitan su ejercicio de libertades, pero su limitación también es necesaria en cuanto tiendan a la protección del bien común y no anulen la libertad (Campillo, 1952).

De esta correlación entre persona y sociedad tiene origen el derecho individual y el derecho social, el primero abarca el aspecto en el que la sociedad debe abstenerse de tal forma que se respete la individualidad de cada hombre y el segundo marca el ámbito en el que la sociedad debe estar al servicio de la persona dándole los medios necesarios para que sus fines sean alcanzados (Campillo, 1952). Sin embargo, no debe pensarse de los derechos individuales y los derechos sociales como dos categorías opuestas, sino que se complementan y también entran dentro del marco del derecho jurídico. Cada uno tiene al hombre como común destinatario y son proyecciones diferentes de una misma cosa: los derechos fundamentales de la persona humana, que tienen como único punto de partida y destino al hombre mismo (Campillo, 1952).

Campillo (1952) define a los derechos fundamentales o derechos del hombre como:

“...el conjunto de exigencias que derivan de la naturaleza de la persona humana y que ésta puede hacer valer ante la organización social para el mejor cumplimiento de sus fines. Estos derechos son anteriores y superiores al Estado en tanto que éste debe considerarse como un mero instrumento al servicio de la persona que lo trasciende en rango y jerarquía. En este sentido –y proyectados ya no hacia el hombre mismo, sino a la estructura política de la sociedad- los derechos del hombre adquieren el carácter de valores políticos fundamentales y se convierten en principios básicos de cualquier forma de organización política.”

Por otra parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU en Viena (1993), señala en la Declaración y Programa de Acción de Viena, en su capítulo I, punto cinco, que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los derechos humanos son un patrimonio común de la humanidad y una obligación de parte de los Estados. La ausencia de garantías dentro de los Estados, es considerada como una laguna que debe ser ocupada para proteger de manera efectiva el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana (Nogueira, 2003).

1.1.1 Generaciones de los derechos humanos

Los derechos humanos han transitado por diferentes generaciones de derechos. García González (2008) se refiere a estas generaciones como categorías o fases históricas que adquieren sentido en contextos temporalmente determinados, que no constituyen la sustitución de un derecho por otro, sino que implican el surgimiento de nuevos derechos que dan respuesta a nuevas necesidades históricas, o bien, la redefinición de antiguos derechos. Con base en esto, son tres generaciones de derecho las que se reconocen como parte de diferentes etapas ideológicas y sociales, cada una con características propias y aspectos que diferencian unos derechos de otros.

La primera generación de derechos pertenece a la época burguesa del siglo XVIII, en la que se marcaron los derechos individuales que constituyen “*los derechos de defensa de la persona cuya exigencia consistió en la autolimitación y la no ingerencia de los poderes públicos en la esfera privada de la persona* (García, 2008)”. Así, en esta etapa se reconoció el derecho al honor, a la vida, a la integridad personal y al reconocimiento a la intimidad de la persona (García, 2008).

La segunda generación estuvo marcada por las luchas sociales del siglo XIX, que dejaron como legado a los derechos económicos, sociales y culturales. Esta fase se caracterizó porque incluyó los derechos de participación, en la que los poderes públicos tuvieron que garantizar

el ejercicio de una política activa mediante las técnicas jurídicas de prestaciones y servicios públicos, a fin de que se estableciera un Estado social de derecho (García, 2007).

Por último, los derechos y libertades de la tercera generación llegaron para reivindicar a los derechos humanos porque dan respuesta al fenómeno que se reconoció como “contaminación de las libertades”, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona reconocen a la degradación de los derechos fundamentales ante ciertos usos de las nuevas tecnologías (García, 2007). Frosini, citado por Herrera (2005), vincula esta generación con la sociedad de la información en su calidad de derechos positivos, y señala que ya no pueden ser reconocidos como derechos innatos. Por su parte, Suñe Llinás (García, 2007), relaciona estos derechos con los valores inherentes a la cultura postmaterialista, es decir, ya no son parte de una seguridad física o económica, sino que tienen que ver con la autorealización personal, y adoptan un carácter más expresivo que instrumental.

Para Pérez Luño, mencionado por García (2007), dentro de las aportaciones de los derechos de la tercera generación está el hecho de que la solidaridad se convierte en su valor guía porque demandan el esfuerzo y la responsabilidad común a nivel mundial. En este mismo sentido Luño les distingue dos labores complementarias: por un lado reconocen ciertas facultades o posibilidades de actuación a los ciudadanos, y por la otra tienden hacia el equilibrio entre los poderes políticos, sociales y económicos dentro de las sociedades democráticas a las que pertenecen.

García (2007) continúa con esta misma idea y afirma que si dichas sociedades tienen un nivel tecnológico desarrollado hay más posibilidad que los derechos y libertades de las personas sean amenazados, porque el uso que se haga de la información podría influir o controlar sus vidas. En consecuencia, es necesario reconocer mediante leyes específicas, los principales derechos y libertades como derechos fundamentales.

1.2 La libertad como derecho fundamental

La libertad es un derecho fundamental, de ésta, Constant, citado por Carbonell (2005), distingue entre la libertad de los modernos y libertad de los antiguos, refiriéndose a la primera como un derecho que dota a cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no ser

maltratado arbitrariamente por uno o varios individuos, es el derecho de expresar la opinión... a reunirse con otras personas... a influir en la administración del gobierno. Es decir, son libertades que por derecho fundamental tiene cada persona y que le son innerentes, sin que afecten a otros, como lo establece la Declaración francesa de 1789, que afirma en su inicio que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros...” (Carbonell, 2005).

Para entender los derechos fundamentales de libertad, se puede decir que éstos crean ámbitos de inmunidad que protegen a los individuos, mismos que no pueden ser traspasados ni por el Estado mismo, y que también son conocidos como derechos-defensa, divididos en tres grupos diferentes. El primero está integrado por derechos a que el Estado no obstaculice ciertas acciones del titular del derecho; el segundo por los derechos a que el Estado no afecte algunas situaciones del titular; y el tercero son los derechos a que el Estado no elimine las posiciones jurídicas del sujeto del derecho (Carbonell, 2005).

Una vez entendida la libertad como un derecho fundamental, ésta debe hacerse valer no únicamente frente a los poderes públicos sino también frente a todos, por lo que el Estado se encuentra en la necesidad de asegurar que la libertad también sea garantizada frente a los particulares, puesto que no hay separación entre los derechos de libertad y los derechos sociales (Carbonell, 2005). Para que la autonomía personal ejerza su realización de la libertad es necesario que se establezcan y pongan en práctica derechos sociales, tales como educación, vivienda, trabajo, medio ambiente, etc., aunque en su mayoría podrían entenderse como instrumentos que están al servicio de la libertad porque tienen la capacidad de potenciar su efectividad (Carbonell, 2005).

Este término de libertad, que puede llegar a ser muy complejo, comprende en sí varias ideas con diferentes significados: ausencia de impedimentos, participación en la toma de decisiones que pueden afectarnos y capacidad para realizar un plan de vida propio, entendido como la posibilidad real de ser libres, teniendo los medios necesarios para ello (Carbonell, 2005).

Carbonell (2005) plantea que para construir un sistema jurídico que asegure la convivencia social pacífica, deben decidirse normas que establezcan las limitantes que los integrantes de

una sociedad determinada deben tener en su libertad, de tal manera que se establezca qué conductas deben regularse, ya sea que queden permitidas para garantizar su realización potencial o prohibidas para evitar que se lleven a cabo. La cuestión en este punto es saber qué clase de conductas son las que deben prohibirse y cuáles permitirse, que es algo que todas las sociedades modernas han tenido que plantearse bajo determinadas circunstancias. Es dentro de todo este marco que más adelante se estudiará el trato que hasta ahora se ha hecho de la protección de datos personales en México en materia jurídica, y por qué son importantes las normas que regulan la materia, como parte del derecho fundamental de la privacidad.

Una característica importante que debe tomarse en cuenta para establecer normas es el principio de daño, es decir, “somos libres para llevar a cabo una conducta siempre que esa conducta no dañe a los demás” (Carbonell, 2005). Este principio ha sido aplicado de diferentes formas en países democráticos, en algunos casos ha llegado al extremo porque regular la libertad presenta gran dificultad, aún dentro de un mismo país. Por esto, cabe resaltar que la función del sistema constitucional de derechos fundamentales es *“proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros, lo cual no implica que el Estado no pueda regular ciertos ámbitos que se consideran más positivos que otros”* (Carbonell, 2005).

1.2.1 Libertad de expresión

La libertad de expresión se consagró en el constitucionalismo moderno con la Declaración Francesa de 1789, que en su artículo 11 manifiesta: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley” (Carbonell, 2005).

Para poder afirmar que en un país existe la democracia, es necesario que en éste haya libertad de expresión porque permite la “racionalidad discursiva” de Habermas, para generar consensos y toma de decisiones entre los miembros de los diferentes grupos sociales, a la vez que encausa la expresión de los disensos propios de toda democracia (Carbonell, 2005).

Puede decirse, por tanto, que el valor de la libertad de expresión es su cualidad de fomentar la creación de la opinión pública, que da lugar a la formación de la opinión personal, esencial para dar contenido a los principios del Estado Constitucional, como son algunos derechos fundamentales como el derecho a la información, el derecho de petición, participación política, derecho a la privacidad, etc. (Carbonell, 2005).

En nuestra Constitución Mexicana la libertad de expresión queda establecida de la siguiente manera (Art. 6): “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

A pesar de que la libertad de expresión prohíbe, como característica prácticamente universal, toda forma de censura en el sentido de que no puede censurarse a los interlocutores que participan en debates públicos así como a los contenidos posibles de la discusión, esta libertad de expresión debe ejercerse con responsabilidad y está sujeta a límites expresados en nuestro sistema jurídico mexicano (Carbonell, 2005). Por censura Badeni, citado por Carbonell (2005), entiende “toda forma de control o restricción, tanto imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento”. Explica algunas de las formas que la censura puede adoptar:

“Monopolio de los medios de difusión; las subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión en detrimento de otros y con el deliberado propósito de modificar su línea editorial; la violación del secreto profesional que asiste a los periodistas; la difusión obligatoria de ciertas ideas, conceptos o acontecimientos; la publicación coactiva de cierta propaganda, noticia u opinión; la prohibición de crear nuevos medios de comunicación; los privilegios o restricciones impuestas por el gobierno para emplear la tecnología de la comunicación; las trabas para la producción o importancia de elementos necesarios para el funcionamiento o la modernización de los medios técnicos de comunicación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen deliberadamente el normal funcionamiento de los medios de difusión, o que persigan alentar o desalentar a ciertos medios o a ciertas ideas, la presión coactiva sobre la orientación y la información de los órganos de difusión; la prohibición de difundir ciertas ideas; la intervención gubernamental de las empresas periodísticas; la intervención preventiva de cualquier autoridad pública, inclusive la judicial; todo procedimiento encaminado a estorbar o impedir la difusión de ideas; toda disposición que prohíba una publicación o establezca

obligatoriamente su contenido contra la voluntad del emisor; toda medida fiscal discriminatoria para la actividad de la prensa; la exigencia de una caución para la cobertura de responsabilidades ulteriores”.

Por lo anterior, Carbonell (2005) menciona que es necesario resaltar que la existencia de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa no significan que no vaya a haber reglas para su ejercicio, sin embargo éstas deben ser tales que la libertad no pierda su sentido, como lo señala el Comité de Derechos Humanos, *“cuando un Estado parte considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo (Carbonell, 2005)”*.

Sustein, citado por Carbonell (2005), menciona tres formas en que normalmente se regula la libertad de expresión:

1. Regular el discurso de forma neutral con respecto al contenido que afecta a todos por igual y los somete a algunas modalidades.
2. Regular el contenido sin que se discrimine algún punto de vista.
3. Regular un punto de vista que no es del agrado del gobierno, misma que es considerada institucional.

Entre estas regulaciones a la libertad de expresión están las que el Estado hace a los medios de comunicación, espectáculos públicos o determinadas transmisiones, con el fin de respetar otro derecho fundamental (Carbonell, 2005).

1.3 Derecho a la información como derecho fundamental

Antes de adentrarse en el estudio de la información como un derecho, Ríos (2005) hace una reflexión sobre el concepto mismo de información y unifica las variantes que puede haber de su significado en el ámbito de la comunicación, informática o derecho. Entiende como objeto de estudio de la información a la exteriorización del pensamiento humano; es el conjunto de datos que da forma y contenido al medio ambiente que rodea y que permite que sea asimilado por otros a fin de instruir enseñar, educar, difundir, ordenar, etc.

Distingue asimismo la diferencia que hay entre información y datos, comprende a los datos como hechos o acontecimientos que describen una situación que, una vez que se acumulan, adquieren el carácter de información. Lo anterior significa que un dato no será información mientras no proporcione un interactuar en cuestión de decisiones propias o personales de quien la recibe (Ríos, 2005). Este concepto propuesto por Ríos hace evidente que la información es parte del proceso de comunicación, mismo que implica a dos sujetos activos, quienes clasifican y diferencian una información de otra. Tomado del latín, *informatio, -onis*, “implica comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada” (Ríos, 2005).

Para José Paoli, citado por Ríos (2005),

La información se debe entender como un conjunto de mecanismos que permiten al individuo reformar y organizar los datos del medio para que, estructurados de una manera determinada, le sirvan de guía de acción... a través de la información, el individuo orienta su acción, se conduce de un modo u otro, asume actitudes y conductas ante el mundo. En este sentido podemos decir que nuestra comunicación está informada. Informamos los datos al darles un sentido condicionado por nuestro contexto y educación.

Para los fines de esta investigación, es conveniente conservar la perspectiva propuesta por Ríos (2005) sobre el acto de informar que, en cuanto a su fin, suministra o pone al alcance del hombre los elementos necesarios para dirigir su acción y desarrollo, y en cuanto a su contenido, canaliza la información como un medio educativo, como proceso humano de culturización y como concientización individual y social. En lo que se refiere al enfoque clasificatorio de la información hace referencia a su objeto y fuente, misma que será objetiva cuando provenga de la transmisión de hechos y datos, y subjetiva cuando provenga de las opiniones (Ríos, 2005).

Un aspecto importante de la información es que su contenido debe ser veraz, para el Tribunal Constitucional español,

la veracidad constituye el “límite interno” de la libertad de información; aunque para mayor precisión debiera decirse del concepto información. De este modo, la información cuya libre difusión está constitucionalmente protegida o, mejor dicho, que puede llegar a obtener

protección constitucional si reúne los restantes requisitos que hacen de ella el ejercicio de una libertad preferente, debe ser veraz (Ríos, 2005).

En este orden de ideas, Ríos (2005) enfatiza que la información, como proceso de comunicación, proporciona datos sistematizados al receptor que deben ser veraces para generar un comportamiento como la toma de decisiones.

El concepto de información, visto desde un punto de vista jurídico, es un derecho fundamental reconocido por la doctrina, legislación y jurisprudencia, y conocido como derecho a la información (Ríos, 2005). Está íntimamente relacionado con las libertades de expresión e imprenta y fue agregado en nuestra Constitución de 1977 con sólo una línea: “el derecho a la información será garantizado por el Estado” (Carbonell, 2005).

Para evitar caer en confusión, Carbonell (2005) indica la diferencia entre derecho a la información y derecho de la información: el derecho a la información se refiere al derecho que tenemos todos a obtener la información, tanto de particulares como de las autoridades; mientras que el derecho de la información son las normas jurídicas que pueden aplicarse al proceso informativo, es decir, el régimen jurídico de los medios de comunicación, derechos de autor, el estatuto profesional de los comunicadores, etc.

El derecho a la información es una de las manifestaciones más grandes de la libertad de expresión en la que se involucra el Estado, los medios de comunicación, periodistas y las personas en general (Carbonell, 2005).

En lo que se refiere a la participación del Estado con el derecho a la información, Carbonell (2005) señala los papeles que éste desempeña. Por un lado tiene un rol pasivo cuando debe abstenerse de impedir la búsqueda o difusión de informaciones por parte de los particulares, y viola ese deber de abstención sin condicionar el acceso a cierta información. Desde esta perspectiva, el derecho a la información tiene un valor instrumental para la libertad de expresión porque posibilita allegarse a la información de tal manera que la persona potencializa su autonomía gracias a que puede tener conocimiento de datos, opiniones, posturas, etc. (Carbonell, 2005).

Por otro lado, el rol activo del Estado es su obligación de aportar información y garantizar el cumplimiento del derecho. De esta manera debe ser promotor “del acceso libre e igual a la información, remover los obstáculos que se interpongan en este acceso y facilitar la participación de los individuos en el ámbito de lo público a través de su adecuada información”, como menciona Villaverde, citado por Carbonell (2005).

Por excelencia, la democracia es una forma de gobierno basada en lo público, por lo que el derecho a la información es una obligación de cualquier Estado democrático, es decir, en la democracia la información debe ser proporcionada por el Estado, aún si nadie la solicita. La transparencia viene entonces como consecuencia en los Estados democráticos, pero también es un estímulo para que estos sean más eficaces para garantizar su rectitud e imparcialidad, a fin de proteger a la administración incluso de sí misma. En este punto es necesario distinguir la diferencia entre transparencia y publicidad administrativa, entendida la segunda como la condición de visibilidad de las acciones administrativas (Carbonell, 2005).

1.4 El derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información pública es una de las vertientes del derecho a la información y se refiere al derecho de obtener la información pública que está en posesión de los órganos del poder público (Carbonell, 2005). La característica fundamental diferencia a la información de otros bienes inmateriales pasibles como la propiedad intelectual, patentes industriales o marcas, además de su valor propio, es su carácter de instrumento para el ejercicio de otros derechos, es decir, tiene un valor instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos. En este sentido, el acceso a la información surge como noción de derecho para poner límite a la exclusividad o al secreto de la información, sin olvidar la necesidad de establecer qué tipo de información cuyo monopolio o secreto debe ser limitado, así como quién debe ser sujeto obligado a entregar información (Abramovich & Courtis, 2003).

El acceso a la información está situado dentro del plano de los derechos individuales, específicamente en el marco de los derechos de libertad o derechos-autonomía que velan por

que los individuos puedan realizar su plan de vida de acuerdo con su libre decisión. El derecho de acceso a la información maximiza el espacio de autonomía personal, a la vez que hace posible la libertad de expresión en un marco diverso de voces y opiniones (Abramovich & Courtis, 2003).

La Convención Americana de Derechos Humanos también relaciona el acceso a la información con la libertad de pensamiento y expresión, de forma parecida lo hacen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y la Convención Europea de Derechos Humanos (Abramovich & Courtis, 2003).

La Corte Europea de Derechos Humanos, citada por Abramovich & Courtis (2003), “prohíbe básicamente al gobierno restringir a una persona la posibilidad de recibir información que otros quieran o estén dispuestos a brindarle”. Sin embargo, esta concepción individualista tiene sus obstáculos: la autonomía personal de los demás tiene sus propios límites y pueden no estar interesados o no querer dar por voluntad propia su información y, por otro lado, la justificación que limita la autonomía individual absoluta, con razones de interés público, moral, protectorio, etc. Por esto, si se comprende únicamente como una libertad, el concepto del acceso a la información como un derecho únicamente individual tiene sus limitaciones (Abramovich & Courtis, 2003:).

El derecho a la información, además de poseer un ámbito individual, tiene también carácter de bien público o colectivo. En este sentido, el ámbito de la información va más allá de la dimensión individual y se adentra en el marco público, social o colectivo, en el que se releva a la información de su uso únicamente instrumental; lo sitúa como un medio de control institucional, tanto entre autoridades públicas como particulares (Abramovich & Courtis, 2003). Carbonell (2005) indica como involucrados en este derecho al Estado, los medios de comunicación, los periodistas y a todas las demás personas, pero cree conveniente distinguir entre las personas que trabajan o son propietarias de los medios de comunicación y los periodistas del resto de ciudadanos, porque los primeros dos tienen derechos añadidos a los que tienen los ciudadanos en general.

El acceso a la información pública es un derecho característico de un gobierno republicano y de una democracia constitucional, que es el de la publicidad de los actos de gobierno, que permite el control mutuo entre los poderes del Estado y transparencia de la administración (Abramovich & Courtis, 2003).

Abramovich & Courtis (2003) destacan dos componentes del principio de publicidad de los actos de gobierno que pueden verse como términos de vínculos jurídicos:

1. Por parte del Estado, se refiere al deber del mandatario de rendir cuenta de sus actos, típico de toda relación de representación.
2. Por parte de los ciudadanos, es su derecho de acceder a la información pública que posibilita la opinión veraz para contribuir con el debate público de ideas como garantía de un sistema democrático. Por otro lado, permite estar enterado de los principales problemas de su entorno, mantener el control sobre los mandatarios y ser parte de la vida política del Estado.

En lo que se refiere al derecho que tienen los ciudadanos para acceder a la información que está en manos del gobierno, Carbonell (2005) menciona dos manifestaciones: la primera, “derecho a la información en sentido restringido”, se da cuando los datos a los que se quiere tener acceso afecta directamente el ámbito jurídico de una persona; y la segunda manifestación, “derecho a la información en sentido amplio”, ocurre cuando dicha información no afecta el ámbito jurídico de la persona de forma directa. Es en este ejercicio de su libertad de expresión en el que los ciudadanos pueden tener acceso a la información pública, que consolida la democracia y transparencia de un Estado, así se presenta el ejemplo anglosajón y muchos otros que, mediante el ejercicio de su derecho a la información con énfasis en la publicidad de los actos de gobierno, controlan el gasto de fondos públicos recabados de los impuestos pagados por los contribuyentes (Abramovich & Courtis, 2003).

Sin embargo, hay cierta información cuya publicidad puede reservarse cuando es por razones de seguridad, defensa o protección de otros bienes, entre ellos, los derechos individuales, considerando que el derecho a la intimidad y privacidad son parte de éstos. Abramovich y

Courtis (2003) trazan algunas distinciones y diferencian niveles de acceso a datos a los que puede haber acceso:

1. Acceso al dato procesado. En este caso, la administración da al particular los datos en forma estadística, de indicador o cualquier otra, que la administración misma procesó para fines internos.
2. Acceso al dato bruto. Son los datos registrados por la administración que no han sido procesados, de esta manera, el particular reemplaza el proceso no obligatorio de parte del Estado. El alcance de este derecho es útil para la investigación científica porque permite hacer comparaciones de los datos obtenidos, misión que no se le puede exigir al Estado.
3. Circuito de flujo de los datos dentro de la administración. Se refiere a la obligación de cada dependencia de los Estados de tener un organismo receptor de los pedidos de los datos por parte de los particulares para que éstos puedan tener acceso a la información que requieran.
4. Producción de información. Se trata de una obligación especial del Estado y particulares por producir la información, en materia de derechos sociales, ambiental, de productos destinados al consumo, de administración de recursos públicos.

El derecho a la información es parte del respeto, protección y aseguramiento de derechos sociales. La información es muy valiosa porque funciona como un indicador de las medidas adoptadas por el Estado en sus diferentes áreas, por ejemplo, datos referentes a la salud de la población, vivienda, educación, seguridad social, etc. De acuerdo con Abramovich y Courtis (2003), el derecho a la información es obligación del Estado y toma forma de norma cuando se refiere a:

- La adopción de medidas, se dan a conocer a través de su publicidad y al acceso de los ciudadanos a la información de estas mismas, en donde la información es el instrumento por el que puede verificarse si el Estado ha hecho o no algo con respecto a un derecho social en concreto.

- La exigencia de que esas medidas sean adoptadas hasta el máximo de los recursos disponibles, es decir, evalúa el uso de los recursos presupuestarios para conocer si las medidas adoptadas han aprovechado los recursos hasta el máximo, implica un análisis comparativo que determine con qué recursos cuenta el Estado, cuánto dedica a la satisfacción de derechos sociales y cuánto destina a otros sectores.
- La obligación de progresividad, conlleva un sentido de progreso que consiste en la obligación del Estado por mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales; de esta obligación puede desprenderse la obligación de no regresividad, que señala la prohibición de adoptar políticas y medidas y sancionar normas jurídicas que representen un retroceso para los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto es deber del estado mejorar la situación de los derechos y no disminuir su protección o permitir su derogación.
- La referencia al carácter “apropiado” de los medios que fueron adoptados, incluida la legislación, significa adecuar los medios adoptados para hacer efectivos los derechos establecidos. Esto implica una ardua labor de planificación y el desarrollo de planes con objetivos que se establecen a corto, mediano y largo plazo.
- El objetivo de alcanzar “la plena efectividad de los derechos” económicos, sociales y culturales, para lo que requiere información sobre la relación de las medidas que fueron adoptadas y el acceso de la población a los servicios o prestaciones que fueron creados para satisfacer esos derechos.

Es gracias al derecho a la información que los ciudadanos pueden ejercer cierto grado de control en las decisiones y actos de un Estado, sobre todo en aquellas relacionadas con el cumplimiento de los derechos económicos y sociales. A este respecto, Abramovich y Courtis (2003) indican que la información que el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos debe ser, como mínimo, sobre la situación de las principales áreas de interés, en particular cuando se requiera de indicadores para su medición, y el contenido de las políticas públicas desarrolladas o en proyección con todo su detalle.

En México, a partir de junio de 2003, el derecho de acceso a la información favoreció la transparencia en el gobierno y la rendición de cuentas de cada servidor público, con la intención de hacer más eficientes a las instituciones federales y sus servicios. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI), cuya denominación cambió a mediados de 2010, obligó a las dependencias y entidades del gobierno federal a dar acceso a la información que contienen sus documentos, principalmente a lo relacionado con su forma de trabajo, uso de recursos públicos, resultados y desempeño, a cualquier persona que la requiera sin necesidad de que se identifique ni que dé una explicación sobre el uso que hará de la misma. Es importante resaltar que esta ley garantiza el derecho de las personas a la vida privada ya que obliga a las instituciones a proteger los datos personales que almacenan en sus bases de datos, de tal forma que distingue la información gubernamental como pública, de la información de las personas, que es privada. Sin embargo, más adelante se estudia la problemática que puede ocasionar la ambivalencia del IFAI.

1.5 Derecho a la privacidad como derecho fundamental

El derecho a la privacidad es un concepto que ha tenido sus vertientes mediante el tiempo. Defiende el principio de respeto a la vida privada de una persona y su familia, ajena al conocimiento público y a la intrusión de terceros, a menos que tenga la autorización de la persona afectada. Permite proteger la calidad básica de vida humana (Nogueira, 2003).

La separación de las actividades públicas y privadas de las personas es un indicador de las democracias contemporáneas. De no existir esta diferenciación podría caerse en la violación de los derechos fundamentales más importantes de un Estado constitucional, como la libertad de creencias, libertad ideológica, derecho a la inviolabilidad del domicilio, etc.; o bien, se desintegrarían los sistemas de control que verifican las actividades de las autoridades, puesto que las reglas que rigen el comportamiento dentro del ámbito público son diferentes a las del privado, y para los funcionarios públicos hay un sistema de verificación para distinguir entre lo público y lo privado (Carbonell, 2005).

Es en este sentido que los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos destacan al derecho a la intimidad como el determinante para diferenciar entre el

ámbito público y el privado (Carbonell, 2005). El derecho a la intimidad asume la existencia de un espacio propio y lejos de la acción y conocimiento de los demás, a fin de mantener una calidad de vida. De acuerdo con Rivera, citado por Nogueira (2003), el derecho a la privacidad salvaguarda la soledad de quien vive solo por autodeterminación, lo íntimo en el área familiar y social, el deseo de permanecer en anonimato en las actividades cotidianas y la voluntad de no dar a conocer información que pertenece o tiene que ver con la propia persona.

Los pioneros del derecho a la intimidad, Samuel Warren y Louis Brandeis, preocupados por la invasión de la prensa en la vida privada de las personas en el ejercicio de su actividad, que era informar temas de “interés general”, afirmaban de forma anticipada lo que actualmente ocurre (Carbonell, 2005):

El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro... La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales.

Esta genuina preocupación aumentó con el avance de las sociedades modernas, por lo que la protección constitucional también necesitaba ampliar sus horizontes, sobre todo con el desarrollo tecnológico que permite almacenar una gran cantidad de información personal. Nogueira (2003) menciona tres aspectos que comprende la vida privada: el primero es el derecho a ser dejado solo y tranquilo; el segundo es la autonomía que da a cada persona el derecho a elegir sobre su proyecto de vida sin que haya una intromisión directa en su decisión; el tercer aspecto, que tiene que ver con este estudio, es sobre el control de la información, que consiste en que la persona puede guardar o reservar su vida personal o familiar, tal es la información sobre su persona manejan terceros.

1.6 El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene su origen en el concepto mismo de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privée* y da cobertura jurídica a las personas que son invadidas en su vida

privada o frente al peligro que representa la informatización de sus datos personales (Ríos, 2005).

Son muchas disposiciones internacionales las que reconocen la protección de la vida privada como un derecho, al respecto, la Organización de las Naciones Unidas establece en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El ámbito de protección del derecho a la intimidad varía de acuerdo con el país en el que se regule, también es diferente según se trate de personas públicas o privadas, sobre todo si las primeras poseen algún cargo público en el que su espacio privado es un tanto más reducido (Carbonell, 2005). Autores como Garzón Valdés proponen distinguir entre lo íntimo, lo privado y lo público, pero Carbonell (2005) sugiere que, para el estudio de los derechos fundamentales, primero es necesario determinar el contenido de lo íntimo así como de lo privado para después establecer qué debe ser tutelado por el ordenamiento jurídico. Según Meján (Ríos, 2005): “hay algunas construcciones doctrinales que parten de afirmar que intimidad es diferente a vida privada reservando la primera al fenómeno psicológico, inasible por el derecho y abocándose al conocimiento del segundo que por tener una manifestación externa de alguna manera, permite su conceptualización y regulación jurídica”.

Ríos (2005) menciona que en algunos estudios se cuestiona la semejanza en alcances jurídicos del derecho a la intimidad con la vida privada: la intimidad es el ámbito de la persona situado totalmente en la interioridad, fuera del alcance de alguien ajeno y, por lo tanto, apartado de la exteriorización y relación; mientras que la vida privada ocurre dentro de un entorno reducido, son los actos realizados con el conocimiento de personas cercanas. De esta manera, la intimidad se destruye cuando se divulga porque es un ámbito que no puede ser objeto de difusión a través de mensajes informativos; sin embargo, hay ciertos aspectos que son de interés público sobre los que es aconsejable o incluso se exige sean difundidos (Ríos, 2005).

Bajo esta perspectiva que diferencia lo íntimo de lo privado, Ríos (2005) afirma que no pertenece a la intimidad aquella información contenida en archivos y registros públicos puesto que ya trascendió y, como consecuencia, puede ser conocida. Sin embargo, el hecho de que algunos países hayan establecido leyes para limitar al acceso de dicha información implica que no toda es difundible, a pesar de que tampoco sea íntima, pero esto se debe a que mucha de esta información se considera parte de la vida privada de las personas y sólo cobra interés sobre cierto aspecto, en circunstancias específicas y para determinadas personas que, en ocasiones, pueden ser funcionarios del Estado. En este orden de ideas, Serna, citado por Ríos (2005), señala que se llama público a lo que ha sido difundido, por lo que, como consecuencia, mucha información contenida en los archivos es privada y debe seguir siéndolo en la medida que no exista un interés legítimo para conocerla.

El derecho a la intimidad ha ido de la protección de una esfera de soledad a la protección de su privacidad en los espacios sociales, por ejemplo, como ocurre con el derecho a la autodeterminación informativa que guarda cierta relación con la protección de datos personales (Carbonell, 2005). Esto quiere decir que, por cuanto el derecho a la intimidad también se proyecta en el ámbito de los registros de información manual e informática, capaces de develar algún ámbito de la vida íntima de la persona, éste adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos referentes a la propia persona con el derecho a la autodeterminación informativa, misma que se refiere a la capacidad de la persona para escoger qué tipo de información de su ámbito privado puede ser conocida y qué es lo que desea conservar en lo secreto, así como la autoridad para decidir las condiciones bajo las que dicha información puede ser usada, sin que este derecho sirva como pretexto para ocultar conductas delictivas o para cubrir que una persona no es la adecuada para ocupar un cargo público, casos en los que el derecho a la intimidad cede frente al derecho a la información a fin de perseguir delitos y conocer las aptitudes de los funcionarios públicos (Carbonell, 2005). Esta actividad exige la intervención del Estado para que resguarde este derecho de autodeterminación informativa y que establezca garantías constitucionales que lo protejan (Nogueira, 2003).

Todo este enfoque de la vida privada muestra lo relativo de lo público debido a que cierta información pública proviene directamente de la actividad privada e, incluso, íntima de las personas (Nogueira, 2003).

Carbonell (2005) menciona los elementos que en la actualidad han puesto en peligro la intimidad de las personas: “el desarrollo de los sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener gran capacidad de intrusión en nuestra vida privada; y por la facilidad generada por los avances tecnológicos para tener acceso a una gran cantidad de datos personales”. Pero ante todo esto, aún queda la interrogante por saber qué es lo que específicamente protege el derecho a la intimidad.

El derecho interno de Estados Unidos distingue cuatro categorías de posibles violaciones al derecho de la vida privada e íntima (Ríos, 2005):

- a) La injerencia en la intimidad del individuo.
- b) La divulgación al público de determinados actos concretos de la vida privada.
- c) Hacer público a la luz de la falsedad la vida privada de un individuo.
- d) La apropiación de algunos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro, que pueden ser el nombre, la imagen, voz, conducta, etc.

Mientras que Meján, citado por Ríos (2005), da algunos ejemplos de circunstancias en las que las personas no desean la intervención de otros como: domicilio, imagen, correspondencia, papeles, archivos y registros particulares, conversaciones telefónicas o en privado, información financiera, información médica, relaciones afectivas o sentimentales, relaciones sexuales, posturas, ideologías y militancias religiosas y políticas, circunstancias relacionadas con el honor, antecedentes (penales, laborales, de estudio, etc.).

Al respecto, Warren y Brandeis también señalaron algunas reglas para saber en qué punto se transgredía o no el derecho a la intimidad (Carbonell, 2005):

1. El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general.

2. El derecho a la intimidad no impide dar a conocer información cuando se transmita a algún órgano público, por ejemplo en el marco de un procedimiento judicial o ante una cámara legislativa;
3. No se violaría el derecho a la intimidad cuando la revelación de información privada se haga en forma oral y sin causar daños especiales;
4. No se vería afectado el derecho a la intimidad cuando el individuo mismo hace públicos los hechos que le afectan o consciente en que se hagan públicos;
5. La intimidad se puede afectar aunque los hechos privados sobre los que se informe sean verdaderos; es decir, la verdad o falsedad de los hechos no dice nada sobre la violación de la intimidad;
6. La falta de “malicia” en quien hace pública una información no constituye una defensa ni una justificación.

Visto lo anterior puede notarse que el derecho a la intimidad puede ser un obstáculo frente a otros derechos, como el derecho a la información, razón por la que su regulación se ha vuelto más necesaria y por la que ya varios países se han encargado de precisar su ámbito de protección. Esta tensión entre derechos se acentúa cuando se trata de personas públicas, cuando por su profesión o condición social las personas hacen pública cierta información de su vida privada, sin que deje de existir para ellos el derecho a la intimidad, pero su ámbito privado es más reducido, tal es el caso de artistas, deportistas, personas reconocidas, etc. La esfera íntima también disminuye para las personas que están bajo pena privativa de la libertad, aunque aún en esta circunstancia conservan su derecho y su esencia no puede ceder, ni siquiera en casos en los que se argumente la seguridad o el orden en las reclusiones (Carbonell, 2005).

Ríos (2005) señala los caracteres implícitos en los derechos que se distinguen en el ámbito de la intimidad:

- a) Son innatos, es decir, corresponden a su titular desde el origen de éste;
- b) Son vitalicios, porque acompañan a la persona durante toda su vida;

- c) Son inalienables, esto es, no son susceptibles de enajenación por ningún título, están fuera de comercio,
- d) Son imprescriptibles, independientemente del abandono de su titular, el efecto del tiempo no influye en su pérdida;
- e) Son extrapatrimoniales, aun cuando la lesión de estos derechos puede generar derechos patrimoniales;
- f) Son absolutos.

1.7 La privacy

Por otra parte, para hablar del derecho a la intimidad, Ríos (2005) resalta la importancia de tener un acercamiento con algunos elementos jurídicos y hace hincapié en el vocablo inglés *privacy*, que no corresponde a lo que en español sería privacidad, sino que, dentro del sistema anglosajón la *privacy* ordena una esfera de la libertad en la cual la persona tiene la facultad de exclusión a fin de conservar su posibilidad de autorrealización dentro del espacio íntimo, es decir, es una garantía que preserva el ejercicio virtual de las libertades. Así, este concepto, *privacy*, se clasifica en tres órdenes (Ríos, 2005):

1. *Privacy* de la esfera íntima: comprende actos o circunstancias que están dentro de la esfera de la libertad de la autodeterminación de la persona. Se denomina *habeas mentem* o “libertad genérica de la persona”. Algunos ejemplos son: secretos documentales y domésticos, inviolabilidad del domicilio, derecho a la libertad sexual y a la contracepción y derecho a la planificación familiar.
2. *Privacy* de la esfera política: cuida de las garantías y libertades institucionales como el derecho de asociación, libertad religiosa o de conciencia y derecho a la sindicalización.
3. *Privacy* de la libertad personal: comprende la libertad genérica de la persona *habeas mentem* pero relacionada directamente con el cuerpo mismo de la persona, tales como operaciones o pruebas médicas, sustracción de sangre, derecho a la confidencialidad y secreto de las relaciones profesionales, presunción de inocencia y derecho al silencio.

En palabras más sencillas y según García (2007), esta *privacy* tiene la función de controlar la información que circula sobre cada persona, es decir, no implica únicamente la ausencia de información de cada sujeto, sino más bien el control que cada quien pueda tener sobre ésta.

La noción de intimidad o privacidad es señalada por Pérez Luño, en García (2007), como una categoría cultural, social e histórica, cuya concepción ha pasado de ser cerrada y estática a abierta y dinámica, puesto que ahora posibilita conocer, tener acceso y control sobre la información referente a cada sujeto. Debido a que se trata de un derecho abierto y dinámico que está frente a la denominada sociedad de la información, el control electrónico de los datos de identificación, fiscales, crédito, etc., representan una vigilancia omnipresente sobre la vida cotidiana de la persona, por lo que en lo individual y social, cada quien puede estar sometido a un “juicio universal permanente” (García, 2007).

Es posible afirmar que el derecho a la intimidad tiene múltiples variantes y, tal como lo afirma Fayos (Carbonell, 2005), éste es un derecho que exige más participación creativa por parte de los jueces constitucionales. Una de las grandes preocupaciones actuales del derecho a la intimidad es que, gracias a la tecnología, pueden crearse bancos de datos con información sensible que puede afectar la vida privada de las personas, al ser expuesta a una vigilancia continua. Dentro de este contexto, tal y como lo refiere García (2007), la protección de la intimidad frente a la informática no significa que el proceso electrónico de esta información sea impedido, porque es necesario para el funcionamiento de actividades económicas, sociales, gubernamentales, etc., sino que urge el uso democrático de las tecnologías de la información.

1.8 Libertad informativa y libertad informática en la sociedad de la información

Dada la aparición de las nuevas tecnologías que permiten almacenar y transferir una gran cantidad de información, es pertinente estudiar en este momento la relación que el derecho debe establecer con la informática, misma que Ríos (2005) define como el tratamiento automático de la información y Losano como “la disciplina que se ocupa de la búsqueda documental realizada a través del ordenador electrónico (Ríos, 2005)”.

La información que circula en las nuevas tecnologías, entre ellas internet, de acuerdo con Fernández Esteban (Campuzano, 2000), ha creado una nueva mercancía que identifica como el

intercambio de datos. Nos encontramos en una sociedad en la que las tecnologías de la información son figura representativa de nuestra cultura, de tal forma que, para designar el marco dentro del cual ocurre nuestra convivencia, se hace uso de la expresión *sociedad de la información* (Campuzano, 2000). Campuzano (2000) define a la sociedad de la información como: “un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la comunicación”. Este concepto supone una *informatización* de los diferentes sectores que permite a los ciudadanos participar en la vida económica y social, a fin de que alcancen un mejor nivel de vida. Es decir, las nuevas tecnologías de la comunicación suponen la creación de una *sociedad de integración* en la que todos los ciudadanos pueden participar (Campuzano, 2000).

Campuzano (2000) afirma que la aparición y desarrollo universal de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, refiriéndose al conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética, trae consigo no sólo el impacto tecnológico, sino que a éste se le agrega el cultural, legal, económico y social que influyen o modifican hasta cierto punto las prácticas y actividades cotidianas de las personas, tales como el empleo, la educación, el comercio, etc. Al respecto, Manuel Castell, citado por Campuzano (2000), afirma que con el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información nos encontramos en un cambio igual o más importante que la revolución industrial, porque éste también es un fenómeno que ha engendrado una gran transformación en la actividad social.

En este orden de ideas, la informática, si se entiende como un medio, constituye un poder porque elimina las barreras del espacio y tiempo, a la vez que se convierte en una herramienta útil para el acopio y uso de todo tipo de información. En la sociedad de la información existente, el poder ya no recae sobre el ejercicio de la fuerza física, sino en el uso de la información que puede influir y controlar la vida de las personas, sin necesidad de acudir a formas coercitivas (García, 2007).

Alicia Pierini (Ríos, 2005), señala que:

...en una situación de conflicto mundial latente y la necesidad de control, vigilancia y de demostrar superioridad, dieron origen a la más impresionante era de investigaciones e inventos de toda la historia de la humanidad, a tal punto que importa una identificación general como la “era científica y espacial”. El avance de la tecnología, so pretexto de una vida mejor, originó como contrapartida una serie de perjuicios y problemas trascendentes e impensados que hacen dubitable la vida futura en el planeta en un plazo aproximado de doscientos años. Tamaño poder tecnológico de investigación, junto con un poder de destrucción, concentraciones impresionantes de capitales y peligrosos reales de supervivencia, dieron lugar a (la) tercera generación de declaraciones, derechos y garantías referidas al uso racional de la tecnología, de los recursos naturales y del espacio aéreo. La finalización de la guerra fría... trajo aparejado el nuevo fenómeno de la “globalización”, que sólo puede ser posible por la existencia de una tecnología de “última generación” que permite el flujo constante e ininterrumpido de información entre todas las partes del mundo.

En cuanto al hombre, la preservación de las garantías adquiridas y el reconocimiento de otras en función de la falta de equiparación entre las grandes empresas y el pequeño consumidor o usuario, que en soledad carecería de toda posibilidad de reconocimiento y actuación (provocan) que los derechos y libertades de (las denominadas como pertenecientes a la) “tercera generación” se presenten como una respuesta al fenómeno de la contaminación de las libertades (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona individualizan la situación de erosión y degradación que padecen los derechos fundamentales por algunos usos que se le dan a las nuevas tecnologías (Ríos, 2005).

Negroponte, en Campuzano (2000), hace mención del término *ciudadanos todopoderosos*, refiriéndose con esto a la capacidad que tienen los usuarios como ciudadanos, gobernantes o empresas, de acceder sin límites a la información mediante las nuevas tecnologías, entre ellas internet, en la búsqueda de un mejor nivel de vida. Aún los países industrializados se encontraban con el problema fundamental de si esto se trataba de un mundo ilusorio al que únicamente tenían acceso unos pocos con las condiciones económicas idóneas o si, en contraparte, se trataba de una verdadera revolución en la que todos pueden participar (Campuzano, 2000). A pesar de esto, teniendo conocimiento de que es posible acceder a la información sin límites, es necesario establecerlos, sobre todo cuando se trata de información como datos personales.

Para Ríos (2005) los elementos que coparticipan ante una sociedad de la información son:

1. Elementos materiales: la sociedad, la información, las empresas, la administración y el ser humano;
2. Elementos formales: se trata de los límites o autolímites impuestos al desarrollo tecnológico, como las telecomunicaciones, los procesos de comunicación, y los límites o autolímites a la participación de una decisión y de un orden jurídico que coexisten.

Ríos (2005) sugiere que una vez establecida la relación que hay entre la información y el derecho, materializada en un “derecho a la información” y en una “información jurídica”, ahora toca aclarar los objetos de estudio formales en el que la información repercute en la materialización del derecho bajo su tratamiento de “automatización”, con lo que puede hablarse formalmente de la informática como objeto formal en el derecho. De la misma manera, una vez que la sociedad de la información tiene un concepto teórico, el reto es instaurar nuevas formas de actividad empresarial, de relaciones sociales, instrumentos que permitan a todos los ciudadanos acceder a la información, medidas legislativas que protejan la seguridad en el intercambio de datos, leyes que regulen las nuevas formas de contratación que surgen del comercio electrónico y normas que protejan la propiedad de la información que circula en las redes (Campuzano, 2000). Sobre este mismo punto, Ríos (2005) plantea que hay grandes probabilidades de que las relaciones entre las empresas y la administración de grandes cantidades de información automatizada pueden modificarse, en gran parte con la intervención de un orden jurídico.

Con base en lo anterior, Mourillo (Ríos, 2005) afirma que: “en orden a proteger la información automatizada conviene abandonar la referencia de la intimidad y enunciar un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación informativa, que tendría como objeto preservar la información individual (íntima y no íntima) frente a su utilización incontrolada arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada”.

Carlos Ruiz (Ríos, 2005) explica que estas diferencias distinguen la intimidad física o clásica, que es la libertad frente a cualquier intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia, comunicaciones o relaciones, de la intimidad informativa, que se entiende como el derecho a determinar cómo y en qué medida puede comunicarse información sobre uno mismo a los

demás, como es el caso de los datos personales. En este sentido Puccinelli (Ríos, 2005) señala a la libertad informativa frente a la libertad informática, en donde la primera constituye el derecho a recabar y difundir información sin límites arbitrarios, y la segunda implica que la actividad informática se sujete a las reglas impuestas por la ley.

El siguiente cuadro sirve para comparar y contrastar la libertad informativa y la libertad informática:

	Libertad informativa	Libertad informática
Según Frosini (Ríos, 2005)	“Representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal; no consiste únicamente en la libertad negativa del <i>right to privacy</i> , de custodiar celosamente una vida reservada que es condición de privilegio que puede volverse insostenible en la sociedad moderna (piénsese, por ejemplo, en la asistencia médica en una sociedad con gestión unificada del servicio médico, posible ahora gracias a los programas informáticos). Consiste también en la libertad de informarse, es decir, de ejercer un control autónomo sobre los datos propios, sobre la propia identidad informática, así como existe el derecho a proteger la propia integridad física y moral”.	“Consiste en el derecho a poder disponer de los datos de información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejan los bancos de datos; derecho a controlar la veracidad de los datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas, políticas”.
De acuerdo con Puccinelli (Ríos, 2005)	“Es el derecho a recabar y difundir información sin límites arbitrarios”.	“Es aquella proyección del principio-valor libertad que se cristaliza en el derecho de recolectar toda la información cuyo conocimiento o registro no esté legalmente prohibido por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en un interés colectivo relevante (por ejemplo,

		seguridad del Estado), es decir, que implica la sujeción de la actividad informática solamente a las reglas que razonablemente le sean impuestas por la ley”.
--	--	---

Tabla 1. Libertad informativa y Libertad informática

Para la doctrina española la libertad informática, o autodereminación informativa, representa un nuevo derecho fundamental, perteneciente a la tercera generación, que garantiza la facultad de las personas de acceder y conocer la información referente a ellas, archivadas en bases de datos, así como controlar su calidad, lo que conlleva la posibilidad de corregir o cancelar la información equivocada o mal procesada y disponer sobre su transferencia (Ríos, 2005).

La libertad informática ha tomado diferentes vertientes en la práctica. Está la que excluye del manejo libre de información cierto tipo de datos de contenido más íntimo o conocido como información sensible, que se refiere a información de carácter personal, como el origen racial, las opiniones públicas, convicciones religiosas, datos referentes a la salud o vida sexual, mismos que no pueden ser tratados sin que el derecho interno prevea las garantías determinadas (Ríos, 2005).

Por su parte, la libertad informativa tiene vertientes en cuanto al tipo de información que puede insertarse en los bancos de información, que son, de acuerdo con Ríos (2005):

1. Derecho de información: la persona puede conocer que existe alguna base de datos con información personal;
2. Derecho de acceso a la información personal: es la aptitud que tiene la persona de conocer la información que contienen las bases de datos cuando se trata de información personal;
3. Derecho de actualización: con éste, la persona puede exigir que sus datos sean corregidos;
4. Derecho de confidencialidad: da a la persona la posibilidad de exigir que la información que otorga no se dé a conocer a terceros, y

5. Derecho de exclusión: gracias a éste, el sujeto puede cancelar, borrar o pedir que se elimine la información considerada como sensible.

Este derecho a la intimidad informativa, llamada así por Ruiz (Ríos, 2005), se ha visto gravemente invadido en sus diferentes vertientes a partir de que las nuevas tecnologías se han convertido en parte esencial de la sociedad de la información puesto que facilitan el proceso de almacenamiento y transferencia de datos. Por esto, la automatización de la información personal es la preocupación principal del avance informático.

1.9 Habeas Data

Habeas Data es un mecanismo que controla y protege de intromisión o afectación alguna a la información personal o a los datos personales incorporados en un medio de información de naturaleza jurisdiccional (Ríos, 2005). Su nombre proviene del *habeas corpus*, en el que lo primero significa “conservar, guardar o tener tu cuerpo”, y lo segundo, del inglés *data*, es “información o datos”, por lo que, en síntesis, *habeas data* quiere decir conservar o guardar tus datos (Ríos, 2005).

Colautti, en Basterra (2004), define el objetivo y fin del *habeas data*:

El *habeas data* tiene por finalidad impedir que en bancos o registros se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad que se encuentren directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso. Se trata particularmente de información relativa a la filiación política, ideas religiosas, militancia gremial, desempeño laboral, participación académica, etc. Las tristes experiencias de persecución ideológica vividas en el país justifican plenamente la tutela.

De acuerdo con Vanossi, en Ríos (2005), *habeas data* tiene dos facetas: una llamada clásica o tradicional del derecho de la información y de la evolución que éste ha tenido en los últimos años; y la otra proviene del impacto causado por la informática, telemática y todos los medios incorporados por la tecnología que pueden beneficiar o perjudicar, según sea el uso que se les dé, mismos que incluso pueden lesionar los derechos de la personalidad humana.

La primera Constitución en la que *habeas data* aparece como tal fue en la brasileña, en 1988, y se conoce que Fermín Morales Prats fue quien empleó este término junto con *habeas scriptum*, casi como sinónimos con referencia al derecho como control de la circulación de datos personales, y *habeas mentem*, como expresión jurídica de la intimidad (Ríos, 2005).

Para el mismo Morales Prats, *habeas data* tiene un origen similar al *habeas corpus*: “toma los datos que están en tu poder y entrégalos al interesado”, o “brinda al interesado impetrante, mediante certificación, todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder para que pueda defender él sus derechos en juicio” (Ríos, 2005). En palabras más sencillas, quiere decir “tenga el dato”, y pretende asegurar tener acceso a informaciones “para la tutela de la honra, la tranquilidad, del patrimonio, de la vida privada, entre diversos valores, contra los atentados efectuados por organismos públicos o de carácter público, en la anotación de datos e informaciones acerca de las personas (Ríos, 2005)”.

Óscar Puccinelli, en Ríos (2005) determina que

con referencia a la disputa respecto de la palabra *data*, existen dos posiciones : Cretella Júnior sostiene que *data*, es un acusativo neutro plural de *datum*, de la misma raíz que el verbo latino *do, das, dedi, datum, dare, “dar”, “ofrecer”*. *Datum*, singular de *data*, es empleado por Propertio, en las Elegías, libro III, elegía 15, verso 6: “*nullis capta Lycina datis*” y por Ovidio, en las Metamorfosis, libro VI, verso 363, ambos con el sentido de “presentes”, donativos, “ofertas”, y no con el sentido de “datos”. Los diccionarios de lengua inglesa traducen *datum*, plural *data*, por *facts, “things certainly known”; “no or available”*. En portugués, el *data* es traducido por “documentos”, “datos” (común en el lenguaje de la informática: procesamiento de datos). “Datos” son “informaciones”, que constan en archivos, de bancos de datos. “Informaciones son relativas a las personas, que constan en registros o bancos” son datos.

Según Néstor Sagües, referenciado por Ríos (2005), el *habeas data* explica su origen en el llamado “poder informático”, ya que quienes producen, gestionan y distribuyen datos se amparan en otras normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer la industria lícita, etc., pero en esta situación no se encuentran quienes se registran en las bases de datos ya que pueden contener información falsa u obsoleta, que lesione el derecho de intimidad de las personas.

La Constitución brasileña de 1988 establece: “Se concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.

En este sentido, entre los objetivos principales del *habeas data* citados por Ríos (2005), se encuentran:

1. Acceder a los registros para tener control con los datos propios y familiares;
2. Actualizar los obsoletos o modificar los que contengan algún error;
3. Asegurar el secreto de ciertos datos o información legalmente obtenida para evitar que sea traspasada a terceros, y
4. Eliminar u omitir datos de la información sensible, es decir, aquélla que tiene que ver con el origen racial y color de la piel, opiniones políticas, convicciones o actividades religiosas, conductas sexual y de salud, o bien, datos que revelen el origen o algún tipo muy particular de convicciones, entre otros, cuya divulgación puede lesionar seriamente el derecho a la intimidad.

Como otro ejemplo de los fines y objetivos del *habeas data*, Ríos (2005) hace referencia a los parámetros pronunciados en Colombia, cuyos valores y principios reiteran:

- a) La prevalencia de la categoría del ser sobre el haber, con todas sus consecuencias;
- b) La prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información como exigencia de la dignidad humana;
- c) La persona es la única legitimada para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada;
- d) La dignidad humana es el supremo principio de la Constitución de 1991;
- e) Los procesos tecnológicos no pueden comprometer los derechos y libertades humanas;
- f) Los bancos de datos adquieren particular relevancia en el moderno derecho constitucional informático por cuando pueden amenazar o vulnerar derechos fundamentales tales como la intimidad, la personalidad, la honra y el buen hombre;

- g) Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo, el cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales so pretexto de mantener “registros históricos o de satisfacer el principio de integridad de la información”;
- h) El dato económico personal no puede circular sin que previamente se garantice a sus titulares los derechos reconocidos por la Constitución Política. Además, la entidad financiera que los recibe no se convierte por ello en propietaria exclusiva de los mismos y, en consecuencia, debe respetar los intereses jurídicos del titular concernido;
- i) La dignidad humana prevalece sobre la probidad comercial;
- j) La veracidad no puede derruir sin motivo legítimo la muralla jurídica de la intimidad;
- k) En razón de su dignidad humana, el deudor moroso puede esperar que en el manejo de sus antecedentes se le depare cuando menos el mismo tratamiento que recibe el infractor de la ley penal,
- l) La protección del crédito no puede lograrse en desmedro de las exigencias de la libertad personal, particularmente en aquellos casos en los cuales el deudor no tenga antecedentes penales o contravencionales.

Con base en los fines del *habeas data*, Sagués, citado por Basterra (2004), lo clasifica en cuanto a los tipos de *habeas data* en relación con su objetivo planteado:

1. *Hábeas data* informativo. Permite conocer 1) qué datos se poseen sobre mi persona – *habeas data* exhibitorio-; 2) cuál es la finalidad de los datos –*habeas data* finalista-; 3) quién recopila los datos –*habeas data* autoral-, que será importante para determinar la procedencia o no de la acción.
2. *Habeas data* aditivo. Mediante éste se solicita que un dato que no está registrado se agregue. También se conoce como actualización.
3. *Habeas data* rectificador. En caso de que se trate de un dato “falso” en los términos constitucionales, se solicita su cambio por el dato correcto.
4. *Habeas data* reservador. Es cuando el dato registrado es verdadero y no hay obstáculos para que se conserve.
5. *Habeas data* cancelatorio. Se refiere a la supresión de datos para que no sean usados con fines discriminatorios. Son los datos sensibles.

Ríos (2005) menciona que es necesario identificar si las personas morales o físicas pueden ser consideradas como sujetos legitimados para poseer este derecho, sobre todo si se considera que el *habeas data* es una garantía que protege una parte especial del derecho a la intimidad, que son los datos personales. Al respecto, para Estadella Yuste (Ríos, 2005) la protección de datos de las personas físicas se justifica en el amparo concedido a los derechos humanos individuales, mientras que la protección de personas morales recae en gran medida en derechos económicos. Esto se explica porque el uso incorrecto de información puede volver vulnerables tanto a individuos como a entidades jurídicas.

Óscar Puccinelli (Ríos, 2005) señala que la naturaleza jurídica del *habeas data* en Indoiberoamérica tiene dos versiones principales: una tutela algunos aspectos del derecho a la protección de los datos personales (*habeas data* propio o tradicional), y la otra se ocupa de garantizar el derecho de acceso a la información pública (*habeas data* impropio). Dado que el *habeas data* a veces aparece regulado como derecho y otras como acción o garantía constitucional, Ríos (2005) concluye que dado el carácter instrumental del *habeas data*, éste “*constituye en realidad una garantía de los derechos que pretende proteger, estén o no insertados en la norma que lo consagra*”.

1.10 El derecho a la protección de datos personales

La protección de los datos personales encaja en el ámbito jurídico por la naturaleza y contenido de los derechos humanos que manifiestan su estado consubstancial e inherente a la persona humana (Gómez y Ornelas, 2006). El derecho a la protección de datos personales surge del concepto teórico de “vida privada”. Si bien es cierto que por una parte existe el derecho de acceso a la información, por el otro lado aparece el derecho a la intimidad. Éste último puede aparecer como una idea muy amplia y, en un inicio, el ámbito constitucional únicamente reconocía manifestaciones concretas de la intimidad, como el derecho a la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones, así como el secreto a la correspondencia (García, 2007), pero en palabras sencillas, protege información que no debe ser pública, es decir, que permanece en el ámbito de lo personal (Gómez y Ornelas, 2006).

Dávila Rodríguez define en Ovilla (2005) a la protección de datos como:

El amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no automatizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

El derecho a la protección de datos da a la persona el poder de decidir cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones o aspectos de su propia vida. Es dentro de esta autodeterminación donde radica este derecho fundamental. Tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad debido a que los datos personales forman parte de las referencias que definen a un individuo, y su terreno se convierte en un instrumento necesario para garantizar el espacio de protección en el que la persona desarrolla su personalidad individual y social, afirma su identidad y se autodetermina libremente porque tiene la capacidad de ejercer control sobre su vida privada y sobre su información personal (Castillo, 2007).

A juicio de Murillo (Ríos, 2005), la protección de datos es muy compleja porque combina los poderes del individuo frente a limitaciones o prohibiciones de terceros con diferentes garantías instrumentales. Por otro lado, señala que los datos protegidos no tienen que ser necesariamente íntimos, sino que es suficiente con que sean personales, razón por la que, a su criterio, este derecho es más amplio que el propio derecho a la intimidad.

Isabel del Castillo (2007) también deslinda el derecho a la protección de datos personales del derecho a la intimidad cuando ésta se ve invadida por la informática, y argumenta que se trata de un derecho independiente y autónomo, con sustantividad propia, que no se opone ni se superpone a la intimidad, sino que la asume para crecer con identidad propia.

En la intimidad, el individuo se separa moralmente de los demás. Sus elementos son: el domicilio, las cartas, conversaciones telefónicas, relaciones personales o jurídicas. Protege también el derecho de ocultar imperfecciones físicas, las creencias y las particularidades de las personas. Rechaza la publicidad dentro del ámbito de las relaciones sociales de cada persona. Caso contrario a lo que ocurre con la privacidad (*privacy*), que la doctrina integra como acciones privadas internas, que son los comportamientos o conductas íntimas de la persona - esfera que coincide con la intimidad porque no trasciende al exterior y nadie se percató de ella - y acciones privadas externas, que responden a comportamientos realizados por el sujeto que sí son conocidos por terceros, pero que no afectan al bien común (Castillo, 2007). Quedan

también en otro margen las actividades públicas que pueden trascender a la persona que las realiza, ya sea porque afecten el orden social, a la moral o que causen daños a terceros, razón por las cuales el Estado tiene autoridad para regularlas y, en su caso, prohibirlas.

Es importante mencionar lo anterior porque, de acuerdo con Castillo (2007), los aspectos personalísimos que tienen que ver con datos meramente inofensivos quedan fuera de la intimidad, pero, cuando estos datos intrascendentes se conectan, corren peligro de crear perfiles personales, sociales o psicológicos. Surge entonces la necesidad de proteger los datos personales, con el conocimiento de que esa protección no conduce a los datos íntimos –que requieren una protección aparte- sino a la información propia del individuo, cualquiera que sea su naturaleza. Es necesario, por tanto, que el acceso a dichos documentos esté sujeto a un régimen restrictivo cuya justificación recae en el derecho fundamental a salvaguardar nuestra identidad mediante la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad, en ocasiones.

Pérez Luño, citado por Herrera (2005), identifica a los datos personales como: “el conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables”. Dadas las condiciones establecidas con las nuevas tecnologías, es necesario replantearse normas que velen por el derecho de la vida privada puesto que los datos personales son objetos de valor en los sistemas de mercado actuales, y el derecho a decidir si cierta información puede o no ser circulada, desaparece a la vez que las tecnologías de información se desarrollan (Campuzano, 2000).

Actualmente es difícil escapar del control de datos: ya sea en calidad de consumidores o de sujetos de derecho, las personas están inmersas en un esquema automatizado de datos (Campuzano, 2000). En muchas ocasiones existe la necesidad de proporcionar información que puede ser considerada personal y que tiene alcance público, como: nombre, apellidos, dirección, teléfono, ocupación, estado civil, edad, sexo y otros similares. Sin embargo, ocurre que los fines para los que se usa esta información son distintos para los que fueron recopilados. Su mal uso puede, por lo tanto, violar la vida íntima de las personas.

Las nuevas tecnologías permiten crear bases de datos infinitas y difundirlas de acuerdo con intereses propios de empresas, por lo que corresponde a los Estados crear leyes que protejan al sujeto y le den control sobre la información que voluntariamente cedió de sí mismo para un determinado propósito, ya sea solicitud de una tarjeta bancaria, crédito en tiendas departamentales, compañías telefónicas, aéreas, seguros de vida, solicitudes de empleo, etc.

Pérez Luño, citado en Herrera (2005), habla de la “contaminación de libertades”. Con esto se refiere a la degradación que sufren los derechos fundamentales éticos y jurídicos, vinculados con la sociedad tecnológica y con el uso que puede hacerse de la tecnología. En este marco de derechos fundamentales, descrito por Muñoz (Herrera, 2005), desde el punto de vista ético-social, que reconoce importancia fundamental para la vida del hombre en razón de la relevancia de los objetos o materias a las que hace referencia, y desde la perspectiva jurídica, que otorga atributos legales conferidos no por cualquier ley sino por una Constitución, los derechos fundamentales ya no pueden ser identificados como innatos. Suñe Linás, mencionado por Herrera (2005), señala que estos derechos corresponden a la cultura posmaterialista como parte de una tercera generación de los derechos fundamentales, y no a la necesidad de seguridad física o económica, como ocurría anteriormente, puesto que se relacionan con la autorrealización personal, es decir, con un carácter menos instrumental y más expresivo.

Una de las actividades que más preocupan en los últimos años como consecuencia de los abusos sobre el uso de los datos personales y que viola los derechos fundamentales es el marketing. Éste se ha convertido en un negocio de grandes dimensiones para muchas empresas, sobre todo del sector privado, gracias a que permiten la elaboración de perfiles potenciales que sirve a intereses particulares (Campuzano, 2000), y forma parte de la cultura posmaterialista que persigue la autorrealización personal.

Otro sector que ve invadida su privacidad es el de la salud. Diferentes compañías o empresas, entre ellas de seguros y contratación laboral, buscan conocer datos personales referentes a la salud para conocer las condiciones en las que se encuentran sus posibles contratantes y eliminar a aquellos que no son candidatos idóneos (Campuzano, 2000). Toda esta información

que ceden las personas a diferentes instituciones tanto públicas como privadas debe ser protegida por leyes que velen por su seguridad.

Como parte de la amenaza que representan las bases de datos no reguladas, según Campuzano (2000), también se encuentra el *emparejamiento de datos*. Se trata del cruce de dos o más datos contenidos en diferentes bases, a través de las cuales es posible realizar un perfil más completo del individuo.

Por otra parte se plantean situaciones en las que la persona se ve forzada a dar más información de sí misma que lo habitual: nombre, dirección, número telefónico, edad. Para participar en la sociedad como ciudadanos o consumidores es necesario entregar esta información, pero la situación cobra otra dimensión cuando el sujeto es obligado a someterse a exámenes de salud para conocer sus condiciones actuales sin su libre consentimiento (Campuzano, 2000). Por esto es prudente que las legislaciones que protegen los datos personales consideren la aplicación del principio del consentimiento real o efectivo, dado libremente por una persona que tenga el poder de decidir sin que eso le ocasione consecuencias negativas.

Sumado a esta problemática está la amenaza que representan las comunicaciones electrónicas, específicamente internet, con sus redes digitales que facilitan la acumulación y transferencia de datos, incluso a escala mundial, en cuestión de segundos, capaces de violentar la vida privada de los individuos (Campuzano, 2000). Con la aparición de internet surgió el tratamiento invisible de los datos que acentuó el comercio electrónico. Diariamente miles de personas introducen sus datos en páginas de internet de empresas públicas o privadas que realizan operaciones que no están a la vista de sus usuarios. Corripio, citada por Castro (2005), reflexiona al respecto:

Por ello todas las limitaciones a los tratamientos invisibles y la recogida de datos por los titulares desde las páginas web deben encontrarse en un sistema de protección de datos personales adaptado a las características de los tratamientos y a la peculiar fisonomía de Internet. Esta adaptación se encuentra en el reconocimiento de deberes específicos en la fase de recogida de datos, en particular el derecho a realizar opciones informadas, el derecho al anonimato y la seguridad en la red.

En este tema de protección de datos, Herrera (2005) denuncia al Estado como uno de los factores que pueden ser más peligrosos para los derechos fundamentales de los ciudadanos en la medida en que éste trate de forma ilegítima sus datos personales. Las diferentes dependencias de los Estados tienen a su disposición millones de datos para el funcionamiento de sus actividades públicas, pero debe establecerse si dichas actividades entran dentro de su marco de competencia o no, sobre todo cuando se trata de Estados totalitarios o en situaciones de guerra. Sin embargo, los Estados democráticos desconocen los derechos fundamentales de las personas acumulando información excesiva sin dar una explicación de cuál será su utilidad, bajo el argumento de legalidad en el que confía la ciudadanía (Herrera, 2005).

En este orden de ideas, la transparencia es imprescindible para el buen funcionamiento de las administraciones públicas, con el fin de garantizar el buen proceder del sector público que maneja los intereses de todos. Sin embargo, esta transparencia que deben ofrecer los Estados democráticos se ve limitada por dos vertientes extremas: por un lado, la intimidad de las personas y, por el otro, la seguridad y defensa del Estado y la investigación de los delitos. Lejos estos extremos uno del otro, ambos tienen la obligación de la transparencia (Castillo, 2007).

Hasta este punto no se discute que la Administración pública debe ser transparente, a la vez que tiene el deber de mantener el secreto en ciertos temas para poder actuar con eficacia. Coexiste el principio de publicidad con su margen de restricción que da una doble función a los funcionarios públicos: el deber de informar y el deber de callar. Desde esta perspectiva, Castillo (2007) afirma que las leyes de protección de datos personales consolidan la tensión entre la transparencia y el secreto, el derecho a saber y la obligación de callar, el derecho a la información pública y el derecho al respeto privado; tensión que se manifiesta en la complejidad jurídica de toda doctrina.

Por su parte, Lucas Durán, en Castillo (2007), señala que: “la necesaria tensión entre ambos principios no significa otra cosa que el hecho de que cada principio no puede extenderse ilimitadamente en su propia dirección (hacia la publicidad o hacia el secreto), por cuanto existe un contraprinzipio que le resta movilidad –al desarrollarse en sentido contrario- y que

controla que cada avance en aras a la transparencia o al silencio sea ponderado con su opuesto”.

Retomando la idea del fenómeno de contaminación de libertades propuesta por Pérez Luño en Herrera (2005), en la tercera etapa de los derechos fundamentales se distingue la facultad o posibilidades que tienen los ciudadanos de actuar en busca de un equilibrio de poderes políticos, sociales y económicos de las sociedades democráticas a las que pertenecen que cuentan con un nivel de desarrollo tecnológico más desarrollado. Por lo tanto, si en las sociedades de la información se busca la armonía a través del reconocimiento de los derechos de las personas, debe quedar garantizado un sistema de protección de datos personales de tal forma que los miembros de cualquier comunidad descansen en la libertad e igualdad, con el pleno conocimiento de que su derecho a la dignidad como persona es reconocido (Herrera, 2005).

Según Suñe Llinás, para la protección de datos personales debe existir un equilibrio entre los derechos fundamentales de los titulares y ciertas libertades públicas, como es la libertad de información, las necesidades de información del Estado y la libertad de empresa que pueden limitar los derechos fundamentales (Herrera, 2005).

Cabe aquí la noción de la limitación de los derechos fundamentales que se lleva a cabo con el principio de proporcionalidad. La tendencia natural a invadir áreas de otros derechos fundamentales hace necesario ponderar los intereses para lograr la compatibilidad, el equilibrio y la coordinación necesaria de principios normativos que pueden ser contradictorios (Castillo, 2007). Se trata de poner en la balanza los intereses en juego, no que se tome una decisión arbitraria sino una ponderación jurídico-constitucional basada en la argumentación jurídica racional que, no obstante, concede cierto margen de apreciación a quien decide. En la protección de los datos personales, el legislador se ve obligado a decidir y a hacer uso de este principio de proporcionalidad para dictaminar en algún caso, ya sea a favor del afectado o del encargado de la base de datos, pública o privada. La individualidad de cada caso puede servir como regla para otros similares.

Lo anterior no significa que se lesione ningún derecho. En pleno respeto a la dignidad humana nunca podrá sacrificarse el ejercicio de un derecho para dar el triunfo a otro que la deteriore.

Sin embargo, el individuo se encuentra en una red social y los derechos fundamentales deben amparar ambas condiciones, como individuo y como miembro de una comunidad, en donde la protección fluctúa entre su privacidad y la libertad de expresión, en un sentido amplio (Castillo, 2007).

Herrera (2005) también plantea la necesidad de establecer una clasificación de los datos personales para fijar diferentes grados de protección, porque así como existen datos nominativos que tienen sus normas legales correspondientes, también hay otros de carácter público que tienen que ceder en muchos casos el acceso para que terceros los conozcan. Por otra parte, están los datos conocidos como sensibles que requieren protección reforzada, de tal forma que su conocimiento y tratamiento se prohíbe a menos que se cuente con una acreditación legal o del propio titular.

Toda ley de protección de datos debe definir claramente cuál será su ámbito de aplicación y establecer si únicamente se referirán a los archivos de documentos impresos o si se extenderán a los automatizados, en caso de que se cuente con un sistema de archivos; especificar si abarcará el sector público y privado o únicamente uno de ellos, y si contemplará solamente a las personas físicas o también a las jurídicas (Herrera, 2005).

Rocío Ovilla (2005) hace mención de dos momentos importantes en la protección de datos personales: el primero es al momento de obtener esta información y el segundo se refiere al trato que va a darse a los mismos. Por esta razón explica que los derechos que se generan son distintos y los clasifica de la siguiente manera:

1. Obligaciones y derechos relativos a la obtención de los datos:

- a) Consentimiento del titular: es necesario que el titular de los datos personales dé su consentimiento para la obtención de los mismos. Esto se encuentra dentro de su derecho de la privacidad, pero no es ilimitado. Los límites los proporcionan otros valores jurídicos como la seguridad pública o nacional.
- b) Obligación de lealtad: prohíbe obtener información de manera desleal o ilícita. En algunas ocasiones esta parte se incluye en la obligación de transparencia.

- c) **Obligación de información:** se trata de informar con anticipación a las personas que sus datos personales van a formar parte de una base automatizada, les da la oportunidad de oponerse y de tener acceso así como rectificar la información que le concierne.
 - d) **Principio de finalidad:** implica una obligación para quien recauda los datos. La información debe ser tratada cuando ésta es adecuada, pertinente y no excesiva en cuanto a los propósitos para los que se ha almacenado. La información sólo podrá automatizarse únicamente si existe un fin específico, explícito y legítimo, que debe estar de acuerdo con la misión del organismo que recauda los datos.
 - e) **Obligación de vigilancia:** la seguridad de los datos debe ser vigilada por el controlador. El proveedor de acceso debe demostrar que tiene los medios técnicos para bloquear el acceso a la información, de otra forma, se haría responsable de la posible comercialización de los datos.
2. Una vez que los datos fueron recopilados, Ovilla (2005) habla de los derechos relativos al tratamiento, con la finalidad de que las personas puedan ejercer algunos derechos subjetivos que le permitan verificar o impugnar la información que le concierne:
- a) **Derecho de acceso:** se refiere al derecho de poder obtener, con alguna solicitud previa, la confirmación de que los datos que le conciernen existen o no existen, la comunicación de estos datos en forma inteligible, así como información sobre su origen y uso. Las excepciones a este derecho son la defensa, actuaciones penales, seguridad pública, una función de control o de inspección propia de la autoridad pública, o un derecho equivalente de otra persona, así como los derechos y libertades de terceros.
 - b) **Derecho de rectificación:** permite modificar o corregir los datos inexactos o incorrectos sobre su persona. También puede pedir que sus datos sean rectificadas, actualizados y, cuando sea oportuno, suprimidos o sometidos a confidencialidad. Este derecho es una obligación para el responsable de los archivos personales, pues debe realizar las operaciones solicitadas por el usuario, a excepción de que la supresión perjudique los

derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando exista una obligación legal para conservar la información.

- c) Derecho de oposición o impugnación: si la información llegara a comercializarse o cederse, las personas afectadas pueden reclamar su derecho de oposición y el respeto de su vida privada, a través de medios legítimos, pero no aplica a tratamientos automatizados creados por las autoridades públicas y para su ejercicio debe existir una razón justificada.
- d) Derecho al olvido: la información no debe conservarse más del tiempo previsto cuando se obtuvieron los datos, a no ser que la autoridad involucrada autorice que permanezca.

Por su parte, Murillo, en su libro *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*, citado por Castro (2005), alega que todo Estado democrático debe prever:

1. Que todo individuo pueda acceder a la información sobre su persona, sobre todo la que se encuentra en bases de datos.
2. Que todos los individuos puedan controlar la transmisión de la información de su persona, sobre todo la que le afecte.
3. Para garantizar el derecho a la intimidad individual las leyes deben regular:
 - a) el tiempo que debe guardarse la información de datos personales, de tal forma que se conserve únicamente el tiempo necesario para su fin específico;
 - b) que los fines para los que va a usarse la información sean declarados al momento de recopilarla;
 - c) que la información contenida en los datos personales sea veraz, actual e íntegra;
 - d) que la revelación y distribución de los datos sea prohibida.

De manera similar y con base en la Directiva 95/46/CE, Campuzano (2000) enumera lo que identifica como principios generales de la protección de datos, así como sus requisitos de aplicación y procedimientos que deberían considerarse para que ésta sea eficaz:

1. Principio de *justificación legal y oficial*. Debe existir un propósito socialmente aceptado para que el dato sea obtenido de forma legítima, dentro de los usos aceptados socialmente.
2. Principio de *licitud y limitación de la colecta*. Los medios para la recolección de datos deben ser lícitos, y suponen conocimiento y consentimiento de la persona o también alguna autorización legal.
3. Principio de *fidelidad de la información*. Los datos deben ser completos, exactos y actuales. Para cumplir con esto se establece la figura de la rectificación y actualización, que además de ser una obligación de los responsables de las bases de datos, constituye un derecho de los titulares de la información.
4. Principio de *pertinencia y finalidad*. La información recabada debe limitarse a los datos necesarios para su propósito, de igual forma, su uso debe reservarse para este mismo fin.
5. Principio de *confidencialidad de los datos recolectados*. Quienes trabajan con este tipo de archivos deben guardarlos como parte de su ética profesional.
6. Principio de *seguridad*. El responsable del archivo debe tener medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar su seguridad, a fin de evitar pérdidas, tratamientos o accesos no autorizados.
7. Principio de *caducidad*. Los datos deben ser cancelados una vez que han cumplido con su propósito.
8. Principio del *consentimiento del afectado*. Es deber de quien recaba el dato informar sobre la extracción, tratamiento, colecta, procesamiento y archivo del dato personal.

Con estos principios, el concepto de derecho a la intimidad de Warren y Brandeis evoluciona de ser un derecho de exclusión en el que el individuo afirmaba su derecho a la privacidad o a “estar solo”, a un derecho facultativo que permite al individuo ejercer acciones que defiendan su vida privada (Castro, 2005).

El derecho comparado y los nuevos tratados internacionales complementan de manera importante el derecho a la protección de datos personales con principios y definiciones que corresponden a la actualidad.