



Conferencia magistral

“VERDAD HISTÓRICA VERSUS DERECHOS ARCO”

MARÍA SOLANGE MAQUEO RAMÍREZ

*Investigadora del Centro de Investigación
y Docencia Económicas (CIDE).*

Como lo indica el nombre de la presentación abordaremos la relación entre la protección de datos personales y la memoria histórica.

Antes de iniciar quisiera hacer un comentario sobre la complejidad que supone relacionar ambos conceptos. Básicamente cuando hacemos alusión a la protección de datos personales pues estamos concibiendo un derecho humano reconocido de manera explícita por nuestra norma fundamental. En sentido contrario, la memoria histórica no tiene una estructura definida dentro de nuestro orden constitucional. No obstante, como veremos más adelante, es factible reconocer un ámbito de protección jurídico que se interrelaciona y pudiera llegar incluso a generar una tensión frente al derecho a la protección de datos personales.

Así pues, para comenzar abordaremos prácticamente algunas generalidades sobre el derecho a la protección de datos personales. ¿Cómo podemos abordar la memoria histórica desde una perspectiva jurídica, más que social o sociológica? Y por otro lado, tomé dos casos como referentes que nos permiten demostrar la posible colisión entre ambos conceptos.

Demos inicio primeramente con el tema del derecho a la protección de datos personales.

Para iniciar es importante tener en cuenta que la protección de datos personales representa actualmente una preocupación muy importante de las sociedades modernas. Prácticamente su conformación se fue gestando ya dentro del ámbito de los derechos humanos y concretamente en relación con el desarrollo al derecho, a la intimidad y al derecho a la privacidad.

No obstante, la verdad es que en nuestro sistema jurídico el reconocimiento de la protección de datos personales tuvo prácticamente una introducción de carácter gradual y fragmentada. Si bien ya se reconocía de manera expresa dentro de la versión original podríamos decir de en ese entonces la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, en el 2002, no es sino hasta el año 2007 cuando se eleva a rango constitucional.

No obstante, el haberla incluido en el texto constitucional todavía podríamos decir que tenía un alcance hasta cierto punto limitado, pues se comprendía dentro del artículo 6º correspondiente al tema del derecho de acceso a la información pública. Y en ese sentido, la protección de datos personales era concebido más que como un derecho como un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y a su vez como una obligación dirigida de manera específica y particular al sector público.

No es sino hasta el año 2009 con la reforma a los artículos 16 y 73 de la Constitución cuando inicia podríamos decir ya un reconocimiento mucho más claro de una nueva dimensión del derecho a la protección de datos personales, y una nueva dimensión que implica, entre otras cosas, el derecho a la autodeterminación informativa. En pocas palabras, a las personas se les reconoce el poder de poder disponer de sus datos y de cómo se manejan éstos frente a terceros. Para esos efectos y con esta nueva dimensión que implica el poder de disposición sobre los propios datos, determinar con quién compartes la información también se establece evidentemente la posibilidad de establecer que tus datos sean tratados de manera adecuada.

Así pues, el derecho a la protección de datos personales, y ciertamente con la reciente reforma del 2014, se ve reforzado este carácter y más considerando la existencia o más bien de lo que viene próximamente, que es la Ley General de Protección de Datos Personales, entonces sí nos queda claro que se trata de dos derechos totalmente diferenciados, donde el derecho a la protección de datos personales es un derecho autónomo, no obstante interrelacionado con otros derechos.

Como pueden ver en esta gráfica, finalmente hay un punto de intersección entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales. Esta intersección es muy relevante tenerla en consideración porque básicamente vamos a poder observar que hay ciertas coincidencias en que esa intersección refleja un posible conflicto entre derechos y que más adelante lo vamos a poder concatenar con la memoria histórica.

Así pues, considerando que tenemos un derecho humano pues ciertamente es necesario tener ciertos principios y herramientas que nos permitan dotar de efectividad este derecho, de tal manera que se pueda ejercitar mediante acciones concretas que le den esa efectividad. Y claro, el tiempo no me lo permite, tengo que ser breve, traté de tomar quizá los datos más relevantes del contenido del derecho a la protección de datos personales, que permitan efectivamente dotarlo de efectividad.

En principio tenemos por un lado los principios que informan el derecho a la protección de datos personales, por otro lado los deberes de los responsables de



los datos, sean personas físicas o morales o incluso miembros del sector público, autoridades, y por otro los derechos ARCO.

En cuanto a los principios cabe mencionar el de licitud, calidad, el del consentimiento. Este es un principio fundamental que hace referencia a la idea de que se trate de un consentimiento libre, específico e informado por parte de los titulares de datos.

Por lo que se refiere al principio de finalidad, prácticamente el tratamiento de los datos tiene que estar justificado, tiene que tener un objetivo el tratamiento de los mismos y ese objetivo tiene que ser lícito, tiene que ser explícito, tiene que ser básicamente un objetivo perfectamente delimitado, de tal manera que a su vez en relación con el principio del consentimiento se pueda relacionar y dar a conocer al titular de los datos.

En cuanto al principio de proporcionalidad, este principio básicamente hace referencia a que se traten aquellos datos que resultan relevantes y estrictamente necesarios para las finalidades para las cuales fueron recabados dichos datos. Propiamente este principio de proporcionalidad también determina y va de la mano en cómo va a influir también dentro del ejercicio de los derechos ARCO y concretamente por lo que se refiere a la cancelación y oposición.

En cuanto al principio de responsabilidad, un campo importante dentro de este principio lo constituye la rendición de cuentas, la rendición de cuentas especialmente dirigido básicamente a los particulares en referencia con el tratamiento de los datos, pero también al sector público dirigido específicamente a cómo ejecutan esas obligaciones, esos principios, esos deberes que emanan precisamente del derecho.

Ahora bien, en cuanto a los deberes tenemos el deber de confidencialidad. Este deber es muy claro, es el sigilo, pero cuidado y esto es muy importante tomarlo en consideración, se trata de un sigilo de todos aquellos que tienen acceso a esos datos, pero que además es un sigilo no sólo en tanto son responsables directos de los datos o encargados de los mismos, sino que incluso después de serlo permanece vigente este deber.

En cuanto al deber de seguridad, prácticamente hace referencia pues a tomar esas medidas de seguridad técnicas, administrativas, físicas básicamente para la conservación de los datos mantenerlos actualizados, no permitir su acceso por terceros que no haya una autorización, etcétera.

Ahora bien, en cuanto a los derechos ARCO, todos estos derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son derechos que hasta cierto punto son relativamente nuevos, especialmente cuando pensamos en el sector público. ¿Por qué? Porque la Ley Federal de Transparencia y de Acceso a la Información

Pública, claro, viéndolo desde un punto de vista en el ámbito federal, porque ya algunas entidades federativas así lo trasladaban incluso en todos estos ámbitos, en los cuatro derechos. Pero la ley federal sólo contemplaba de manera explícita el acceso y la rectificación, no así la cancelación y oposición.

Con la Reforma Constitucional por un lado de 2010 y ya con mayor énfasis con la reforma del 2014 prácticamente todo, sector público como sector privado, van a establecer ya de manera específica el ejercicio de estos derechos.

Ahora bien, como otros derechos humanos, el derecho a la protección de datos personales no es un derecho absoluto. ¿Qué implica esto? Es un derecho que tiene límites. En principio estos límites están dados por la norma constitucional en el artículo 6o., que te dice básicamente que son excepciones al ejercicio o pueden constituir excepciones al ejercicio de los derechos ARCO la seguridad nacional, por cuestiones de orden público, por cuestiones de seguridad pública, salud pública o para proteger los derechos de terceros.

A mí en lo particular esta última excepción para proteger los derechos de terceros me genera un conflicto muy serio. ¿Por qué? Porque si esto se interpreta de manera literal estaríamos dejando al derecho a la protección de datos personales en un plano secundario y estaríamos dándole prioridad a cualquier derecho de terceros frente al derecho a la protección de datos personales. De ahí que hay que ser muy cuidadosos en la interpretación de este derecho y que, como veremos, nos lleva en muchas ocasiones y especialmente cuando hacemos alusión a principios de orden constitucional, nos lleva a mecanismos necesarios de ponderación.

Como pueden ver, este aspecto de considerar las excepciones al ejercicio de los derechos ARCO ya nos está abriendo las puertas a la necesidad de verificar o interpretar el derecho a la protección de datos personales frente a otros derechos. Precisamente en este contexto es en el que tenemos que situar esta relación que se presenta entre los datos personales por una parte y la llamada memoria histórica.

¿Qué es la memoria histórica? Debo decir que sí es un concepto equívoco. No hay consensos sobre su significado y alcance. Incluso ha habido importantes debates historiográficos que manifiestan esta indefinición. Hay quien ha incluso llegado a negar la existencia de la memoria histórica diciendo que en primer lugar no es memoria, pues la memoria hace referencia a un ámbito subjetivo e individual, y por otro lado, tampoco es histórica. ¿Por qué no es histórica? Porque ya en términos formalistas no sigue una metodología específica que permita develar acontecimientos pasados con un carácter contrastable o verificable, y en ese sentido hay quien niega incluso la existencia de la memoria histórica como un concepto específico.

La verdad es que especialmente en el ámbito internacional la memoria histórica sí ha venido teniendo un desarrollo evolutivo y se ha ido recogiendo



incluso dentro de derecho comparado, a efecto de darle un sentido jurídico que permita de alguna manera establecer otras dimensiones o proyecciones de la memoria histórica.

En términos generales, la memoria histórica evoca una representación presente del pasado. Hace referencia a acontecimientos individual y socialmente significativos que tienen una dimensión práctica.

Me gusta mucho esta definición de Medina y Escalona porque nos deja entrever lo que conlleva en la parte incluso dirigida al individuo sobre la memoria histórica, y es: la vida de las personas en cuanto a su historia, las huellas de su pasado que permiten el acercamiento a sus raíces, confieren identidad, y esto es fundamental, y reafirman el sentido de pertenencia a una sociedad determinada. Prácticamente este es un concepto amplio de memoria histórica, y en ese sentido amplio es que su dimensión jurídica puede abarcar distintas proyecciones.

Un aspecto importante de la memoria histórica y que finalmente es lo que la dota de contenido jurídico, es que encuentra su sustrato axiológico por un lado en la identidad cultural, en la identidad individual y por ende en la dignidad humana. Esta es una forma de construir este sentido que quisiera aproximar para efectos de la presente ponencia.

Así pues, podemos concebir a la memoria histórica como el derecho de toda persona para que a lo largo de su existencia pueda traer al plano del presente hechos, historias y vivencias acaecidas en el pasado, sea de manera individual o colectiva. Como les mencionaba, esto implica que la memoria histórica adopta ese sentido amplio que admite distintas proyecciones.

Sin pretender ser exhaustiva, creo que estas tres proyecciones que planteo aquí pretenden de alguna manera ejemplificar cómo si se dota de un sentido jurídico y que ese sentido jurídico es muy amplio, abarca muy diversas situaciones.

La primera de ellas hace referencia al resguardo de la memoria nacional y cultural que contribuye al libre y pleno desarrollo de la identidad, y de la identidad se refiere aquí prácticamente a una dimensión colectiva de identidad nacional.

Aquí podremos encontrar toda la relación que vamos a tener por ejemplo en el tema de archivos. El Archivo General de la Nación y cualquier tipo de archivo histórico en el fondo lo que pretende es precisamente eso, o sea, dar a conocer información histórica. Por regla general esa información tiene el carácter de pública, aunque, como veremos, puede haber excepciones.

Otra dimensión es el esclarecimiento de la verdad respecto de aquellos sucesos del pasado inconcluso o cuya verdad se desconoce. En un sentido jurídico esta dimensión es sumamente importante y se ha desarrollado como

el llamado derecho a la verdad. Ese derecho a la verdad que de alguna manera se convierte en parte importante de la reparación integral causada especialmente por delitos contrarios a derechos humanos y delitos graves de derechos humanos, que en pocas palabras llegan a constituir crímenes de Estado. Es un derecho que prácticamente en el ámbito internacional, y eso lo podemos ver incluso en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos, es un derecho que se ha venido construyendo y que tiene un sentido propio, pero que no deja de estar desvinculado o más bien sigue vinculado a la memoria histórica.

Y una tercera proyección hace referencia a la preservación de los datos y de los vestigios que den testimonio de la existencia de una persona, tanto en soporte material como individual. ¿A qué se refiere esta proyección? Esta proyección prácticamente a lo que se refiere es a todos aquellos documentos que dan constancia de nuestra propia existencia. En pocas palabras, actas del registro civil, libros donde se asienta la titularidad de la propiedad o de otros derechos reales, es expedición incluso de certificados por ejemplo de grados académicos, en fin, tenemos derecho también a esa constancia.

Actualmente hay una corriente, en México está todavía poco explorado, pero creo que es un tema que da lugar a debate y que va a ser una cuestión que tarde o temprano nos va a surgir de facto, el hecho de esta dimensión ya en el ámbito de internet. ¿Hasta dónde tenemos o no derecho a que todo aquello que subimos a internet, en las redes sociales: imágenes, grabaciones, creación literarias incluso, hasta dónde los particulares, pensemos por ejemplo en Facebook, puede unilateralmente dar de baja esos contenidos? ¿Hasta dónde puedo dejar de existir en la red? Una cosa es la visión contractual evidentemente y otra cosa es la visión visto desde el punto de vista del llamado también aún naciente derecho al recuerdo en oposición al derecho al olvido.

Entonces teniendo en claro estas distintas dimensiones de la memoria histórica cabe destacar que entonces podemos decir que la memoria histórica, su sustrato, su contenido, hace referencia a la revelación de información prácticamente del pasado, sea de manera individual o sea de manera colectiva.

Como ven, nuevamente nos volvemos a encontrar con esa intersección que denomino: zona de conflicto, que es precisamente donde se entrecruza esa revelación de información en términos tan amplios como los señalados y la protección de datos personales. Aquí la interrogante que se plantea y que es precisamente el corazón de esta exposición, es determinar por un lado qué posee relevancia para la construcción de la memoria histórica y qué



no lo posee y por ende entra al campo de lo tutelable por el derecho a la protección de datos personales. En pocas palabras, la memoria histórica así concebida consiste en la revelación de información pública básicamente para su propia construcción.

De antemano les digo que no tengo la respuesta a esta interrogante, no hay una respuesta única a este planteamiento. Como veremos, son situaciones tan distintas, hay casos con tantas particularidades que es imposible dar una respuesta única a esta interrogante. De hecho, creo que sería un grave error crear una teoría general que permita dar respuesta a esta interrogante. Porque vamos a caer entonces en generalidades donde la excepción se va a convertir en la regla general, pues cada caso concreto tratándose de estos temas es totalmente diferente. De ahí que la respuesta a esta interrogante necesariamente caiga en el estudio de casos particulares, de casos concretos y entonces sí podamos ejercitar un ejercicio de ponderación que nos permita determinar esta respuesta.

Escogí, y sí debo decirlo, escogí arbitrariamente, ahora sí fue una selección personal, no por su relevancia, no por su impacto, es meramente una selección arbitraria de dos casos que creo que representan en el fondo, a pesar de que el tema de datos personales queda un poco relegado de la argumentación, escogí dos casos que creo que representan de manera muy clara esta problemática.

El primero de ellos seguramente muchos de ustedes lo recuerdan y es el caso de Elena Garro y Octavio Paz. Este es un caso, fue muy conocido en el año 2006, dio origen a toda una vorágine de notas periodísticas, artículos en revistas, críticas, aplausos, en fin, fue un caso muy debatido.

¿En qué consiste este caso? Un particular solicita a través de una solicitud de información toda la información que tuviere el Archivo General de la Nación en relación con Elena Garro y Octavio Paz en el periodo comprendido entre 1962 y 1970, documentos que habían sido recibidos por el Archivo General de la Nación por parte del Centro de Investigación y Seguridad Nacional a través de un acuerdo emitido por el Ejecutivo.

Ante esta solicitud de información el Archivo General de la Nación respondió que en principio no le podía dar a conocer esa información, pues contenía datos personales tanto de Elena Garro como de Octavio Paz, como de terceros implicados con los que ellos habían tenido alguna relación, datos que incluían incluso nombres por ejemplo de personas dedicadas al espionaje internacional, nombres de personas investigadas por la comisión de delitos, incluso ya de personas que habían sido procesadas por los mismos. Entonces el Archivo General de la Nación niega esta posibilidad, no otorga los datos personales y le dice: "Te doy acceso a una versión pública", en donde esa versión pública prácticamente pues tachaba todos los nombres, domicilios y cualquier referencia

a personas específicas. Ante esta respuesta por parte del Archivo General de la Nación el particular promueve un recurso de revisión ante el IFAI.

¿Qué dice el IFAI al respecto? La verdad es que su resolución es relativamente extensa, no tanto como las resoluciones de otros órganos e instituciones, pero digamos que es extensa y aquí no tomo todos y cada uno de sus argumentos sino los que consideré más relevantes para efectos de esta relación con la memoria histórica.

En primer lugar, el IFAI señala, y esto es importante porque estamos en un momento preciso de subsanar esa falta, no tenemos un marco jurídico claro que determine en qué momento un dato personal adquiere el carácter de histórico. Esta afirmación va un poquito en el sentido de reconocer que al momento de dotar de carácter histórico a un documento o a cualquier otra información, de alguna manera se está reconociendo, al menos por una regla general, que tiene un carácter público. De ahí que denote por un lado que no haya esa precisión en nuestro sistema jurídico, y por otro lado, que la propia naturaleza del archivo histórico o de los documentos históricos por su propia naturaleza pretende difundir la memoria documental y en ese sentido constituyen un acceso público a esos datos.

Por otro lado, el IFAI declara la procedencia de dar a conocer la información de datos personales, específicamente de Elena Garro y de Octavio Paz. En términos generales, abre esa información.

En este caso tenemos dos peculiaridades, porque por un lado estamos haciendo referencia a documentos históricos de una etapa histórica muy sensible en nuestra historia: la llamada guerra sucia, en pocas palabras, el movimiento del 68, es una época muy complicada; y por otro lado, hace referencia a dos figuras públicas importantísimas para la cultura en México. En ese sentido, su carácter histórico pues podría venir por ambas vías.

Entonces ante esto el IFAI dice que efectivamente prima el interés general de dar a conocer esa información sobre los posibles daños que se pudieran generar por la protección de datos personales, y en ese sentido hace una revisión exhaustiva de la documentación original y no desclasifica toda la información, pero sí determina y abre la gran mayoría de esa información. Prácticamente lo único que mantendrá el carácter confidencial será todo aquello que hace referencia a preferencias sexuales, que hace referencia a estados de salud mental y cuestiones muy específicas, en donde el IFAI considera que no es relevante para el interés de la sociedad en general; que no contribuya a dar a conocer ese periodo o esa etapa de la historia.

Ahora bien, ante este ejercicio también toma en cuenta el elemento de temporalidad. Es importante considerar, si estamos hablando de las etapas entre 1962 a 1970 pues que evidentemente hacía referencia a acontecimientos



ocurridos varias décadas atrás, y en ese sentido la expectativa de daño pues prácticamente era una expectativa de daño baja al momento de dar a conocer esa información.

No obstante, a pesar de esa prevalencia, y este es un dato importante dentro de la resolución del IFAI, a pesar de considerar que sí prime el interés general y por ende prime el acceso público a esa información sobre la protección de datos personales, deja muy claro y muy sentado que no se trata de una resolución aplicable de manera genérica a cualquier documento histórico que obre en poder de las dependencias y entidades de la administración pública federal. Deja claro entonces que es una resolución que atendió las circunstancias concretas del caso, que se trata de documentos que no pasaron por el proceso de revisión archivística del Archivo General de la Nación que le dan el carácter de históricos y que por ende, además de constituirse en una etapa muy sensible de la historia para dar a conocer los movimientos políticos y sociales de esa época, por ende prima el interés general.

Pero dice: “Esta resolución no debe tomarse como un precedente genérico aplicable a cualquier circunstancia”. En pocas palabras, sí, pero no se reconoce la existencia de documentos históricos en los que constan datos personales y que por ende esos datos personales tienen que estar protegidos y tienen evidentemente el carácter de confidencial.

El siguiente caso ya no es un caso dentro de México, es un caso internacional resuelto por la Corte Suprema de Justicia Argentina y es el caso Gualtieri Rugnone de Prieto. El caso Gualtieri también generó muchísima polémica a la resolución de este caso. Algunos probablemente también lo han oído mencionar, pero es un caso relativamente famoso y relativamente reciente, es un caso del 2009.

En cuanto a los hechos. Prácticamente también varias décadas atrás los tribunales le ordenan a un niño menor de diez años someterse de manera compulsiva a muestras de extracción de sangre para establecer su identidad. Se quería establecer su identidad porque presuntamente había sido víctima del delito de secuestro en el tiempo en que sus padres habían sido víctimas del delito de desaparición forzada. Durante la época de la dictadura argentina se llevaron a los padres, la mujer estaba embarazada, dio a luz en ese periodo de tiempo y eran gemelos, nada más que el caso lo planteo en referencia a uno de ellos y uno de ellos desaparece.

Cabe decir que pasaron los años y dado el carácter sensible de esta sentencia, aunado al hecho de que era menor de edad, la verdad es que no se le dio prioridad y ni siquiera se llegó a ejecutar. Ahora vinieron posteriores recursos, el asunto se apeló, en fin, pero el caso siguió caminando y nunca fue ejecutado sin tener sentencia definitiva, porque cabe mencionar que esta orden era para

constituir una prueba en contra nada más nada menos que de los padres adoptivos. Eso explica la negativa del niño.

Ante estas circunstancias no se lleva a cabo la ejecución y pasados los años finalmente se decide dar por concluido este asunto y darle prioridad y a través de un allanamiento de morada, podríamos decir así, toman parte de sus efectos personales a efecto de hacer una prueba de ADN. Prácticamente hablamos del cepillo de dientes, el cepillo de pelo y ese tipo de cosas.

¿Cuáles eran los argumentos de la parte ofendida, en este caso del presunto secuestrado? Pues por un lado señala que la extracción compulsiva de muestras de sangre violaba sus derechos a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, entre otros tantos, porque el caso es mucho más complejo de lo que yo aquí se los estoy manifestando.

Y evidentemente promueve este recurso de hecho dentro del sistema judicial argentino, con la intención básicamente de señalar que han cambiado las circunstancias originales del caso, pues ya estamos hablando de un hombre de 30 años, ya no de un niño menor de diez.

¿Cuáles fueron los argumentos de la Corte Suprema de Justicia Argentina? La verdad es que estos argumentos están tomados fundamentalmente de Lorenzetti y Zaffaroni. También fue muy debatido en el seno de la Corte, hubo argumentos encontrados, pero creo que éstos fueron los que prevalecieron en el sentido final de la resolución.

Primero, ponen de manifiesto que este caso también cuenta con circunstancias extraordinarias. La primera hace referencia a la naturaleza del crimen que se investiga, es un crimen de lesa humanidad, es un crimen cometido por el Estado, prácticamente por fuerzas incluso militares. Y en segundo, la prolongación de la consumación del delito hasta el presente. Era un delito que hasta en tanto no se determinara la identidad del secuestrado seguía vivo, se seguía cometiendo, y en ese sentido decían: “No podemos concluir este asunto hasta en tanto no determinemos si efectivamente es o no la víctima que estamos buscando”.

De tal forma que señala la paradoja que representa el presente caso. Por un lado, la víctima señala que el hecho de realizarle esa muestra compulsiva a la fuerza de sangre, esa toma de sangre, pues lo están revictimizando. Pero por otro lado, si no toman la muestra de sangre o no se determina su identidad, pues sigue siendo víctima de secuestro. Entonces eran circunstancias muy específicas, muy especiales y muy sensibles.

Lorenzetti y Zaffaroni determinan entonces que dos, después de hacer todo un análisis de cada uno de los agravios manifestados y demás, determinan que los intereses jurídicos en conflicto son dos. Por un lado, la autonomía de la esfera



de la individualidad personal de la víctima presuntamente secuestrada, en pocas palabras, su intimidad, su privacidad; y en segundo lugar, el derecho a la verdad de los supuestos familiares biológicos. Quienes le habían dado seguimiento al caso, quienes pedían prácticamente la determinación de la identidad de la víctima eran precisamente los abuelos, y entonces podríamos decir: pues también ellos eran víctimas del delito cometido, pues eran víctimas indirectas. Ante esta situación prácticamente se genera claramente una tensión entre dos derechos: el derecho del presunto secuestrado y el derecho de las víctimas indirectas, esto es, de los abuelos.

¿Cómo resolver el asunto de tal manera que efectivamente no se esté revictimizando a esta persona? Hacen un ejercicio de ponderación y un ejercicio de ponderación muy bonito donde además dicen: “Momento”, y que creo que esta es una postura hasta cierto punto aceptada. La idea de ponderar no necesariamente va a implicar la prevalencia de un derecho sobre otro. Lo importante es establecer, después de un análisis de todas las circunstancias y alternativas posibles, cómo lo podemos resolver de la manera más armoniosa posible, de tal forma que la afectación que se cause sea la menor.

Ante ello la Corte Suprema de Justicia Argentina logra determinar que efectivamente el tomarle una muestra de sangre de manera compulsiva pues sí era atentatorio contra su intimidad y que además implicaba una agresión física a la persona. Si él se niega a esas muestras de sangre pues la única vía factible era utilizar el auxilio de la fuerza pública, y en ese sentido la Corte dice: “No podemos llegar a semejante grado”. Pero por otro lado, está el derecho de los familiares de conocer realmente qué pasó, de saber y develar la verdad de esa etapa de la historia. No sólo les interesa saber la identidad del hijo; de alguna manera también les interesa que el Estado se haga responsable por los agravios que ocasionó durante ese periodo.

De ahí que la Corte determine efectivamente otorgar el derecho a la verdad a los familiares, sin tomar muestras de sangre de manera compulsiva, sino a través de estudios de ADN, básicamente de los objetos personales de esta persona y por ende determinar su identidad. Pero sólo para efectos de satisfacer ese derecho a la verdad, sin ningún otro efecto jurídico. ¿Qué implica esto? Que no podía utilizarse como prueba para efectos de determinar la culpabilidad de los padres adoptivos y es como logran un poco mediar la situación.

Claro, aquí lo que queda de fondo, y ciertamente es un caso muy complicado, es muy difícil determinar qué debe y qué no debe prevalecer en esta posición de equilibrio. Aquí la cuestión complicada es: muestra de sangre no, pero pruebas de ADN genéticas sí. Entonces es otro caso en donde prevalece el derecho a la verdad sobre el derecho a la protección de datos personales.

Como les mencioné, si se dan cuenta no es un caso que abiertamente se adentre a estudiar el caso de los datos personales, pero ciertamente nos está dejando ver ese ámbito de autodeterminación informativa que se vio coartado precisamente en aras de proteger el derecho a la verdad.

De todo lo anterior entonces podemos formular algunas conclusiones, insisto, muy generales que nos permiten una aproximación prácticamente a la confluencia entre la protección de datos personales y la memoria histórica.

La primera, la memoria histórica puede constituirse en fundamento del derecho de acceso a la información y en una excepción al derecho a la protección de datos personales.

Segunda cuestión. No obstante, la prevalencia de la memoria histórica, cuyos contornos son difusos, sobre el derecho a la protección de datos personales sólo puede determinarse a través de la ponderación referida a situaciones concretas y no mediante reglas de carácter general.

Y tercero, la posible tensión entre la memoria histórica y el derecho a la autodeterminación informativa puede plantearse desde una dimensión individual o colectiva de la primera, como se demuestra en cada uno de estos casos. Si se dan cuenta, hacemos referencia claramente en el primer caso a una dimensión colectiva y en el segundo nos estamos metiendo más en el plano de la dimensión individual.

“Si consideramos que las características físicas de una persona, específicamente una fotografía, es considerada como un dato personal que debe de ser protegido, ¿opina que para llevar a juicio como prueba una imagen fotográfica de uno de los litigantes se requiere de su consentimiento?” Luego: “¿Qué opina cuando se publica una fotografía de un posible inculpado, a fin de ofrecer recompensa para lograr su captura?”

Son preguntas interesante ciertamente, son preguntas hasta cierto punto complicadas. Sí quiero decir que efectivamente tu imagen es un dato personal protegido por este derecho. ¿Qué ocurre cuando esa imagen se utiliza como medio de prueba en juicio? Y peor aún, ¿qué ocurre cuando esa imagen es básicamente para promover la captura?

Si recuerdan las excepciones que planteamos hace un momento sobre la determinación o el alcance o límites del derecho, encontramos que uno de ellos es la seguridad pública. En cuanto a seguridad pública siempre estamos en ese ámbito tan complicado de determinar primero qué debemos entender por seguridad pública y cuál es su alcance.

En principio, yo creo que efectivamente publicar esa imagen para efectos de encontrar la captura puede ser beneficioso en aras de la seguridad y puede



incluso encontrar su justificación en aras de la seguridad. No obstante, tenemos que ser muy cuidadosos en no publicar una imagen de una persona de la que probablemente no tenemos todavía tan claro si es o no culpable. En pocas palabras, que no ha sido todavía sentenciado, no hay una sentencia firme en su contra y de alguna manera pues también estás dirigiendo la investigación y afectando ya no sólo el derecho a la protección de datos personales, sino también el derecho al honor.

En principio quiero mencionar por ejemplo que en el caso de Estados Unidos, temas de seguridad pública pues es de suma cero: todo o nada. Yo creo que en México tenemos que ser cuidadosos de no llegar a ese extremo y no llegar al tema de decir: “La seguridad pública necesariamente debe prevalecer en cualquier caso”, porque evidentemente estamos cayendo y dejando muy de lado el derecho de cualquier persona a esa protección.

Siguiente pregunta: “¿Qué opinión tienes sobre la no garantía y no protección de datos personales? Pero también la extracción de documentos oficiales de los archivos de autoridades educativas para ser utilizados para fines ajenos a los que se entregaron y que fueron solicitudes de información pública, presentándolos ante otras autoridades y para asuntos personales de servidores públicos que violentan las normas de protección de datos personales. Se denunció y presentó queja ante el órgano garante estatal, quien tiene sin resolver nada y esto es una reincidencia. Pero dicen que son autónomos y sus decisiones del Pleno de la Comisión son discrecionales y no está legislado el tiempo para resolver todo sobre datos personales”.

Esta es una pregunta que tiene un fondo muy relevante. Por ejemplo, ¿qué ocurre en aquellos casos en los cuales se pierde información? Y esto va de la mano evidentemente con la memoria histórica y concretamente con la tercera dimensión de la memoria histórica que les mencionaba. ¿Qué pasa cuando pierden tus documentos? Y no sólo pensémoslos en temas educativos, sino también pensemos en temas por ejemplo de pensiones y jubilaciones, que ese es un caso muy reiterado, el caso del IMSS, del ISSSTE, en fin. ¿Qué pasa cuando pierden tus archivos?

Ciertamente tenemos mecanismos de responsabilidad de servidores públicos, ¿pero hasta dónde los órganos garantes tienen que adentrarse al estudio de si efectivamente se vulneró o no el derecho a la protección de datos personales?, porque no olvidemos que no sólo en la autodeterminación informativa, sino el derecho a que tus datos se traten, se cuiden, se conserven, se manejen y se actualicen de manera adecuada.

En ese sentido, yo creo que los órganos garantes tienen un reto muy importante y no sólo los órganos garantes, cada uno de los sujetos obligados tiene un

reto muy importante para profundizar en este tipo de temas. Y no me refiero a fincar responsabilidades a servidores públicos, pero sí adentrarse al análisis de si efectivamente se adoptaron las medidas de seguridad adecuadas para la protección de esos datos.

¿O será suficiente con que sólo se haya presentado un acta ante el Órgano Interno de Control sobre la pérdida de dicho expediente? ¿O estos sujetos obligados así como los órganos garantes tienen que entrar a fondo al estudio de cada uno de estos aspectos de adopción de medidas de seguridad? ¿O caemos en una visión meramente formalista, no de fondo, en donde decimos: “Tenemos un responsable, identificado, tenemos los archivos”? ¿Hasta dónde se puede adentrar o no por parte de los órganos garantes a analizar estas cuestiones?

Creo que la pregunta es una pregunta que deja muchas puertas abiertas que aún no han sido resueltas. En principio, yo participo de la idea que no debemos quedarnos en el plano meramente formalista. Estamos hablando de un derecho humano.

Otra pregunta: “Retomando la excepción de derechos ARCO, ¿podría plantear o mencionar qué derechos de terceros se tendrían que proteger y/o cuáles tienen más valor que los derechos ARCO? ¿Y por qué son considerados de esa manera?”

Cuando hacemos referencia a derechos de terceros estamos aludiendo prácticamente a cualquier derecho de orden constitucional. ¿Qué ocurre en este caso? Que no hay una respuesta y lo manifesté con antelación, no hay uno que podamos decir: tiene más valor que el otro. Yo en ese sentido sí soy más de la idea muy conforme prácticamente, no podemos establecer una jerarquía de derechos de manera predeterminada. Es necesario entrar al estudio y colisión en cada caso de estos derechos. Una jerarquía determinada sí nos puede llevar a notorias injusticias y a caer en situaciones de inconsistencia en nuestra construcción jurídica.

Otra de las preguntas: “¿Qué medidas de apremio y a qué instancia se debe recurrir cuando se han agotado todas las solicitudes a un funcionario público municipal que no responde, argumentando que no fue en su ejercicio público la información que se le está pidiendo, a pesar de haber recibido la administración pública en cuestión?”

Efectivamente, un órgano no te puede negar información porque hay un cambio de funcionarios y en este caso de presidente municipal. La solicitud de información va dirigida a las instituciones en donde debe constar esa información y no va en función de las personas que lo ostentan.



Aquí, más que hablar de medidas de apremio, es primero a dónde podemos recurrir, evidentemente ante los órganos garantes, y por otro lado, además de recurrir a los órganos garantes, ya veremos cómo llegan las nuevas leyes en la materia en donde contarán con mayores facultades para poder hacer efectivas sus resoluciones.

Otra pregunta: “¿Qué garantías de protección otorgan las empresa de contratación masiva, que difunden tus datos a los posibles patrones? En pocas palabras, las outsourcing”.

En principio, esas garantías de protección deben cumplir con los estándares establecidos por la ley y concretamente por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares. Una cosa es lo que deben hacer y dichos estándares y otra cosa es que lo hagan. Evidentemente nosotros como usuarios tenemos que de entrada pedir en cualquier caso el aviso de privacidad si somos los titulares de los datos. Pero si somos quienes estamos contratando a esta empresa como intermediarios tenemos que ser muy cuidadosos de que aquellas empresas con las que contratemos para que nos provean de servicios cumplan con dichos estándares, porque si no también va a implicar probablemente una responsabilidad a quien contrata con ellos y transfiere los datos.

De hecho, actualmente ya se hace y se está trabajando mucho en ello, especialmente dentro del sector público, para que incluso en cuestiones de licitaciones, para la constitución de bases de datos, para contratos para servicios de cómputo en la nube, etcétera, cuenten desde el propio convenio a través del cual se celebra, a partir incluso de la licitación donde se establecen los prerrequisitos, el contar con estas medidas de seguridad ya establecidas.

Una cosa es la legislación y aquí sí quiero poner énfasis en que no debemos olvidar que la protección de datos personales en posesión de particulares y en general cualquier tipo de protección de datos personales, tiene y debe tener un carácter preventivo. Y en ese sentido, este ámbito preventivo de la protección de datos personales implica un compromiso de todos aquellos que participan en el tratamiento de datos personales.

ooOoo