

LIBERTAD INFORMÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Juan José RÍOS ESTAVILLO

SUMARIO: I. *La sociedad informatizada.* II. *La vinculación de “sociedad informatizada” con el derecho a la información.* III. *La información y su participación con el derecho.* IV. *La informática o información automatizada y su interacción con el derecho.* V. *La libertad informática como expresión del derecho a la información.* VI. *La autodeterminación informativa como cauce de la libertad informática.* VII. *La libertad informativa y la libertad informática, sus peculiaridades de regulación jurídica.* VIII. *La cuestión del habeas data.* IX. *El caso mexicano en materia de libertad informática.* X. *A manera de conclusión.*

I. LA SOCIEDAD INFORMATIZADA

Podemos considerar que en la actualidad, la sociedad ha iniciado a coparticipar de una serie de fenómenos tan importantes y correlacionados con su persona, que la lectura correlacionada frecuentemente con casi todas las manifestaciones del conocimiento es la relativa a la de la “informatización de la sociedad” o bien, con la de la “sociedad informatizada”.¹

Por estos efectos resulta insuficiente encontrar pautas de correlaciones entre grandes empresas corporativas y máquinas electrónicas para plantear soluciones a sus problemas, pues tanto la información como su control “eficiente” es necesario llevarlos a cabo desde la más simple operación cotidiana de cualquier sujeto, sin importar su *status* personal (ya

¹ Baste simplemente reconocer trabajos como el de Nora y Minc, *La informatización de la sociedad*, Madrid, FCE, 1983.

no se habla de factores cuantitativos ni cualitativos, tampoco de edad, religión, género, economía o poder económico, entre otros), sino que ya todo ser humano, independientemente de su colocación en un conglomerado social, necesita participar de la información externa, así como determinar mucha de su ubicación por medio de la información que transmite.

Actualmente, algo puede considerarse de mayor participación mientras más aporte al medio que lo rodea, de ahí que sea importante precisar los cúmulos de información y los mecanismos para controlarla.

Pareciera ser que las frases se deben complementar con términos como “información”, “eficiencia”, “control” y “poder”, que necesariamente desembocan en concurrencias de “sociedad informatizada”.

Aunado a lo anterior, este mismo fenómeno se ha tratado de explicar mediante otros elementos; por un lado, con afirmaciones de determinaciones como: “desarrollo de las telecomunicaciones y su proyecto de liberalización, a partir de un mercado como el actual, monopolista y oportunista, con una gran competencia y un espectacular negocio”. También se habla de revolución de telecomunicaciones que “hace que el mundo empresarial y, consecuentemente, su repercusión social —incluso en el ámbito del hogar, con los límites de acceso a la intimidad— se plantee la orientación que se debe dar a la utilización de las TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones)”.²

Consecuentemente, ante esta realidad, resulta indispensable plantearse aquellas interrogantes que logren precisar un mayor acercamiento a la solución de tales inquietudes; esto es, ¿qué elementos coparticipan ante una sociedad informatizada? ¿intervienen las normas jurídicas?

Ante la primera interrogante, resulta necesario delimitar algunas peculiaridades: para efectos del presente trabajo lo que interesa es que ante una realidad fáctica e incuantificable,³ es importante precisar convergencias entre lo que identificamos como tecnologías en materia de telecomunicaciones con aquellos elementos humanos; es decir, lo que pretendemos es radicalizar (probablemente de una manera descarada y nada “sociológica”)⁴ las uniones o coparticipaciones de tecnología con personas, indi-

2 Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, Madrid, Aranzadi, 1997, p. 24.

3 Para nosotros, no puede resultar completamente válido identificar la totalidad de los elementos que confluyen en una relación social, de ahí que digamos que son fenómenos incuantificables.

4 Decimos “sociológica” en virtud de que no somos partidarios de utilizar términos como “impacto”, que pueden resultar más sociales que jurídicos.

viduos, pero ratificando tal intervención únicamente ante un sistema jurídico o ante un Estado de derecho.

Así entonces diremos que, como importantes elementos que derivan o participan de las consecuencias del binomio “sociedad e información automatizada” están las empresas, las administraciones públicas o privadas así como las personas o individuos.⁵

Estos elementos necesariamente influyen mutuamente en las peculiaridades de la participación de un orden jurídico.

Necesariamente existen grandes probabilidades de encontrar modificaciones de relaciones entre las empresas y objetivos de administración con manejo de grandes cantidades de información que pretenden automatizarse, lo que a su vez provoca consecuentemente, la modificación de relaciones “rudimentarias” anteriormente existentes. Esto ha llevado a plantear peculiaridades de una “sociedad informatizada”.

Por otro lado, no es válido tampoco dejar de reconocer las implicaciones que las relaciones que un individuo lleva a cabo con otro u otros se han desarrollado actualmente bajo la adopción de técnicas también automatizadas.

Parece ser que el mercado actual de las comunicaciones se ha inundado, por diversos bienes y servicios, de información que permite el acceso a ciertos datos que ya plantean las apreciaciones conceptuales de bienes y servicios de información automatizada, se modifican términos como conductas: ante la aparición de innumerables servicios de información, la opción como la elección representan dominios de decisión sumamente variados, lo que puede provocar nuevas reglas de mercado, competencias, así como peculiaridades en materia de bienes y servicios de información.

Con esto ya provocamos entonces una apreciación conceptual definitiva: la sociedad informatizada va creando sus propias fronteras cuya delimitación puede ser difícil o aumentada. Pareciera que los límites ante tal peculiaridad social son necesariamente el individuo, su capacidad de comunicación, así como los parámetros de interconexión entre la información que domina, la que conoce, la que pretende conocer como aquella que desconoce por completo.

5 Sobre este punto también coincide Montero, Etienne, “Del mercado de la información a la sociedad de la información. Aspectos jurídicos”, *Informática y Derecho, Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho*, Mérida, España, 1996, vol. II, núms. 12-15, p. 1065.

Por tal motivo, podemos concluir que los elementos coparticipantes ante una sociedad informatizada son:

- a) *Elementos materiales*: sociedad, información, empresa, administración y ser humano;
- b) *Elementos formales*: los límites o autolímites al desarrollo tecnológico como de las telecomunicaciones; los procesos de comunicación, los límites o autolímites a la participación de una decisión, así como un orden jurídico, que necesariamente deberá coexistir, como lo veremos en los siguientes párrafos.

Señalamos párrafos arriba como interrogante si ante las circunstancias de una sociedad informatizada, ¿pueden intervenir las normas jurídicas?

El principio elemental es que ante toda eventualidad social, convivencia humana o fenómeno que repercuta en una comunidad, se puede plantear necesariamente la posible peculiaridad, que en tales medios organizacionales existan normas jurídicas que regulen, o hagan patente la finalidad de constituir un Estado de derecho.

II. LA VINCULACIÓN DE “SOCIEDAD INFORMATIZADA” CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Por supuesto que una afirmación inicial puede circunscribirse en la correlación del propio cuestionamiento formulado; esto es, existe una directa y permanente vinculación entre sociedad informatizada y el derecho a la información.

El concepto información resulta demasiado ambiguo frente a otras disciplinas; es decir, no podemos hablar del mismo concepto en el ámbito de la comunicación como en el de la informática o específicamente del derecho. Esto es porque el contenido forma el esqueleto de la información, por lo que dependiendo de éste se determinará el área de aplicación. Sin embargo, uno de los fines que pretendemos lograr con el presente estudio es tratar de unificar un solo concepto para las materias que entrañan el presente trabajo.

Por lo tanto, hoy nos toca iniciar con la relación de la información, en su amplitud conceptual, para especificarla en el ámbito de lo jurídico; no dejamos de apuntar que resulta arriesgado universalizar un concepto arbi-

trariamente sin establecer que en cada forma de conocimiento pueden aparecer enfoques diferentes.

Si bien es cierto que el concepto de información gira al margen de otras tantas disciplinas,⁶ hoy nos planteamos la posibilidad de que ésta fuese una sola área de conocimiento autónomo; es decir, hablar de información como un ente independiente el cual cada día se genera de forma dinámica.

La información estudia la exteriorización del pensamiento humano, es el conjunto de datos que hace posible dar forma y contenido de todo el medio ambiente que le rodea y que permite por algún medio (signos, señales, lenguaje) ser asimilado ante otro ser de su misma especie y provocar efectos en él, con el ánimo de crear, instruir, ordenar, culturizar y educar, entre otros aspectos.

Conviene distinguir la información de los datos, en virtud de que éstos son una serie de hechos o acontecimientos que describen o se relacionan con una situación u objeto determinado y, en la medida que se acumulan y se hacen útiles, adquieren el carácter de información. Significa para nosotros que el dato, mientras no proporcione un interactuar en materia de decisiones propias o personales del receptor, no será información.

El concepto anterior nos lleva a retomar la afirmación de que la información es una medida de la comunicación.⁷ Esto puede surgir de la necesidad de que el individuo pueda sufrir algún efecto o no de lo que recibe de otro individuo de la misma naturaleza.⁸

En consecuencia, la información como concepto, desde un punto de vista general, representa la forma más precisa para determinar que el contenido en un proceso de comunicación implica algo entre los dos sujetos activos. Estos dos últimos serán los que determinen la clasificación de la

6 Un simple ejemplo de esto nos lo da la visión de tal concepto desde el punto de vista de las ciencias exactas, a la luz de la teoría de la información, estructurada desde 1949 por Shannon y Weber, quienes determinaron que la información, será “el factor cualitativo que indica la posición de un sistema y, eventualmente, transmitido por dicho sistema a otro”; desde la perspectiva de la teoría de las comunicaciones, la información será “el contenido, propiamente dicho, de toda transmisión”.

7 La comunicación, por ser un proceso social fundamental, se ha convertido en una de las más importantes encrucijadas en el estudio de la conducta humana. Sin la comunicación no existirían los grupos humanos. Difícilmente se puede teorizar o proyectar investigaciones en cualquier campo de la conducta humana sin antes haber elaborado alguna hipótesis respecto a la comunicación humana.

8 Los elementos en común de dos o más personas que pueden estar situados en un lugar, tiempo y espacio, pero que a la vez manifestados (emisor) en sus diferentes medios (canal), que captados de manera total (receptor), forman el proceso de comunicación.

información, pues toda ciencia es tratada de manera independiente y cuyas características hacen que se diferencie la información (unas de otras).

Información, del latín *informatio*, *-onis*, “implica comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”.⁹

Información, que supone ya el infinitivo latino *informare* permite una comprensión intuitiva del significado de la información; es decir, “poner en forma, crear, representar, presentar ordenadamente”.

Para José Paoli,

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.¹⁰

El acto de informar, para efectos de nuestro trabajo, será considerado consecuentemente bajo las perspectivas en cuanto a su fin y en cuanto a su contenido; en la primera, el acto de informar será suministrar o poner al alcance del hombre los elementos suficientes para orientar su acción y desarrollo. En la segunda percepción, implicará la canalización de la información básicamente como un medio educativo, como proceso de desarrollo humano de culturización y concientización individual y social.

Desde el enfoque clasificatorio de la información en cuanto a su objeto y fuente, se precisa que habrá información objetiva cuando provenga de la transmisión de hechos (noticias) y datos, pero no de opiniones. Será subjetiva cuando provenga de opiniones e ideas; es decir, lo que la lógica conoce como juicios de valor.¹¹

Se considera que en una sociedad informatizada como la actual, cada uno de los integrantes de una sociedad requerimos para nuestro desarrollo intelectual y humano mucha más información de la que nosotros directamente podemos percibir; por ende, necesitamos ser informados o no estar

9 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, 1992.

10 Paoli, José, *cit.* por López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984, p. 36.

11 *Ibidem*, p. 162.

impedidos al acceso de la información, de ahí que se catalogue la posición de todo receptor en una situación de dependencia, sobre todo en cuanto a la relación de desigualdad que existe entre autoridad y gobernado.

Desde otra posición, también resulta importante analizar la información desde el punto de vista de la utilidad de la misma. Si se trata de hechos (noticias) o simplemente una serie de datos, cabe hacer la aclaración que no basta recibir la sola transmisión noticiosa o el dato determinado, ya que cada persona en sus distintas facetas de ser social requiere que dicha información lleve un contenido veraz; de otro modo estaría recibiendo datos falsos que lo dejarían ajeno a la realidad, y por lo tanto, en desventaja con quien sí la conoce; o bien, estaría recibiendo una opinión.¹²

Vemos que la veracidad es un elemento importante en el proceso de información.

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.¹³

“Desde un inicio el Tribunal Constitucional se ha esforzado en distinguir veracidad y verdad. El artículo 20.1, d) (de la Constitución española que dice: artículo 20 ...reconocimiento y protección de los derechos a: d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia

12 Lo importante, ante la distinción de algunos conceptos interligados con información y comunicación, es delimitar las circunscripciones de la preponderancia como la finalidad del mensaje. Para estos efectos, y estableciendo un elemento comparativo con el Tribunal Constitucional español (el caso de México es demasiado escaso al respecto) se debe estar al elemento preponderante en el mensaje y el fin que se persigue con su difusión a la vista de las circunstancias del caso. Así pues, cuando en el mensaje examinado prevalezcan los juicios de valor sobre el relato de los hechos sobre los que se cimientan y el fin de su divulgación sea el de expresar una apreciación personal sobre alguien o algo, estaremos ante una opinión. Asimismo, si lo que se persigue con ello es informar a la colectividad, se tratará de información. *Cfr.* Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 27.

13 Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 33.

y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”), no protege únicamente la narración de hechos verdaderos o judicialmente probados. Si fuere así, no habría libertad de información posible y se sumaría en el silencio a quien quisiera informar. El error también goza de protección constitucional. Ahora bien, la veracidad, que como se acaba de ver, no excluye de la protección constitucional a la información errónea, exige a quien informa un comportamiento diligente en la comprobación de los hechos que desea narrar, expulsando del ámbito garantizado... a los rumores, las insidias, la información no comprobada, la información supuestamente obtenida de fuentes genéricas e imprecisas.¹⁴

Consecuentemente, podemos concluir que la información, como proceso de comunicación, consiste en proporcionar una serie de datos veraces al receptor que de manera sistematizada provocarán la toma de una o varias decisiones.

III. LA INFORMACIÓN Y SU PARTICIPACIÓN CON EL DERECHO

Desde nuestra perspectiva son dos las pautas en las que tiene que considerarse a la información como objeto material del derecho: una es la referente a su naturaleza y fundamentación en el campo de nuestra disciplina, así hablamos entonces de un derecho a la información; por otro, la valoración de la información tiene que especificarse en cuanto a su catalogación como jurídica, y así hablamos de una información jurídica.

Cada una de éstas guarda sus peculiaridades. Nos explicamos:

El concepto de “información” puede tener diversas acepciones de conformidad con la materia de estudio. Para lo que nos interesa debemos considerarla desde un punto de vista jurídico. Por tal, debemos decir que la información como materialización normativa es un derecho fundamental reconocido por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, denominado como derecho a la información.

El derecho a la información, fundamentado en la parte final del artículo 6o. constitucional, ha sido analizado en cuanto a su naturaleza jurídica por varios autores;¹⁵ ante eso, simplemente nos resta considerar que estamos en presencia de un derecho social e individual, por medio del cual se

14 *Idem.*

15 Así tenemos, entre otros, a Sergio López-Ayllón, José Barragán, Ignacio Burgoa, Jorge Carpizo, Juventino Castro, y Carlos Ortiz Tejeda.

garantiza que el gobernado esté debidamente enterado de los diversos procesos o factores de variada índole —social, política, o económica— que se realicen en la sociedad y que afecten o no a la misma.

De lo anterior podemos deducir que el derecho a la información es reconocido como un derecho mixto; es decir, tanto individual como social, que contiene efectos dirigidos a diversos ámbitos.

Decimos que es una garantía de naturaleza o carácter mixto, porque el derecho a la información es una garantía constitucional que supone un derecho subjetivo público complejo; es decir, con distintas facetas divididas en dos grupos de diversa naturaleza jurídica: algunas de ellas tendrán una naturaleza de carácter colectivo y otras de carácter individual o, mejor dicho, personal. Aquellas de carácter colectivo, a su vez, pueden ser de dos tipos: social y transpersonal, este último individualizable y exigible cuando se actualice el supuesto, o sea, cuando se dé la afectación, canalizándose por vía de un interés difuso.¹⁶

Como esta parte final del artículo 60. constitucional no se encuentra reglamentada de manera expresa y general, sólo nos hace entender, desde una perspectiva general, que tal derecho puede ser el todo o la nada.

De aquí parte nuestro primer gran problema al pretender resolver, desde una perspectiva jurídica, un fenómeno tan importante como es el de la libertad informática.

Nosotros simplemente podemos decir que con motivo de la reforma constitucional de 1977 en que se garantiza el derecho a la información, y respecto a la función y relación que guarda la información con los diferentes niveles de la estructura social, no se ponderó el valor económico, cultural y social de la misma para integrarla como garantía constitucional.

Por otro lado, si hemos señalado que la información guarda sus peculiaridades formales en un primer orden con la disposición constitucional que la garantiza, también es importante entender, desde una valoración jurídica, que desde otro aspecto formal existen una serie de disposiciones de información, que por su catalogación en normas jurídicas se conforman como información jurídica.

16 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 439 (los géneros son los llamados “derechos e intereses colectivos”, que pertenecen a grupos sociales y se dividen en dos categorías: la primera comprende a los denominados derechos sociales, económicos y culturales, relativos a sectores sociales organizados en la defensa de los mismos... en tanto que la segunda se integra con los que tienen carácter difuso, pues... pertenecen a personas no identificadas que no están organizadas).

Como ya dijimos, si una consecuencia de la información se desprende por los conocimientos que ella implica en el ánimo racional e intelectual del hombre para la toma de sus decisiones, resulta conveniente adecuar que para la composición de un orden jurídico aplicado en un Estado de derecho y al atender a un sistema jurídico en específico, la información jurídica se vuelve vinculante y obligatoria en el cumplimiento de sus mandatos, tanto para sus autoridades como para los gobernados.

Por tal y con base en el sistema jurídico mexicano, podemos considerar que información jurídica es aquella que se conforma de la determinación de las fuentes formales del derecho.

En efecto, establecer que en toda sociedad debe existir un orden jurídico que regule la convivencia social, y que la sociedad como tal pueda utilizar dicha información, estamos hablando de un reconocimiento que sobre la misma debe dar el ordenamiento jurídico.

Ante esto, conceptualizamos que la información jurídica es aquella que emana de uno o varios órganos del Estado, bajo un procedimiento determinado también en la ley, que darán contenido a las relaciones sociales bajo los principios y valores del derecho, como son el de bien común, seguridad jurídica, principios generales del derecho, entre otros.

IV. LA INFORMÁTICA O INFORMACIÓN AUTOMATIZADA Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO

El término “informática” deriva del francés *informatique*, compuesto de *information* y *automedique*; es decir, tratamiento automático de la información.

Por su parte, Losano define a la informática como “la disciplina que se ocupa de la búsqueda documental realizada a través del ordenador electrónico”.¹⁷

Se ha considerado que el término fue acuñado por Philippe Dreyfus mediante la contracción de información automática, la cual es la ciencia del tratamiento automático o automatizado de la información, primordialmente mediante las computadoras.¹⁸

17 Losano, Mario G., *Curso de informática jurídica*, Madrid, Técnos, 1984, p. 205.

18 *Cit.* por Fix-Fierro, Héctor, *Informática y documentación jurídica*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1990, pp. 44 y 45.

En la informática existe siempre un proceso de automatización. Por lo tanto, la computadora y sus potencialidades como limitaciones forman parte indisoluble de esta disciplina.

Como ya señalamos, al haber establecido los parámetros de distinción y complementación de la información en relación con el derecho, entendiendo sus materializaciones en un “derecho a la información” y en una “información jurídica”, ahora nos toca, como siguiente punto, esclarecer los objetos de estudio formales en que la información, bajo uno solo de sus tratamientos que es la “automatización”, puede repercutir en las materializaciones del derecho. Con esto hablamos entonces de la informática como objeto formal en el derecho.

Sobre este punto y desde nuestro parecer, bajo estas premisas se da inicio a una relación denominada “derecho e informática”; es decir, bajo la implicación formal que guarda la información con el derecho en los dos rubros de clasificación que hemos hecho, apoyamos la idea de que la materia debe precisar, como punto y objeto de partida, dos reconocimientos: uno, consistente en dictar y estudiar los mecanismos de control de la información jurídica, así como regular y dictar los esquemas de su estructuración, argumentación y explicitación en campos del derecho y disciplinas afines, por lo que estamos en el campo de la informática jurídica, y dos, establecer los elementos de regulación jurídica respecto a las consecuencias que deriven, bajo la implicación jurídica, de los actos o hechos que repercutan en el orden de una sociedad por la utilización de bienes informacionales automatizados o informáticos, por lo que aquí estamos en presencia del derecho de la informática.

Desde nuestra perspectiva, podemos conceptualizar el derecho de la informática como el conjunto de normas jurídicas que regulan la creación, desarrollo, uso, aplicación de la informática o los problemas que se deriven de la misma en las que exista algún bien que es o deba ser tutelado jurídicamente por las propias normas.

En realidad, es cuestionable si en verdad existe esta disciplina como tal, por lo que la mayoría de los estudiosos de la materia han preferido analizar algunos campos en los que, aplicando la informática, se podrían relacionar los resultados con el campo del derecho. Uno de estos campos precisamente es el relacionado directamente con la protección jurídica de la información o datos personales e indirectamente con la libertad informática.

V. LA LIBERTAD INFORMÁTICA COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El punto de partida de este concepto de libertad informática se correlaciona, como ya lo señalamos, con el derecho a la información.

El reciente trabajo presentado por Jorge Carpizo¹⁹ señala que

en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre nace la garantía fundamental del derecho a la información.

El derecho a la información es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

De la definición apuntada —que se deriva de la Declaración Universal de 1948— se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía:

1. El derecho a atraerse información;
2. El derecho a informar, y
3. El derecho a ser informado.

A. El derecho a atraerse información incluye las facultades de a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos, y b) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.

B. El derecho a informar incluye las a) libertades de expresión y de imprenta y, b) la de constitución de sociedades y empresas informativas.

C. El derecho a ser informado incluye las facultades de a) recibir información veraz y oportuna, b) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias, y c) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin ninguna exclusión.

Este mismo autor continúa señalando que

el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días y que son indispensables tener en cuenta para fortalecerla, pero fundamentalmente para garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural.²⁰

Por último, nos resta precisar que en el entendido de variabilidades comparadas que encontramos en el marco de una regulación jurídica de la

19 Carpizo, Jorge, *Constitución e información*, en Carbonell, Miguel y Valadés, Diego (comps.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 161 y ss.,

20 *Idem*.

información, ha habido autores que han precisado de diversas maneras la clasificación de los elementos del derecho a la información; así, aunados a los entendimientos de que de este derecho derivan dos correlativos (derecho de coleccionar y de difundir información), existe otro más que se incorpora por las determinaciones del avance tecnológico, por lo que se habla entonces de un derecho “a controlar” la información,²¹ y de aquí nace precisamente la conformación inicial de la libertad informática.

VI. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA COMO CAUCE DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Actualmente es frecuente encontrarnos ante la posibilidad de que nuestra información personal más particular tenga que ser “almacenada” o respaldada en fuentes o bienes informáticos; es decir, en soportes automáticos de información.

Existe el mandato constitucional que todo ciudadano mexicano debe registrar cierto tipo de información ante el órgano electoral encargado de elaborar las credenciales de identificación oficial ciudadana electoral, mejor conocidas como credenciales electorales; por otro lado, en la actividad diaria y ante la posibilidad de efectuar cierto tipo de contratos privados como el de apertura de cuentas bancarias, entre otros, es necesario también aportar ante órganos privados cierta información personal para determinar qué tipo de régimen de cuentas bancarias es conveniente contratar.

Es decir, ante el avance tecnológico y las posibles masificaciones en el manejo de información, tanto entes públicos como privados han visto la necesidad de modificar sus medios de archivar tal información para lo cual han recurrido a las computadoras.

Pero este fenómeno que, a simple vista puede resultar cotidiano, es necesario vislumbrarlo o cuestionarlo como una posible o presumible intromisión en la esfera privada o íntima de las personas y, ante esto, es necesario también determinar si las normas jurídicas deben delimitar estos alcances.

En efecto, ante las condiciones actuales de desarrollo tecnológico, las posibilidades de captar, relacionar, transmitir y almacenar información

21 Por ejemplo, Puccinelli, Oscar, *El habeas data en Indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 10 y 11.

personal son prácticamente ilimitadas. Por eso, es urgente cuestionarnos si es necesario establecer los mecanismos jurídicos que nos permitan impedir la informatización de los aspectos de nuestra vida cuyo conocimiento deseemos reservar; o bien, es necesario articular la forma de comprobar qué datos o informaciones existen sobre nosotros mismos en registros públicos o privados y determinar los cauces legales para corregir la inexacta información, completar la insuficiente o cancelar la que no debe figurar en ellos. Asimismo, es preciso saber a quiénes se puede transmitir esa información personal.

Como un primer punto relacionado, tenemos que decir que, desde nuestra perspectiva, y ya que no solamente hablamos de la participación entre autoridades con gobernados, existe este tipo de injerencias cada vez posiblemente más identificadas en los ámbitos de relaciones privadas; esto es, en relaciones entre transmisiones o intercambios de información personales entre particulares.

Con atención en lo anterior, ¿existe un ámbito de regulación sobre el tema a nivel constitucional, independientemente del artículo 16 de la Constitución, en el que sólo se regula la intervención o molestia de autoridades ante gobernados?,²² ¿existe mandato constitucional en la relación entre gobernados, si acabamos de afirmar que este fenómeno se da de manera más cotidiana entre los mismos gobernados?

Tratando de hacer una consideración interpretativa del texto constitucional, somos de la idea que como ámbito programático, el artículo 5o. de nuestra carta magna, en su párrafo quinto, nos acerca un poco más a la posible regulación o consideración del problema, cuando prescribe: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”.

A pesar de esta norma, consideramos que por ser precisamente un mandato, como ya dijimos, programático, resulta insuficiente para efectos de practicidad y de eficiente regulación constitucional.

Por otro lado, si afirmamos que el artículo 6o. constitucional también puede extenderse en su aplicación al presente punto en particular, tendríamos que recordar que, por la falta eficaz de una norma reglamentaria, re-

22 El texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional es el siguiente: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

sulta insuficiente el marco de regulación normativo. Lo mismo tendríamos que decir si pretendiésemos justificar o responder al problema, con circunscribirnos en la pretensión de explicar la verdadera naturaleza jurídica del derecho a la información, con lo cual nuestra posible solución también podrá ser probablemente desafortunada.²³

Como un primer elemento de participación al referirnos a la libertad informática y sus diversas expresiones, tenemos el derecho a la intimidad, el cual se construye a partir de la noción de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privée* y se encamina, fundamentalmente, a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales. Es, pues, como lo señala Pablo Lucas Murillo, una respuesta ligada a exigencias concretas propias de la forma en que se desenvuelve la convivencia en nuestros días.²⁴

Este derecho no se reduce a tutelar las que podríamos considerar informaciones sensibles ni a las relativas a los aspectos más recónditos de la vida de un individuo; al contrario, este derecho se extiende a datos de apariencia, en principio inocua y que, de alguna manera, se sitúan en esa esfera privada en sentido estricto, que cada uno reserva exclusivamente para sí.

En algunos ordenamientos se ha interpretado el concepto de intimidad de una forma amplia, centrada especialmente en la voluntad de cada individuo afectado. De esta forma, el derecho a la intimidad vedaría, en principio, toda intromisión en aquellas esferas de la vida que el titular se reserva para sí. Esto quiere decir, por lo que respecta a la obtención y utilización de información que se refiere a la persona, que ésta tiene, en virtud del derecho a que nos referimos, la facultad de permitir o no y de controlar el uso que de aquélla se haga.²⁵

Si el derecho a la intimidad incluye la facultad de vedar la obtención y utilización de información personal, así como el control sobre esta última, cuando se consienta o se realice por mandato legal, entonces no habrá excesiva dificultad de incluir dentro del contenido de tal derecho la tutela frente al uso de la informática.

En algunos estudios doctrinales se ha cuestionado la similitud en alcances jurídicos de los derechos de la intimidad con aquellos derechos

23 Cfr. apartado B, punto 3, del capítulo primero del presente trabajo.

24 Lucas Murillo, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 25.

25 *Ibidem*, p. 26.

que derivan de la vida privada. Sobre este particular, se ha afirmado que la intimidad es aquel ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de nadie y, por tanto, ajeno a toda exteriorización y relación, mientras que la vida privada es aquella que se desenvuelve a la vista de pocos, o de otra persona y, en una acepción más amplia, el conjunto de actos que se realizan o piensan para conocimiento de las personas cercanas.²⁶

La intimidad se distingue de la vida o esfera privada, entre otras razones, porque pierde la condición de íntimo, aquello que uno o pocos conocen; por tanto, se destruye cuando se divulga. Constituye una instancia absoluta, a diferencia de lo público y lo privado, que se limitan dialécticamente entre sí. Por esta causa, la intimidad constituye un ámbito que no puede ser objeto de difusión mediante mensajes informativos, toda vez que difusión equivale siempre, en este caso, a destrucción. Sin embargo, la vida privada o, mejor dicho, determinados aspectos suyos pueden revestir un considerable grado de interés público que aconseje e incluso exija su difusión, ya sea en razón de las personas que los protagonizan, ya de las acciones o eventos de que se trate.

Luis Manuel C. Meján señala que “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”.²⁷

Ahora bien, y tratando de entrar en materia, podemos señalar apoyándonos en lo antes dicho, que si se distingue entre ambos conceptos, podemos percibir lo siguiente: no pertenece a la intimidad lo que se contiene en archivos y registros públicos, puesto que de hecho ya ha trascendido, y consecuentemente puede ser conocido. Sin embargo, el hecho de que la legislación de diversos países establezca límites al acceso de dichos archivos y a la difusión de los datos obtenidos en ellos implica reconocer que no todo el contenido de los archivos públicos es difundible, por más que tampoco sea íntimo. Ello porque gran parte de esa información se refiere

26 Serna, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Suplemento humana iura de derechos humanos, persona y derecho*, Pamplona, 1994, vol. 4, pp. 215 y ss.

27 Meján, Luis Manuel C., *El derecho a la intimidad y la informática*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 76.

a ámbitos que pueden todavía considerarse vida privada de las personas, habida cuenta que su conocimiento tiene interés sólo bajo cierto aspecto, en determinadas circunstancias y para ciertas personas que a veces pueden ser únicamente funcionarios del Estado.

Ante esto, el mismo Pedro Serna ha señalado que, en un sentido fáctico, prejurídico, se llama público a lo que de hecho ha sido difundido; en consecuencia, muchos datos contenidos en este tipo de archivos son privados, y deben seguir siéndolo en la medida en que la generalidad de las personas carece de interés legítimo para conocerlos y, por tanto, tampoco tiene derecho a ello. Si se tiene en cuenta que el titular primigenio del derecho a la información es el público, mal podrá existir en estos casos un derecho del informador en difundir aquellos datos.²⁸

Ahora bien, en el derecho interno de los Estados Unidos de América se hace la distinción entre cuatro categorías de posibles violaciones al derecho a la vida privada o íntima:

- a) La injerencia en la intimidad del individuo o *in intrusion on plaintiff's privacy*.
- b) La divulgación al público de hechos concretos de la vida privada o *public disclosure of private facts*.
- c) La presentación de un individuo al público en general bajo una falsa luz, o *putting the plaintiff in a false light in the public eye*.
- d) La apropiación de ciertos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro, o *appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage*. Estos elementos pueden ser el nombre, la imagen, la voz, la conducta, etcétera.²⁹

Por otro lado, Meján señala que “un buen ejemplo de circunstancias que ordinariamente son reconocidos por todos los seres humanos como áreas en donde no desean la intervención de otros sería:

- Domicilio;
- Imagen;

28 Serna, Pedro, *op. cit.*, p. 217.

29 Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1995, vol. 14, p. 81.

- 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, etcétera)”.³⁰

Para estos efectos, hemos considerado entonces acercarnos un poco más a los elementos jurídicos de protección al hablar del derecho a la intimidad.

Primero debemos señalar que el vocablo inglés *privacy* no ha sido homologado en nuestro diccionario con la voz correspondiente, que sería la de “privacidad”. En el sistema anglosajón se considera que la *privacy* configura una esfera de la libertad, en la cual la persona ostenta unas facultades de exclusión para preservar sus posibilidades de autorrealización en todos los órdenes de la intimidad; asume el significado de garantía dirigido a preservar el ejercicio virtual de las libertades. Dicho concepto se clasifica en diferentes aspectos o formas, según se expresa la intimidad. Se divide en principio en tres órdenes:³¹

1. *La privacy de la esfera íntima*

Ésta comprende principalmente los hechos o circunstancias que pertenecen a la esfera de la libertad de la autoderminación de la personalidad. Se denomina el *habeas mentem* o “libertad genérica de la persona”. Como ejemplo de estos hechos o circunstancias que pertenecen a esta esfera:

- Los secretos documentales y domésticos;
- La inviolabilidad del domicilio;
- El derecho a la libertad sexual y a la contracepción, y
- El derecho a la planificación familiar.

30 Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

31 Cfr. González-Salas, Raúl, *El bien jurídico: intimidad*, pp. 70 y ss.

2. *La privacy de la esfera política*

Esta esfera se inserta en la salvaguarda de las garantías y libertades institucionales, como son:

- El derecho de asociación;
- La libertad religiosa o de conciencia, y
- El derecho a la sindicalización.

3. *La privacy de la libertad personal*

Comprende esta esfera, como las dos anteriores, la protección de la libertad genérica de la persona *habeas mentem*, pero en su forma más directa; es decir, en relación con el mismo cuerpo de la persona. Se desprenden de ella como objetos de tutela o de protección de la intimidad los relativos a las informaciones sobre:

- Las operaciones o pruebas médicas;
- La sustracción de sangre;
- El derecho a la confidencialidad y sigilo de las relaciones profesionales (abogados y médicos);
- La presunción de inocencia, y
- El derecho al silencio.

Además de estas facetas que le dan contenido al bien jurídico de la intimidad, constituye también el *habeas data* (de la cual profundizaremos posteriormente), y la garantía que consiste en proteger la intimidad expresada en la informática.

La protección de los datos computarizados en esta sociedad moderna, caracterizada por su avanzada tecnología que implica proteger algunos datos que se desea no sean del dominio público, por ejemplo:

- Los estados de cuenta bancarios;
- Las salidas del dinero al exterior;
- El monto del pago de los impuestos, etcétera.

La efectiva protección de la intimidad en la sociedad moderna dependerá no solamente de la protección jurídica de la esfera de la libertad personal, sino también de la regulación del manejo y de la circulación de los datos personales informatizados que de los ciudadanos se haga.

Uno de los elementos más importantes que deben ser tomados en cuenta en la elaboración de trabajos como el que hoy se llevan a cabo, sobre todo, al encontrarnos con un importante número de afirmaciones respecto a las diferencias entre intimidad y vida privada, es determinar sobre todo cuál es el bien jurídicamente protegido en estas relaciones.

En España, por ejemplo, y siguiendo información jurídica comparada, se ha planteado que la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 15 de diciembre de 1983 configuró el llamado “derecho a la autoderminación informativa” (*Informationelle selbstbestimmungsrecht*) en orden al tratamiento automatizado de datos personales. Para dicho tribunal, e interpretando el contenido de un artículo de norma jurídica reguladora del derecho a la intimidad, la facultad del individuo (respecto a esta materia) deriva de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.³²

Pablo Lucas Murillo considera que el derecho a la intimidad normalmente implica el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida, y correlativamente, determinar libremente y dentro de ella la propia conducta. Es un típico derecho de defensa. A su juicio, sin embargo, “la técnica de la protección de datos es más complicada. De un lado, combina poderes del individuo frente a terceros (limitaciones, prohibiciones) con diversas garantías instrumentales. De otro lado, los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos. De aquí que el ámbito de esta protección sea más amplio que el propio derecho a la intimidad”.³³

Sobre estas premisas, Lucas Murillo afirma que “en orden a proteger los datos personales frente a la informática 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”.³⁴

32 Ruiz Miguel, Carlos, “Protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Epoca, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 84, abril-junio de 1994, p. 237.

33 Lucas Murillo, Pablo, *El derecho a la autoderminación informativa*, pp. 117 y ss.

34 *Ibidem*, p. 120.

Conforme a Carlos Ruiz, estas diferencias explicarían que ciertos autores adjetiven la intimidad, distinguiendo la intimidad física o clásica (libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia, comunicaciones o relaciones) de la intimidad informativa (derecho a determinar cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo).³⁵

Por último, podemos señalar que lo que sí se identifica como caracteres implícitos en los derechos que se aprecian en el ámbito de la intimidad, son los siguientes: *a)* son innatos, o sea, corresponden al titular desde el origen de éste; *b)* son vitalicios, en cuanto acompañan al ser humano durante toda su vida; *c)* son inalienables, en cuanto no son susceptibles de enajenación por ningún título, están fuera del comercio; *d)* son imprescriptibles, porque no son alcanzados por los efectos del tiempo que no influye en su pérdida, no obstante el abandono del titular; *e)* son de carácter extrapatrimonial, aun cuando la lesión de estos derechos pueda generar derechos patrimoniales, y *f)* son absolutos en cuanto se ejercen *erga omnes*.³⁶

VII. LA LIBERTAD INFORMATIVA Y LA LIBERTAD INFORMÁTICA, SUS PECULIARIDADES DE REGULACIÓN JURÍDICA

El avance en el manejo y uso de las denominadas nuevas tecnologías de la comunicación han puesto en entredicho las valoraciones de derechos fundamentales como el de la intimidad o vida privada. Actualmente nos encontramos con una gran pugna de regulación entre aquello que puede comunicarse y aquello que en cierta forma puede afectar privilegios personales. Ante esto, es preciso que en un primer aspecto se determine por el poder público qué es aquello que sí puede decirse de algo o de alguien para no confundir la variedad de interpretaciones que sobre un concepto fundamental podemos aportar una gran generalidad de personas.

Sin embargo, y antes de iniciar sobre las vertientes de la libertad informativa, es necesario precisar que sobre este concepto “libertad informativa” se ha dicho por Frosini que “representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal; no consiste únicamente en la libertad negativa del *right to privacy*, de custodiar celosamente una vida reserva-

35 Ruiz Miguel, Carlos, *Protección de los datos personales automatizados*, pp. 241 y ss.

36 Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 80.

da, 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”.³⁷ Por otro lado, y para diferenciar “libertad informativa” con “libertad informática”, el mismo Frosini ha dicho que esta última

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.³⁸

Respecto a estas diferenciaciones, Puccinelli ha dicho que libertad informativa es el derecho a recabar y difundir información sin límites arbitrarios, mientras que la libertad informática es aquella proyección del principio-valor libertad que se cristaliza en el derecho de coleccionar 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.³⁹

Por lo antes dicho, se ha considerado que una de las mayores preocupaciones que este tema ha provocado y en atención a las peculiaridades del avance informático, es el relativo a la automatización de la información personal.

Atendiendo a estas cuestiones, y sobre todo a aquellas que derivan del avance tecnológico, los legisladores europeos del oeste fueron los primeros en considerar los efectos sociojurídicos provocados por la informatización en la sociedad. Con base en esto, países como Francia, Suecia, Alemania, Noruega, Austria y Dinamarca elaboraron, en la década de 1970, los primeros instrumentos legislativos que protegieron al individuo

37 Frosini, Vittorio, *Informática y derecho*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 21 y 22.

38 *Idem*.

39 Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

frente al mal uso de su información con apoyos informáticos. Generalmente sus sistemas o mecanismos de protección y control de las afectaciones que se sufrían en materia de automatización de datos personales en una computadora se hicieron a través de la conformación de oficinas, que por la vía administrativa resolvían los conflictos que se suscitaban.

Destacan en este sentido la consagración constitucional de este derecho como una garantía individual que han hecho las Constituciones española, portuguesa, colombiana y peruana, entre otras, que en términos generales determinan:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre; el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Por su parte, el dispositivo peruano indica, dentro del capítulo de derechos fundamentales de la persona que se integran, entre otros, en el artículo 2o, que toda persona tiene derecho a que en los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no se suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

La doctrina española considera que la denominación “libertad informática” significa un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión.⁴⁰

40 Pérez Luño, Antonio E., *cit.* por Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, p. 67.

En la práctica vemos cómo este derecho o libertad informática ha tomado varias vertientes: así, tenemos que se excluye del manejo libre de información cierto tipo de datos que reconocen ser de contenido más íntimo a la que denominan información sensible; es decir, aquella información de carácter personal, referente al origen racial, las opiniones públicas, las convicciones religiosas y otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, que no pueden ser tratados automáticamente a menos que el derecho interno prevea las garantías determinadas. En el mismo sentido se encuentra la información de tipo personal concerniente a las infracciones penales.⁴¹

Ahora bien, sobre el tipo de información que puede ser insertada en bancos de información, la libertad informativa toma las siguientes vertientes:

- a) *Derecho de información*: en el sentido de tener el individuo la posibilidad de conocer la existencia de algún banco de datos o fichero de información personal;
- b) *Derecho de acceso a la información personal*: como la aptitud que tiene el sujeto de conocer el contenido de aquellos bancos de datos automatizados, cuyo objeto es el manejo o almacenamiento de información personal;
- c) *Derecho de actualización*: gracias al cual el individuo puede exigir la corrección de ciertos datos;
- d) *Derecho de confidencialidad*: el cual concede al sujeto la exigencia a que la información que proporciona permanezca ajena al conocimiento de terceros, y
- e) *Derecho de exclusión*: que, por la naturaleza de la información, puede el individuo cancelar, borrar o solicitar la destrucción de información denominada como sensible.

Otros autores como Davara Rodríguez⁴² han explicado este mismo punto bajo los siguientes matices:

Existen principios, derechos y procedimientos que cualquier legislación actual sobre protección de datos debe recoger. En materia de principios nos habla de:

41 Cfr. artículo 6o. de la Convención para la Protección de Personas sobre el Tratamiento de Información de Carácter Personal, firmada en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

42 Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

- a) El de pertinencia de los datos, de acuerdo con el ámbito y la finalidad para los que se hayan obtenido;
- b) Los de exactitud y actualización, de forma que los datos reflejen con veracidad la situación real del titular, complementados con los principios de congruencia y de racionalidad, en relación con la necesidad de garantizar que los datos no pueden ser tratados, ni utilizado el resultado de su tratamiento en casos de que ya lo hubieran sido, nada más que en aquellos casos en que sea totalmente necesario y adecuado a la finalidad para la que fueron tomados, y
- c) El de consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal “salvo que la ley disponga otra cosa” y que expone, de alguna manera, la limitación por el titular de los datos, definiendo él mismo el nivel de protección a los que les quiere someter.

En materia de derechos, este mismo autor refiere:

- a) El derecho de autodeterminación que reconoce a la persona la facultad de decidir cuándo y cómo está dispuesta a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla ella misma; esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes informáticos o susceptibles de tratamiento automatizado;
- b) Los derechos de información y acceso del titular sobre los datos que existan referentes a él en los ficheros, y sobre el fin para el que han sido recabados y registrados, y
- c) Los derechos de rectificación y cancelación del interesado en el caso de que los datos sean inexactos, o cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido registrados.

En cuanto a los procedimientos, se nos señala que el ejercicio de los mencionados derechos se llevará a cabo mediante un procedimiento determinado. Este procedimiento puede orientarse en la línea de lo que se ha dado en llamar *habeas data*, como instrumento que permita facilitar un camino mediante el que el ciudadano puede encontrar una auténtica defensa de los derechos que se pretende proteger. Y aunque este autor no lo señala expresamente, también se puede recurrir a la postura de solución de conflictos derivados por estos problemas a través de la instancia administrativa y no meramente jurisdiccional, como lo es la del *habeas data*.

Veamos estas dos vertientes procedimentales para resolver el problema que enfrenta la automatización de datos o informaciones personales.

Sin embargo, y antes de continuar, tenemos que afirmar junto con Velásquez Bautista, que la evolución tecnológica que permite la aparición del “mercado de información”, tratada y transmitida por medios telemáticos, representa para el derecho adaptaciones imprescindibles. Por ello, se nos habla de la segunda generación de leyes de protección de datos.⁴³ Pues la primigenia interacción intimidación-informática se ha ampliado de tal forma que actualmente tenemos que manifestarnos acerca del “tratamiento automatizado-derechos y libertades fundamentales”. La concepción de la protección de datos ha evolucionado transformándose en “libertad informática”. La autorización para las transferencias internacionales de datos cede ante el principio de la libre circulación de las informaciones, etcétera.⁴⁴

Por último, no queremos dejar de apuntar las notas que en el preámbulo de la directiva sobre protección de datos personales, aprobada en 1995 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, se mencionan expresamente, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Que los sistemas de tratamiento de datos deben respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad;
- b) Que la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro reclama la protección de los derechos fundamentales de las personas;
- c) Que las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del derecho comunitario, y
- d) Que en la directiva se establecen los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del res-

43 Con base en este autor, una primera generación de leyes sobre la materia se tuvieron con la Ley de Protección de Datos de Hesse (7 de octubre de 1970), Ley de Datos de Suecia (11 de mayo de 1973), Ley Alemana Federal de Protección de Datos (27 de enero de 1977), Ley de Privacidad de Estados Unidos (31 de diciembre de 1974).

44 Velásquez Bautista, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Colex, 1993, p. 14.

peto de la intimidad, que precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales.

Esto es precisamente lo que trata de resolver el derecho mediante los dos siguientes procedimientos: el administrativo y el jurisdiccional.

Países como Francia (Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades); Dinamarca (Agencia de Protección de Datos) y España (Agencia de Protección de Datos) tienen destinadas la tutela y vigilancia de sus disposiciones normativas sobre el manejo, uso y difusión de la información personal a entidades administrativas con funciones inspectoras, sancionadoras y de información a los interesados.

Como principios rectores de protección, a efecto de dar un panorama más amplio, las primeras normas europeas que regularon peculiaridades sobre datos personales, previo a otorgar las facultades conferidas, coincidían en los siguientes principios:

- a) El de la justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables;
- b) El de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir, con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección;
- c) El de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales;
- d) El de especificación del propósito o la finalidad de la recogida, tratamiento y transmisión, para que los datos no sean usados con fines diferentes;
- e) El de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal;
- f) El de salvaguardia de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado;

- g) El de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales;
- h) El de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos;
- i) El de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación, y
- j) El de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos.⁴⁵

Para explicar y tratar de entender un poco las peculiaridades de protección respecto a esta vía administrativa, veremos dos ejemplos; el primero, referente a Francia y el segundo, respecto a España.

Con relación al caso francés, la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades de Francia está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones de la ley e investida de poder reglamentario en los casos por ella previstos. La Comisión es un órgano extrapoder, integrado por delegados legislativos, ejecutivos y judiciales, y puede acceder a los registros públicos o privados, con sujeción al secreto profesional.

Los sistemas de tratamiento automatizado de informaciones nominativas, cuando son operados por cuenta del Estado, de un establecimiento público, de una colectividad territorial o de una persona privada encargada de un servicio público, deben ser autorizados por una ley o por un acto administrativo fundado, previa opinión de la Comisión. Los registros puramente privados deben hallarse autorizados por la propia Comisión.

Se garantiza a toda persona el derecho de oponerse, por razones legítimas, a que las informaciones que le conciernan sean objeto de tratamiento automatizado, se excluyen ciertas prácticas reglamentariamente autorizadas. Se prohíbe la recopilación de datos por cualquier medio fraudulento, desleal o ilícito y, en el mismo sentido, se obliga a quienes recopilen datos a informar a cada interesado acerca del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas, de las consecuencias de una respuesta incorrecta, de los destinatarios de la información y de la existencia del derecho de acceso y de rectificación.

Salvo permiso expreso de los interesados, está prohibido introducir o conservar en memoria informatizada datos nominativos que, directa o in-

45 *Cit.* por Puccineli, Óscar, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

directamente, se refieran a los orígenes raciales, a las opiniones políticas, filosóficas o religiosas o a la afiliación sindical de las personas. Esta norma también reconoce excepciones sujetas a autorización especial.

Se establece también que toda persona, justificando su identidad, puede interrogar a los organismos correspondientes acerca de la existencia de informaciones personalizadas que le conciernan, así como solicitar la rectificación, la actualización y complementación de tales informaciones. La corrección puede también ejercerse de oficio, cuando el organismo tome conocimiento de una inexactitud en los datos registrados.

Los derechos amparados por la ley francesa se hallan garantizados por disposiciones penales, que establecen penas de prisión o de multa para quienes ejerzan el tratamiento automatizado de informaciones nominativas sin cumplir los recaudos legales o reglamentarios.⁴⁶

Por lo que respecta a España,⁴⁷ existe en este país la Agencia de Protección de Datos, la cual tiene, entre sus funciones primordiales, las siguientes:

1. Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos.
2. Emitir autorizaciones.
3. Dictar instrucciones para adecuar los tratamientos automatizados a la ley; es decir:
 - a) Atender las peticiones, reclamaciones e información;
 - b) Ordenar la cancelación de los ficheros;
 - c) Ejercer la potestad sancionadora;
 - d) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de ley en desarrollo legislativo de su competencia;
 - e) Recabar de los responsables de los ficheros, ayuda e información;
 - f) Velar por la publicidad de los ficheros automatizados existentes;
 - g) Redactar una memoria anual en la que constara la aplicación de las leyes sobre protección de datos y contara además con una relación de los códigos tipo y un análisis de las tendencias en materia de protección de datos, a escala nacional e internacional;

46 Esta información fue tomada de Guibourg, Ricardo A. *et al.*, *Manual de informática jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 268 y ss.

47 Esta información fue obtenida de Barriuso Ruiz, Carlos, *op. cit.*, pp. 166 y ss. También se pueden consultar las siguientes obras que tratan el tema: Velásquez Bautista, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Colex, 1993; Peso Navarro del y Ramos González, Miguel Ángel, *Confidencialidad y seguridad de la información: la LOARTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Madrid, Díaz de Santos, 1994; Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, Pamplona, Aranzadi, 1997, entre otros.

- h) Ejercer control;*
- i) Velar por el cumplimiento de normas de seguridad y secreto;*
- j) Cuantas otras le sean atribuidas;*
- k) Potestad de inspección;*
- l) Informar a las personas de sus derechos;*
- m) Resolver las reclamaciones formuladas;*
- n) Adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la ley.*

Todas estas funciones las realiza a través de su director y son recurribles por la vía contencioso-administrativa.

Además, en los ficheros estadísticos, la Agencia ejerce el control de legalidad, informa de los proyectos de ley y el contenido y formato de los cuestionarios.

Internacionalmente la Agencia de Protección de Datos coopera y ejerce el control de los datos de carácter personal introducidos en la parte nacional española de la base de datos del Sistema de Información Schengen (SIS).

Por otro lado, al Registro General de Protección de Datos de la Agencia le corresponde dar publicidad de los ficheros automatizados, posibilitando el ejercicio de los regulados en los artículos 13-15 de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, considerada como pieza clave.

En especial se inscriben en este registro los siguientes actos y documentos:

- a) Las autorizaciones de transferencia;*
- b) Los códigos tipo. Rectificando de oficio los errores materiales de los asientos, expidiendo certificaciones de los mismos y publicando una relación anual de los ficheros notificados e inscritos.*

La inspección de datos de la agencia tiene las funciones inherentes al ejercicio de la potestad de inspección que se le atribuyen a la propia agencia. Los funcionarios que realicen las funciones inspectoras tendrán la consideración de autoridad pública, y guardarán secreto, incluso después de haber cesado. En particular, la inspección de datos efectuará inspecciones de cualquier fichero, en su ubicación, y podrá:

- a) Examinar los soportes de información y los equipos físicos.*
- b) Requerir el pase de programas y examinar la documentación pertinente y los sistemas de transmisión y acceso a los datos.*
- c) Realizar auditorías de los sistemas informáticos. Para ello se podrá requerir el envío de toda la información o se podrá acceder a los locales.*

VIII. LA CUESTIÓN DEL *HABEAS DATA*

El segundo elemento que ha aparecido como mecanismo de protección y control respecto a la intromisión o afectaciones que sufre la información personal o los datos personales que son incorporados o tratados en un medio informacional es de naturaleza jurisdiccional, conocido como *habeas data*.

Como lo han precisado Ekmekdjian y Pizzolo,⁴⁸ el *habeas data* no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas, aunque se la denomine mitad en latín y mitad en inglés. En efecto, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del *habeas corpus*, en el cual el primer vocablo significa “conservar o guardar tu...”, y del inglés *data*, sustantivo plural que significa “información o datos”. En síntesis, en una traducción literal sería “conserva o guarda tus datos”.

Sobre este mismo particular, Dalla Via e Izascum Basterra⁴⁹ siguiendo a Sidow J. M. Otón, han señalado que *habeas data* significa “tienes tus datos”, el vocablo *habeas* viene del latín, segunda persona del subjuntivo de *habeo... habere*, que significaría “téngase en su posesión”, y *data*, que es el acusativo plural de *datum*, es definido por los más actualizados diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamientos por medios automáticos. Por lo que *habeas data* quiere decir “que tengas los registros, los datos”.

Estos mismos autores, de acuerdo con Jorge Reinaldo Vanossi, señalan que el *habeas data* es una parte minúscula de un tema abarcativo de dos facetas, una que denomina clásica o tradicional del derecho de la información y del manejo de ese derecho que ha tenido grandes evoluciones en los últimos tiempos; y la otra, que estaría dada por el “impacto” que han causado la informática, la telemática y demás medios recientemente incorporados a nuestra cultura. Estas innovaciones pueden servir para el bien o para el mal. La falta de control o la falta de recursos o de herramientas en manos de los particulares para poder defenderse, en caso

48 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 1 y ss.

49 Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999, p. 101.

de que exista realmente una desviación de poder en el uso de estos medios, puede significar no sólo un perjuicio material, sino una honda lesión a los derechos de la personalidad humana.⁵⁰

El *habeas data* como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación surge de la Constitución brasileña de 1988.

Con base en tales antecedentes se ha señalado por Afonso da Silva⁵¹ que la denominación de *habeas data* es atribuida a Firmín Morales Prats, quien emplea la expresión *habeas data* al lado de *habeas scriptum* (aproximadamente como sinónimos, en el sentido de derecho al control de la circulación de datos personales) y *habeas mentem* (como expresión jurídica de la intimidad).

Para Morales Prats, seguido por José Cretella Júnior,⁵² el *habeas data* se origina en formulaciones que significan un paralelo con el *hábeas 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 encuentren en tu poder para que pueda defender él sus derechos en juicio”. Dicho de otra manera, literalmente significa “tenga el dato”, y busca asegurar el acceso a informaciones para la tutela de la honra, de 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.

Al continuar con la obra de Óscar Puccinelli, sigue este autor determinando 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: pro-

50 *Ibidem*, p. 102.

51 Referenciado por Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, p. 209.

52 *Idem*.

cesamiento de datos). “Datos” son “informaciones”, que constan en archivos, de bancos de datos. “Informaciones relativas a las personas, que constan en registros o bancos” son datos.⁵³

El origen de esta garantía, según Néstor Pedro Sagüés,⁵⁴ se explica en virtud del desarrollo del llamado “poder informático”, puesto que aquellos que hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos) están amparados en otro tipo de normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer toda industria lícita, propiedad, etcétera, pero no están en la misma situación los registrados en archivos o bancos de datos, ya que los mismos pueden contener información equivocada, falsa, obsoleta, etcétera, para ser usada con fines discriminatorios o simplemente porque constituyen una lesión al derecho de intimidad de las personas.⁵⁵

La denominación como la acción de *habeas data* tiene su antecedente en la Constitución brasileña de 1988, que en su artículo 5o., inciso LXXII establece: “Conceder el *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que conste en registro o banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, b) para la rectificación de datos cuando no se prefiera hacerlo por proceso reservado judicial o administrativo”.

Como lo señalan Dalla Via e Izascum, esta norma tiene a su vez como antecedente y fuente directa la ley número 824 del estado de Río de Janeiro dictada en 1984.⁵⁶

Sin embargo, ¿cuáles fueron o han sido los antecedentes materiales que se han dado en nuestras sociedades a efectos de considerar una acción procesal de protección constitucional para efectos de diversos sistemas normativos contemporáneos? Independientemente de lo que hemos señalado en el transcurso del presente estudio, se ha señalado 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

53 *Idem.*

54 *Cit.* por Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 102.

55 Néstor Pedro Sagüés ha afirmado también que las tareas relacionadas con el tratamiento automatizado de datos personales requieren comúnmente de tres operadores principales: el productor, que recolecta los datos; el gestor, que los sistematiza mediante la programación indispensable para la consulta de terceros, y el distribuidor, que los transmite al usuario.

56 Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 59.

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 peligros 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.⁵⁷

En tal sentido, se considera que el *habeas data* retoma su ímpetu como parte integrante de esta nueva generación, porque viene a responder a una necesidad del hombre común de oponerse a la información falsa, arbitraria o discriminatoria que se encuentre en cualquier base de datos, sin interesar la importancia de la misma.

Se considera entonces que el *habeas data* guarda algunas finalidades u objetivos principales:

- 1) Acceder a los registros para controlar los datos propios y del grupo familiar;
- 2) Actualizar los datos obsoletos o corregir o actualizar los inexactos;
- 3) Asegurar la confidencialidad de ciertos datos o asegurar la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y

57 Pierini, Alicia *et al.*, *Habeas data, derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, pp. 38 y 39.

4) Omitir o cancelar datos de la información sensible⁵⁸ cuya divulgación podría lesionar gravemente el derecho a la intimidad.

También se considera que esta garantía tiene una finalidad inmediata, que está comprendida en la posibilidad que tienen las personas de tomar conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad. Respecto a la finalidad mediata se determina en cuanto que si dichos datos resultan falsos o discriminatorios podrá exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos.

Como otro ejemplo de los fines y objetivos de esta institución procesal, tomamos como parámetros algunos pronunciamientos jurisprudenciales que se han dictado en Colombia, que a manera de reseña aplican, desarrollan o reiteran algunos valores y principios:

- 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 cuanto pueden amenazar o vulnerar derechos fundamentales tales como la intimidad, la personalidad, la honra y el buen nombre;
- 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”;

58 Se considera que aquellas informaciones de naturaleza sensible son aquellas que tienen 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 aquellas informaciones que revelen algún tipo muy peculiar de convicciones, entre otros. Existen autores como Francisco Zúñiga Urbina que clasifican la información sensible en “informaciones muy sensibles”, “informaciones sensibles” como en “información neutra”. Cfr. Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

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 (en los términos del artículo 248 de la Constitución).⁵⁹

En otro orden, también es necesario reconocer que se habla de aspectos de la personalidad que se encuentren referenciados con la intimidad de las personas.

En este punto surge un interesante cuestionamiento respecto a si las personas morales o jurídicas pueden ser consideradas como sujetos activos o legitimados para accionar tal derecho, sobre todo si se toma en cuenta que el *habeas data* constituye una garantía cuyo fundamento jurídico es la protección de una parte especial del derecho a la intimidad, la cual se refiere a los datos personales.

Sobre el particular, y sin pretender abundar sobre la materia, se ha opinado por la mayoría de los autores que tocan el tema, que de válido es indudable, que si se considera al derecho a la intimidad como una especie del género de los derechos personalísimos (por ejemplo, el derecho al honor, a la vida, a la dignidad, etcétera) la respuesta a la interrogante se dará en sentido negativo. Sin embargo, al momento de cuestionarse sobre lo ocurrido en la dimensión práctica, en la vida cotidiana, afirman que se puede demostrar cómo determinadas conductas afectan el honor y la intimidad de la persona moral de similar manera de afectación que si se trata de una persona física.

⁵⁹ Angarita Baron, Ciro, “Colombia: el *habeas data* en la Constitución de 1991”, *Informatica e diritto*, Florencia, vol. 20, núm. 1, 1994.

Estadella Yuste⁶⁰ sostiene que la justificación de la protección de datos de las personas físicas se desprende del amparo concedido a los derechos humanos individuales; en cambio, la protección de personas jurídicas hunde raíces, en gran parte de los casos, en derechos económicos. Así entonces, en ocasiones el uso incorrecto de información económica hace tan vulnerables a los individuos como a las entidades jurídicas (por ejemplo, un balance crediticio negativo fruto de información errónea puede perjudicar la estabilidad financiera de una empresa o de un individuo). Parece lógico entonces, que las entidades jurídicas puedan disfrutar de un derecho de acceso o de corrección sobre información que hace referencia a esa entidad.

Por tales argumentos, se considera consecuentemente que una solución posible estaría dada en considerar a las personas jurídicas no como titulares de derechos personalísimos de manera permanente, como es el caso de las personas físicas, sino en un determinado contexto y en situaciones o condiciones concretas en que sea necesaria su protección; es decir, la protección no se otorga “en sí misma”, sino “para sí”, según el caso de que se trate.⁶¹

Por otro lado, y en relación con la naturaleza jurídica del *habeas data*, según Óscar Puccinelli, esta institución en Indoiberoamérica presenta dos versiones principales: una dedicada a la tutela de ciertos aspectos del derecho a la protección de los datos personales (*habeas data* propio o tradicional), y la otra, preocupada por garantizar el derecho de acceso a la información pública (*habeas data* impropio). La primera de ellas, generalmente reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia como *habeas data*; y la segunda, ordinariamente vinculada con esta nueva garantía, a excepción de la Constitución peruana de 1993, que lo hace.⁶²

Entre los países que a nivel constitucional, legislativo secundario o jurisprudencial han reconocido esta figura de manera directa o indirecta se cuentan, entre otros, Brasil, Colombia, Guatemala, Ecuador, Paraguay, Perú, Argentina, Bolivia y Costa Rica.

Al hablar de la naturaleza jurídica de una institución como la que hoy nos ocupa es conveniente tomar en consideración que, al establecer esquemas comparativos, lo primero que tenemos que reconocer es lo suma-

60 Cit. por Ekmekdjian y Pizzolo, *op. cit.*, p. 83.

61 *Idem.*

62 Puccinelli, Oscar, *op. cit.*, p. 194.

mente complejo que resulta, simplemente para el caso latinoamericano, el tema de la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Ya Héctor Fix-Zamudio ha señalado lo siguiente:

El tema de la tutela judicial de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos y su proyección en el sistema interamericano es sumamente complejo, tomando en consideración que nuestros países han recibido, en su ámbito interno, una influencia angloamericana, especialmente a través del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, que sirvió de paradigma en los primeros años de la independencia de España y, un poco más adelante, también respecto a Brasil.

Además, debe tomarse en consideración que el modelo estadounidense se introdujo en Latinoamérica en ordenamientos que se habían forjado en la tradición romano-canónica, a través de más de tres siglos de dominación española y portuguesa, por lo que su resultado fue productos híbridos, debido al “transplante legal” de la revisión judicial angloamericana, que en los Estados Unidos debe considerarse como un principio y no como procedimientos concretos, en tanto que en nuestra región se tradujo en la creación de instituciones procesales específicas.⁶³

Así pues y previa consideración al lector de que con atención a los diversos sistemas o mandamientos normativos de cada país, lo que implica que ciertos significados de instituciones jurídicas no impliquen lo mismo en otro (por ejemplo, el amparo), procedemos a considerar con Puccinelli,⁶⁴ que en Brasil, la institución que se comenta es un remedio constitucional, un medio destinado a provocar la actividad jurisdiccional y que, por tal motivo, tiene naturaleza de acción, más específicamente de acción constitucional; se dice también, que es un instrumento de tutela cautelar de la libertad informática... en una acción-proceso de naturaleza cautelar de amparo constitucional, que con carácter sumario y extraordinario permite hacer efectivos derechos específicos con relación a “información sensible no registrable”.

En la doctrina argentina existe coincidencia generalizada respecto de que se trata de una acción procesal constitucional, pero no hay unanimidad en cuanto a su filiación... así indican que se trata de un amparo

63 Fix-Zamudio, Héctor, “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 175.

64 Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

especializado, mientras que para otros se emparenta más con el *habeas corpus*.

En lo que hace a la segunda versión de *habeas data*, esto es, el diseñado para acceder a informaciones, aparece claramente como un derecho (salvo el Perú, donde se lo concibe expresamente como garantía), por la generalizada ubicación y formulación constitucional, derecho que, en definitiva, es judicialmente protegible por medio de remedios constitucionales, y por lo tanto en algunos países como Colombia no existiría diferencia en la práctica (el derecho de *habeas data* colombiano es amparable por vía de la acción de tutela).

En síntesis, continúa Puccinelli, el *habeas data* aparece regulado en Indoiberoamérica, a veces como derecho y a veces como acción o garantía constitucional.⁶⁵ En la doctrina y la jurisprudencia se observa que en líneas generales se ha seguido la fórmula elegida por cada país, aunque en ocasiones se le otorga una naturaleza mixta (acción y derecho) y no coincide, cuando se entiende como acción o proceso, respecto de si se trata de un tipo de amparo o de *habeas corpus*.

Ahora bien, considerando que el *habeas data* en todos los casos en que fue regulado:

- a) Encierra ciertos derechos de fondo que son expresados de manera exclusiva (esto es, no son reiteración de otras disposiciones) y no taxativa;
- b) Que tales facultades integran el derecho a la protección de datos (o el derecho a la autodeterminación informativa, según el punto de vista que escojamos), y que
- c) Las regulaciones que lo consagran están reconociendo un derecho para el cual prevén conjuntamente disposiciones procesales constitucionales ya sean específicas (como ocurre en la mayoría de las Constituciones) o genéricas, aplicables a todos los otros derechos (por ejemplo, Colombia),

consecuentemente se debe colegir que el *habeas data* sería un derecho o un derecho-garantía. Sin embargo, bien podría entenderse de la siguiente

65 Este mismo autor señala en *op. cit.*, p. 70, que Bidart Campos ha precisado que “Dentro del ámbito tutelar de los derechos personales, y en afinidad con las garantías clásicas frente al Estado, hay ‘derechos’ denominados tales que, en rigor, sirven y se usan para la defensa de otros derechos; a aquellos denominados derechos que se dirigen a proteger otros derechos se les asigna la categoría y naturaleza de garantías”.

manera: dado su carácter instrumental, el *habeas data* constituye en realidad una garantía de los derechos que pretende proteger, estén o no insertos en la norma que lo consagra.

IX. EL CASO MEXICANO EN MATERIA DE LIBERTAD INFORMÁTICA

En el caso de México no contamos con una norma jurídica que de manera general, ordenada, expresa y directa reconozca los mencionados derechos a la intimidad, o bien, de la vida privada, sobre todo con especificaciones claras hacia el ámbito de aquella información de tal naturaleza que se automatiza.

Ya Luis Manuel Meján ha señalado que

es menester que, en un Estado de Derecho, exista una regulación cuidadosa del manejo que, tanto individuos, como empresas, como la Administración Pública, puedan hacer de la información que compilan para el cumplimiento de sus actividades y funciones; que reconozca el derecho a la intimidad de los individuos, que dé a estos medios de acceso de conocimiento de lo que se almacena sobre él, que se defina quién es el propietario de la información, que se le dé derecho de hacer rectificaciones, que se le permita conocer cuál es el uso que se da a esa información.⁶⁶

Sin embargo, lo que sí resulta importante señalar es que la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 24 de diciembre de 1996, que entró en vigor el 24 de marzo de 1997, establece en sus artículos 107-110 algunas disposiciones respecto a los datos o informaciones contenidos en bancos de datos (término que no es definido por tal Ley).

De estas disposiciones y para el tema que nos ocupa, resulta importante transcribir el artículo 109:

Artículo 109. El acceso a información de carácter privado relativa a las personas contenida en las bases de datos a que se refiere el artículo anterior (el artículo 108 habla de las bases de datos que no sean originales), así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión de dicha información, requerirá la autorización previa de las personas de que se trate.

66 Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, pp. 104 y 105.

Quedan exceptuados de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley, siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.

El gran problema que nosotros encontramos en esto es que el manejo propio de la particularidad de los datos o informaciones personales no es equilibrado en cuanto los sujetos ahí establecidos.

Por otro lado, una norma autoral, basada en principios de propiedad intelectual, ¿debe regular algo tan supremo como es la protección de información personalísima, sobre todo cuando se pueden trastocar una serie de valores o principios humanos y a la vez fundamentales? ¿Algún día podremos proteger de manera general nuestra información personal ante el avance informático?

Para dar respuesta a estas interrogantes es necesario identificar todas las peculiaridades y especializaciones que la información, sobre todo automatizada, implican. Desde este momento señalamos que no todo tipo de información puede regularse por estas vías (ya sean protecciones administrativas o jurisdiccionales).

Tomemos en cuenta expresiones como las de Francisco J. Eguiguren, quien de manera acertada ha precisado:

Al margen de lo novedosa que ha resultado la incorporación constitucional del *habeas data*, considero que su existencia como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación, pues no pasa de ser una suerte de “amparo especializado” para la defensa de ciertos derechos.

No resulta causal que en países como Brasil, Colombia o Argentina, el ejercicio del *habeas data* se remita al procedimiento del amparo (o su equivalente nacional) y que en el Perú la incipiente legislación de la materia no ofrezca ninguna peculiaridad sustancial que amerite la existencia de un proceso constitucional autónomo o diferente del amparo. Ello nos convence de la conveniencia de efectuar supresión del *habeas data* del elenco de las garantías constitucionales.

Muy distinto es el caso si es que tendemos a entender la institución del *habeas data* no como una garantía sino, más bien, como la denominación particular de un derecho específico, o de un conjunto de éstos, vinculados ya sea a la autodeterminación informativa... o al acceso a información de entidades públicas... Por ello encontramos muy positiva la presencia en el texto de la carta de 1993 de dichos derechos.

...Sólo resta aguardar que la utilización del *habeas data* se incremente cada día y, lo más importante, que la jurisprudencia vaya plasmando criterios que garanticen su eficacia y completen los alcances de los derechos constitucionales involucrados. Ello será fundamental, y decisivo, para el futuro de este proceso constitucional, pues no debe olvidarse que su ejercicio supone (en no pocos casos) intentar afianzar la transparencia en la gestión e información de instituciones públicas, cuyo accionar ha gustado de privilegiar el secreto y la exclusión de acceso informativo al ciudadano. Asimismo, porque estará también de por medio frecuentes casos de enfrentamiento con poderosos intereses políticos y económicos, tanto de entidades gubernamentales como de grupos privados.⁶⁷

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Opinamos que independientemente de la diferenciación que ya se ha apuntado del derecho a la información respecto al individuo o gobernado en relación con otros individuos o gobernados, con el Estado y con el derecho como sujetos interrelacionados, es necesario establecer otros límites o valoraciones respecto al derecho a la información como garantía constitucional:

1. Un insulto o juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de la idea, pensamiento u opinión, debe carecer de protección constitucional;

2. Es necesario establecer pautas diferenciales entre una opinión (juicio de valor personal que no sea formalmente injurioso e innecesario para lo que se expresa); la información (narración veraz de hechos, cuya protección constitucional se hace depender de que no vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos); la noticia (narración veraz de hechos que, además, versa sobre asuntos dotados de relevancia pública por los hechos narrados o los sujetos que en ellos participan, contribuyendo a la formación de la opinión pública libre); como por último, las falsedades (rumores o insidias que pretenden disfrazarse tras una aséptica narración de hechos y que en realidad son relatos que carecen por completo de la nota de veracidad).⁶⁸

67 Eguiguren P., Francisco J., "Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 35, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1999, pp. 73 y 74.

68 Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 29.

3. La protección constitucional debe variar tomando en consideración la escala en que se sitúe el mensaje enjuiciado, así como la perspectiva de materialización del mismo (no es lo mismo la prensa escrita o un soporte informático).

4. Resulta primordial determinar aquello que no sea información, por ejemplo, aquello que defrauda el interés colectivo o que carece de un fin informativo, como los rumores, insidias, insultos y vilipendios; las narraciones falsas o tendenciosas; la supuesta información hecha con intención de infamar, la que afecta la intimidad o la que vulnera bienes o valores jurídicos, como la buena fe, la seguridad del Estado o el buen funcionamiento de las instituciones públicas.⁶⁹

5. También será necesario ponderar algunas circunstancias propias de la información en atención a su manejo o finalidad; así, será necesario justificar algunos límites hacia particularidades como son la publicidad comercial, información sindical, entretenimiento, publicidad estatal, apologías, publicidad electoral, resoluciones de naturaleza jurídica, información personal, entre otras. Esta ponderación también deberá hacerse respecto a los sujetos que interactúan con tales particularidades.

Si llegase la información a trastocar otro u otros bienes jurídicos (honor, intimidad, etcétera) pero tal información divulgada cumple con el fin de contribuir a la formación de una opinión pública libre, entonces este concepto se debe incluir en una posición de supremacía con finalidad democrática, y consecuentemente deberá ser sujeta de protección constitucional, a pesar de trastocar, como se ha dicho, otros valores o bienes jurídicos protegidos por un texto constitucional.

69 *Ibidem*, p. 30.