

20721
531



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

"ESTUDIO SOBRE LA TUTELA JURIDICA DE LOS DATOS PERSONALES, EN LOS BANCOS DE INFORMACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA"

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: NANCY CEDILLO CORONA

ASESOR: LIC. JUAN CRUZ GOMEZ



... a la Direccion General de UNAM a difundir en formato electronico el contenido de mi trabajo...

NOMBRE: CEDILLO CORONA NANCY

MAYO 2003

FECHA: 24-ABRIL-'03

FIRMA: Nancy Cedillo Corona

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A la "Universidad Nacional Autónoma de México", Gran Casa de Estudio.

A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlan", donde encontré inspiración para reafirmar mi compromiso con la sociedad mexicana; con profunda deuda por haber recibido de ella la enorme oportunidad de educarme, formarme y consolidarme.

A "Dios misericordioso", que me ha permitido llegar a este momento, quien nunca me ha abandonado.

A mi padre, por todo lo que me ha transmitido, sus enseñanzas, su dedicación, sus horas de trabajo, ejemplo a seguir a ser una persona de provecho.

A mi madre, por toda su dedicación en cuerpo y alma, fortaleza, por todos sus desvelos, por guiarme por el buen camino y enseñarme a ser una mujer trabajadora con objetivos específicos.

A mi asesor el Lic. Juan Cruz Gómez, por todo su apoyo incondicional, su profesionalismo y sobre todo por su gran calidad humana.

A mis hermanos, Gerardo, Wendy e Ivan, con quien he compartido infancia, juventud, días de estudio, sueños y logros.

A mis sobrinos: Saul Didier y Gerardo Uriel, que son mi adoración e inspiración.

A mi primo el Lic. Eduardo Corona Olvera, por toda su valiosa ayuda al compartir sus conocimientos enriquecedores.

A Fernando Baeza Zavala, por todo este tiempo, cariño, amor, apoyo y por haber crecido en mi.

A la Lic. Barbara González Forastieri González, por todo el apoyo otorgado.

A todos mis compañeros y amigos con los que compartí sueños y realidades a lo largo de mi carrera, así como a las nuevas amistades: Arturo, Magdalena, Carlos, Georgina, José Alberto, Francisco, Ivonne y Marcos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I. AVANCES TENOLÓGICOS. 1

1.1. Concepto de cibernética. 5

1.2. Concepto de informática. 6

1.3. El papel de la cibernética. 8

1.4. Dimensión filosófica de la cibernética..... 9

CAPITULO II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MODERNA Y LOS DATOS PERSONALES. 10

2.1. Datos personales informatizados y Administración Pública. 11

 2.1.1. Poder informático..... 13

2.2. Esencia jurídica de la protección de los datos personales automatizados. 14

 2.2.1. Concepto filosófico de persona. 15

 2.2.2. Concepto Jurídico de persona. 17

 2.2.3. Atributos de la persona. 19

2.3. El bien jurídico protegido 22

 2.3.1. Derecho a la intimidad o a la vida privada. 22

 2.3.2. Teoría del mosaico. 25

 2.3.3. Teoría de las esferas. 25

 2.3.4. Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento informatizado de datos de carácter personal. 26

2.4. Los sujetos existentes en la relación jurídica. 28

 2.4.1. Sujeto Activo. 28

 2.4.2. Sujeto Pasivo. 32

CAPITULO III. PRINCIPIOS GENERALES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS. 37

3.1. Principio de legalidad en la recopilación de datos personales. 37

3.2. Concentración automatizada de datos personales por sujetos pasivos. 44

3.3. Uso y destino de los datos personales. 48

3.4. Obligación sobre su discreción y excepciones. 51

3.5. Actualización y destrucción de registros. 54

3.6. Derecho de rectificación. 56

CAPITULO IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE TUTELAN LOS DATOS PERSONALES. 57

4.1. Intimidad Informática. 57

4.2. Autodeterminación informativa. 65

4.3. Habeas Data. 71

4.4. Artículos 16 y 36 Constitucionales. 75

4.5. Ley General de Población publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de enero de 1974 y el Acuerdo para la adopción y uso para la Administración Pública Federal de la Clave Unica de Registro de Población. 76

4.6 Directrices para la legislación en materia de tutela jurídica de los datos personales. 91

CONCLUSIONES...... 96

BIBLIOGRAFÍA.

HEMEROGRAFÍA.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN.

La tecnología contemporánea supone una nueva era técnica e ideológica, por lo tanto es imperioso un cambio en el enfoque del Derecho, aquella no puede prescindir de una ordenación jurídica. Ésta se plantea un nuevo objetivo, consistente en una sistematización normativa como programa para el control del fenómeno tecnológico en la pluralidad de sus aspectos. Este trabajo intenta responder a esta afirmación en lo que se refiere a la intersección de la Informática como parte de la cibernética que tiene por objeto el tratamiento de la información por medios automáticos, permitiendo transportar los sistemas de regulación y control cibernético a las técnicas de control social.

El Derecho Internacional especialmente el Europeo trata profusamente el tema, caso contrario a lo que ocurre en nuestro país, que frente a este enfoque, parece ir en sentido contrario, sin reconocer los avances más importantes en la protección del honor y la intimidad personal frente al uso de la informática en los bancos de datos personales en poder del Estado, temática que se expone en esta investigación.

Por tal motivo se refiere al sustento filosófico y jurídico que justifique que la información de carácter personal debe formar parte de los Derechos Fundamentales de la persona humana debido a la forma de vida actual con su multiplicidad de aspectos y relaciones sociales marcadas por las computadoras y bancos de datos, estableciendo los sujetos de esta relación jurídica, pasivo y activo. La esencia de lo que se debe proteger y su objeto. Basándose en la naturaleza del hombre mismo que conserva un reducto donde acumula información que no permite que llegue a otras personas o lo permite en circunstancias especiales, para proteger su dignidad personal teniendo al Estado como ente que cuenta con el ejercicio del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

control social y potencialmente puede irrumpir en la esfera íntima de la persona humana.

Se enuncian los principios que sustentan la tutela jurídica de los datos personales, algunos de los cuales se encuentran entre los que tradicionalmente han protegido la libertad del individuo y otros como el derecho de rectificación y el olvido, tienen un enfoque distinto frente a los bancos de datos automatizados y la posibilidad de transmitir y recuperar información de una persona en un intervalo de tiempo imperceptible en el que el sujeto queda expuesto en su privacidad e intimidad, por qué toda la información personal puede almacenarse en memorias automatizadas indefectibles o también se está en la posibilidad de difundir información errónea de una persona y prácticamente no existe un medio preventivo eficaz que lo impida. Por lo tanto se pretende identificar los instrumentos que pueden proteger a la persona humana frente a las injerencias indebidas de quien detenta el poder informático.

El instrumento jurídico que se ha utilizado para garantizar la tutela de los datos personales informatizados es el instituto del *Habeas Data* que integra la categoría de derechos humanos de tercera generación y tiende a una protección integral, plena y amplia de la persona humana como eje y centro del derecho tanto público como privado, no existiendo algún obstáculo para que se introduzca al sistema jurídico nacional. Necesidad que se hace patente frente a la adopción por parte de la Administración Pública de una clave única de registro de población para todas las personas residentes en el país incluyendo los menores de edad. Actualizándose el potencial lesivo que representa que un solo banco de datos contenga toda la información de una persona, identificable con una sola clave para todas las ocasiones en que el particular actúe frente a la administración, tal como lo prevé la Ley General de Población vigente en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, prescripción que va en contra de la legislación mas avanzada en el tema que nos ocupa.

La doctrina de nuestro país ha tratado minimamente el tema, por ello se ha recurrido a la europea principalmente, tomando diversas experiencias latinoamericanas, especialmente de Argentina. Por lo tanto, las consideraciones que en este trabajo se mencionan pueden servir de base para un posterior desarrollo de los temas aquí tratados y recogidos de quienes se han dedicado a su estudio profundo particularmente en España, en sus prescripciones Constitucionales y su Ley 5/92, más su profusa jurisprudencia, han advertido que la tecnología Informática puede ser convertida en un mero aparato de control social, similar a lo narrado en la novela anticipada de George Orwell 1984 con su permanente amenaza "*El Gran hermano te vigila*".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"... la gente desaparecía sencillamente y siempre durante la noche. El nombre del individuo en cuestión desaparecería de los registros, se borraba de todas partes toda referencia a la que hubiera hecho y su paso por la vida quedaba totalmente anulado como si jamás hubiera existido. Para esto se empleaba la palabra vaporizado".

GEORGE ORWELL, 1984.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I. AVANCES TECNOLÓGICOS.

En la historia de la humanidad, los avances tecnológicos se han presentado poco a poco, mediando entre los más importantes espacios de tiempo, dando oportunidad a que la sociedad, el hombre medio, pudiese asimilarlos, adaptando los instrumentos jurídicos al mismo tiempo.

La invención de la escritura obedeció a la necesidad de comunicarse, pero fundamentalmente por esa necesidad de conservar información, como ejemplo se pueden mencionar: Las estelas mayas, los petroglifos asirio-caldeos y los jeroglíficos egipcios.

Las repercusiones que la tecnología ha tenido en la sociedad, a lo largo de la historia moderna son de diversa índole; en la primera Revolución Industrial, la máquina de vapor y el motor de combustión interna, reemplazaron el trabajo físico que el hombre o sus bestias de carga solían hacer, pero el hombre tenía que seguir realizando todas las principales funciones de control para dirigir las máquinas por él creadas, cada vez con un impacto social más importante, produciéndose un desfase respecto al Derecho, que regula su influencia y aplicación en la vida social.

En ese contexto se ubicaron los continuos descubrimientos tecnológicos. A mediados del siglo XIX, el científico británico Michael Faraday daba a conocer sus descubrimientos electrónicos y magnéticos con la creencia de que con el tiempo se convertirían en algo práctico. Por la misma época, el físico francés James Clerck Maxwell elaboró cuatro ecuaciones matemáticas que tenían como base la obra de Faraday; establecían una relación entre cargas y corrientes eléctricas y los campos magnéticos, con una argumentación intuitiva postulaban implícitamente la existencia de la radiación electromagnética y encuadraban la de los rayos gamma, los rayos X, la luz ultravioleta, la luz visible, los infrarrojos y las ondas de radio. La

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

unión de los trabajos experimental y teórico de Faraday y Maxwell llevaría, un siglo después, a una revolución técnica sin precedentes. La luz eléctrica, teléfono, tocadiscos, radio, televisión, transportes refrigerados, marcapasos cardíacos, plantas hidroeléctricas, etc., y lo que daría paso a una segunda Revolución Industrial: las computadoras.

Esta segunda Revolución Industrial se caracteriza por que las principales funciones de control de las máquinas, las llevan a cabo otras máquinas. Si bien en un principio las computadoras fueron un sofisticado instrumento de cálculo numérico, su evolución técnica y la introducción de los caracteres *alfa - numéricos* permiten que en ella se memorice, procese, transmita, difunda, cualquier tipo de información. Este proceso se produce a una velocidad superior a la del pensamiento humano, el tiempo en que la computadora realiza una operación se ha reducido hasta a una millonésima de segundo y la información puede ser transmitida en un intervalo de tiempo imperceptible, sin límites en el espacio; penetramos así en el campo de la cibernética.¹

El impacto social de esta segunda Revolución Industrial es de tal magnitud que se habla del fin de un ciclo cultural comparable a la Revolución del Neolítico, del descubrimiento de la agricultura y la domesticación de los animales; el paso de la recolección de los alimentos a su producción activa; hechos que implicaron una transformación en la mentalidad y costumbres, la vida sedentaria y la fundación de la primera ciudad a una mayor organización y división del trabajo. Esta comparación es útil para comprender la actual revolución tecnológica.

El primer antecedente al que debemos referirnos respecto al campo de la cibernética lo encontramos, en el año de 1949, apenas un año después de que en Estados Unidos se da a conocer la obra "Cibernética" de Norbert

¹ Cfr. P. González. "Informática: la invasión". En Momento. Barcelona, 1970. Noviembre. Núm. 13, pp.23-52

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Wicner, obra la cual motiva al Juez Lee Loeverger a escribir un artículo titulado "El próximo paso", y en la cual por primera vez se utiliza el término "Jurimetría", primer antecedente del actual Derecho Informático y con lo cual se vislumbra el surgimiento de una nueva rama del Derecho, encargada de las aplicaciones "cibernéticas" a la información jurídica.

El Juez Loeverger circunscribió la utilidad y fin de la jurimetría al estudio y la racionalización del Derecho a través de la aplicación de la automatización, elevando inclusive una propuesta de aplicación, limitada únicamente al Derecho Fiscal.

Para 1958, en Francia el jurista Lucien Mehl, desarrolla el trabajo titulado "Automatización en el mundo legal", exponiendo puntos de vista relativos a lo que se dio en nombrar "Las máquinas de Leyes", calificando las mismas en dos categorías distintas: máquinas documentales y máquinas de consulta.

En 1960 en Washington E.U.A., se da a conocer la primera compilación de Leyes Federales y Estatales referidas a bases de datos de los hospitales, a la que se le reconoce como la primera base de datos en materia jurídica en la historia.

Al principio de los años 60's se dan a conocer los primeros sistemas de tipo comercial destinados a la legislación y la jurisprudencia.

En 1962 en Francia, Philippe Dreyfus inventó un término nuevo: Informatique, uniendo de manera simplificada los términos "Información y Automática".

En 1963 es publicado un artículo, en el que se dan a conocer ideas de gran interés sobre la aplicación de la Cibernética al Derecho; este artículo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conocido como el Knapp (nombre de su autor), no tuvo mayor relevancia ya que fue escrito en checoslovaco, sin embargo este inconveniente fue superado posteriormente al publicar el mismo autor un estudio titulado "Stadd an Reich" publicado en alemán.

Estos antecedentes continúan en Italia, donde encontramos el trabajo de dos juristas de nombre Frosini, escritor del libro titulado "Cibernética, Diritto e Societa", publicado en 1968 y Mario Lozano, quien se encargó de recopilar y publicar todas las notas de cátedra que impartía denominada "Introducción a la Informática Jurídica".

Este proceso continúa en los años 60's, hasta establecer que los bancos de datos que se utilizaban en ese entonces, se podían utilizar no sólo para almacenar y obtener información de manera sencilla, sino de algunas actividades jurídicas tales como certificaciones, atribuciones de Juez competente, elaboración de sentencias, podían ser realizadas fácilmente auxiliándose de la Informática, originándose en consecuencia la Informática Jurídica de Gestión, la cual evolucionó para los años 60's en Informática Jurídica Decisional.

Ya con la aparición de las primeras computadoras se introduce la automatización en los estudios de operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, asesores jurídicos) y las redes de información penetran tempestuosamente en las Administraciones Públicas.

El impacto de los nuevos medios tecnológicos es de tal importancia que se ha llegado a afirmar la posibilidad de una sociedad futura en la que tan solo les será posible sobrevivir a quienes posean un alto grado de capacitación técnica; evidentemente esto es un extremo pero debemos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aceptar "que nos hallamos encadenados a la técnica, lo mismo que si la aceptamos, que si la negamos apasionadamente".²

1.1. CONCEPTO DE CIBERNÉTICA.

La cibernética es la ciencia interdisciplinar que investiga las leyes generales de los sistemas de tratamiento de información.

La palabra *cibernética*³ se propuso, en el siglo XIX por el físico francés André Marie Ampere, este término proviene del griego *kybernetes* ('timonel' o 'gobernador'), fue aplicado por primera vez en 1948 por el matemático estadounidense Norbert Wiener a la teoría de los mecanismos de control, para denotar el carácter común de los procesos de orientación, control y gobierno.

La cibernética se desarrolló como investigación de las técnicas por las cuales la información se transforma en la actuación deseada. Esta ciencia surgió de los problemas planteados durante la II Guerra Mundial al desarrollar los denominados cerebros electrónicos y los mecanismos de control automático para los equipos militares como los visores de bombardeo. Esta ciencia contempla de igual forma los sistemas de comunicación y control de organismos vivos que los de las máquinas. Para obtener las respuestas deseadas en un organismo humano o en un dispositivo mecánico, habrá que proporcionarle, como guía para acciones futuras, la información relativa a los resultados reales de la acción prevista.

² Martín Heidegger según cita de Antonio Enrique Pérez Luño. *Cibernética Informática y Derecho (Un análisis metodológico)*. Publicitario del Real Colegio de España, Bolonia 1976. p16.

³ Karl W. Deutsh. *Política y Gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México 1976, p.20

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Según la teoría de la información, uno de los principios básicos de la cibernética establece que la información es estadística por naturaleza y se mide de acuerdo con las leyes de la probabilidad. En este sentido, la información es concebida como una medida de la libertad de elección implícita en la selección. A medida que aumenta la libertad de elección, disminuye la probabilidad de que sea elegido un determinado mensaje. El alcance de esta ciencia interdisciplinaria ha dejado de identificar un área independiente de estudio y la mayor parte de la actividad investigadora se centra ahora en el estudio y diseño de redes neurales artificiales.⁴

1.2. CONCEPTO DE INFORMÁTICA.

Informática o Computación, es el conjunto de conocimientos científicos y de técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. La informática combina los aspectos teóricos y prácticos de la ingeniería, electrónica, teoría de la información, matemáticas, lógica y comportamiento humano. Los aspectos de informática cubren desde la programación y la arquitectura informática hasta la inteligencia artificial y la robótica⁵.

Precisamente otro signo propio del tiempo es la relevancia que ha desarrollado la Informática, como ciencia y como proceso.

Todo sistema de información recoge noticias, las elabora y las trasmite en el espacio o en el tiempo. Si para realizar tales operaciones se emplean medios automáticos, nos encontramos ante la ciencia que estudia el tratamiento automático de la información, la informática, que se encuentra

⁴Enciclopedia Microsoft, Encarta 2000. 1993-1999.

⁵Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

integrada a otra más amplia, la cibernética. Esta no tiene sólo por objeto el estudio de las informaciones o mensajes, sino de los mensajes que implican un mandato, que contribuyen a modificar el comportamiento de quienes los reciben; aparece así como la teoría de los circuitos de control y regulación.

Lo peculiar de hoy en día es la automatización que se adhiere a la información, adherencia que incluso da origen al nombre de la ciencia: Informática (Del francés: information, automatique) y que ha sido definida como la metodología que permite plantear y resolver la problemática del trato racional y automático de la información.

La actividad informática se desempeña a través de cuatro momentos: Obtención, almacenamiento, procesamiento y transmisión.

El apoyo de la tecnología de las computadoras contribuye al manejo de la información en tres planos:

- a) Memoria, puede conservar y restituir de forma constante;
- b) Puede combinar de manera automática datos existentes para crear nuevos datos y;
- c) Opera a una velocidad mucho mayor que la prevista por otros medios llamados "tradicionales".⁶

Para la informática, "base de datos" alude al conjunto de archivos donde se alojan los datos que debe manejar un programa de computación o, más ampliamente, un sistema de procesamiento de datos. De manera obvia para la Informática:

⁶ Meján, Luis Manuel C. *El derecho a la intimidad y la informática*. México, Editorial Porrúa, 1994, 146 pp

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1. Nada que no tenga soporte digital es un dato.
2. Toda información codificada digitalmente y alojada en un sector de archivo es un dato.

Cuando el progreso de la informática y de las comunicaciones lo hizo posible, aparecieron entidades que organizaron grandes volúmenes de información con uso de recursos informáticos. Informaciones fueron "entradas" a sistemas de procesamiento de datos y organizadas en archivos especialmente conformados con miras a que luego pudieran ser recuperadas mediante el uso de programas de computación con funciones enfocadas hacia el manejo de información. En un primer momento, este tipo de grandes archivos fue generalmente la obra de instituciones académicas, que los implementaron como un recurso para la investigación y el desarrollo.

El gran valor que la información tiene por diversos negocios y profesiones hizo que pronto se desarrollara en torno de las bases de datos una actividad lucrativa, como, por ejemplo, la de las organizaciones que se valen de recursos informáticos para distribuir información sobre jurisprudencia judicial. Este tipo de grandes archivos informatizados tomó el nombre de *bancos de datos o bases de datos*, en la acepción particular que tales términos habían ganado durante la década de los 70's en el ambiente de los especialistas en "documentación".

1.3. EL PAPEL DE LA CIBERNÉTICA.

El papel preponderante de la cibernética, representa un punto de enlace entre el universo tecnológico y el mundo social; ha permitido la penetración de modelos y métodos matemáticos en campos científicos que le

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

parecían vedados a la Biología, Psicología, Economía, Sociología y particularmente el Derecho.

En cuanto al Derecho, todo este universo tecnológico no puede prescindir de una ordenación jurídica que regule su influencia y aplicación en la vida social.

1.4. DIMENSIÓN FILOSÓFICA DE LA CIBERNÉTICA.

También se ha concebido a la cibernética como la ciencia que estudia la afinidad de la información y control de los organismos vivos y las máquinas y sus implicaciones, así como la formulación de sus leyes generales. Esta es la dimensión más filosófica de la cibernética; en ella se presenta como la teoría general de todos los sistemas mecánicos y biológicos⁷. El control aparece en los sistemas sociales organizados como el Gobierno. La cibernética descubre los rasgos comunes a los sistemas de control; ha establecido las "leyes generales del control y estas leyes rigen las más diversas esferas de aquél, tanto en la naturaleza como en la sociedad."⁸

Aquí tenemos a la cibernética en su acepción de: La ciencia que investiga las leyes generales de los sistemas de tratamiento de la información empleando medios automáticos.

⁷ Antonio Enrique Pérez- Luño, op. cit. pag. 18.

⁸ Roberto Tonniatti, "Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada", en Revista Vasca de Administración Pública, Oñati Guipuzco España No. 29 enero - abril 1991 pp. 139-162.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MODERNA Y LOS DATOS PERSONALES.

Nuestra época presenta varios fenómenos: uno tecnológico, otro de filosofía política y otro mercadotécnico, que ha venido tomando dimensiones diversas a la que hace pocos años tenían y que inciden precisamente en la Informática, en la Administración Pública y en las empresas o entidades privadas.

La Administración Pública, de siempre ha manejado archivos de información, e incluso ha desarrollado instituciones con impacto social y jurídico cuya médula es acumular, conservar y brindar información, tal es el caso de los Registros Públicos.

Cabe señalar que su evolución ha sido peculiar, todos los Estados y él nuestro no es ninguna excepción, nacido del impulso de las ideas enciclopedistas del siglo XVIII y del Liberalismo del siglo XIX vieron la Administración Pública como algo que si bien era necesario, debía mantenerse en un tamaño reducido y con una función mínima de intervención. Esta es la teoría del Estado Gendarme.

Hoy en día debe verse como la administración de las cosas en común, cuidando mantenerse perfectamente en los límites de lo que le es verdaderamente perfectamente propio al Estado, conforme a la filosofía que lo anima, al marco jurídico que la rige y a criterios de servicio, eficiencia y calidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1. DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es obvio el papel central que la información y la comunicación desempeñan dentro de la organización social, el mundo productivo, los procesos políticos y de todos los mecanismos decisorios y especialmente en el caso que nos ocupa, dentro del Gobierno, la Administración Pública. La calidad y cantidad de información disponible resultan instrumentos cruciales de todo el aparato institucional para ubicarlos y racionarlos. Tenemos un postulado propio de nuestra "sociedad de la información"⁹ que es el de la libre circulación de ésta, sin tratar de atenuar su demanda para buen funcionamiento. Sería más realista y funcional actuar reglamentando y racionalizando los flujos informativos, protegiendo su calidad y estableciendo aquellas restricciones que mejor correspondan al interés de conocimiento y protección de la persona; sin embargo la seguridad interna y externa del Estado se encuentra desligada a tales restricciones. Siendo así tenemos que nuestra sociedad ha creado la tecnología que le es más congenial, la cual ha acelerado, intensificado y contribuido a poner en evidencia la relación entre información y poder; a desnudar al ciudadano hasta amenazar con convertirlo en un "hombre de cristal", nos encontramos así frente al concepto de "sociedad informática"¹⁰.

La revolución informática ha encontrado un fértil terreno para desplegar sus efectos sobre la configuración social ya sea en relaciones entre particulares, privadas o relaciones de particulares con órganos del Estado; es en este punto donde el jurista debe concentrar su atención. La esencia de la automatización, la cuestión de lo que puede y en especial de lo que se debe mecanizar, tiene una importancia directa para el desenvolvimiento del derecho; el jurista debe prever los peligros e indicar las consiguientes

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

soluciones para evitar que la automatización se produzca en detrimento de los derechos del individuo; por el contrario, debe ser un instrumento adecuado a las exigencias actuales, para hacer efectivos los derechos públicos subjetivos, antes que un mero aparato de control social.

Para Pérez - Luño, el estudio de las actuales repercusiones del fenómeno tecnológico en el ámbito de las funciones jurídicas tradicionales se encuentra en dos aspectos:

- a) La "externa", que corresponde a las tareas que en cada momento histórico debe perseguir el derecho para dar cumplimiento a su papel reglamentador de la praxis social;
- b) La "interna" integrada por aquellos procedimientos jurídicos a través de los cuales el derecho se dirige a la consecución de sus fines externos. En esta acepción se pueden considerar como funciones internas por antonomasia: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. A través de ellas, adaptadas a las exigencias de tiempo y de lugar, el Derecho se presta al logro de sus objetivos.

Solo haré referencia a una de sus funciones internas: la ejecutiva y particularmente a su desempeño como Administración Pública¹¹. Entendida como "la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del Poder Ejecutivo; tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial) su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales, b) elementos patrimoniales, c) estructura jurídica y d) procedimientos técnicos.

¹¹ Miguel Acosta Romero. *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1ª. Ed. Porrúa, México. 1993. P 117.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Con frecuencia suele identificarse a la función administrativa, como la actividad de servicios públicos tendientes a satisfacer necesidades de la colectividad".¹²

Desde el punto de vista orgánico se refiere al órgano o conjunto de órganos estatales que desarrollan la función administrativa. Es aquí donde las aplicaciones de la informática han sido ya muy numerosas y también es la administración la instancia jurídica que necesita más de una renovación, toda vez que tradicionalmente se le ha caracterizado con prácticas carentes de agilidad y excesivo formalismo. La cibernética posibilita la relación, simplificación, celeridad y seguridad de las prácticas administrativas, se presenta como una exigencia moderna del Estado. Pero el uso de medios electrónicos por parte de la Administración Pública, en muchas ocasiones mas que una garantía para los administrados representa una injerencia en su vida privada. No debemos perder de vista que la Administración Pública solo puede cumplir sus deberes si posee la información relevante y pertinente. Administrar, consiste fundamentalmente, en conocer el estado real de las cosas (recursos materiales, humanos, sistemas, situaciones, oportunidades, fallas, etc.), conocer los potenciales y posibilidades de ellas y basándose en eso, tomar decisiones e implementarlas para lograr su objetivo, debe incluir la información de todos los datos de indole social, estadístico y político, así como factores mundiales relativos.

2.1.1. PODER INFORMÁTICO.

La posibilidad de acumular informaciones en cantidad limitada, de compararlas y de agregarlas, de encontrarlas inmediatamente en una memoria inmensa e indefectible, de objetivarlas y transmitir las en forma de

¹² Antonio Enrique Pérez - Luño. Op. Cit. p.26

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cintas, discos analógicos, magnéticos, digitales, por vía telefónica y satelital permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo; el poder informático.¹³ La computadora u ordenador, permite una contracción del tiempo en la recopilación de datos a dimensiones extremadamente reducidas, la transcripción de esos datos en un metalenguaje de grabación magnética o digital, una combinación elevadísima o control cruzado de datos.

Debido al empleo de medios electrónicos por el ejecutivo es preciso velar porque tal empleo se limite al cumplimiento de las funciones que le corresponden y no se actúe en detrimento de la vida personal; es preciso que el ejecutivo vea en la tecnología un medio adecuado a las exigencias de nuestro tiempo. En el marco de la civilización tecnológica se hace patente la salvaguarda de las libertades fundamentales ante posible abusos por parte del ejecutivo de las técnicas informativas.

2.2. ESENCIA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES AUTOMATIZADOS.

En la naturaleza misma del ser humano se encuentra la esencia de la temática que se expone; Luis Manuel C. Meján¹⁴ explica que en materia de información, el hombre presenta una dualidad de técnicas instintivas: por un lado tiene la necesidad de saber y por otro tiene la necesidad de ocultar. La primera caracterizada como mandato de la naturaleza humana; acumular información y conocimientos tanto a través del uso de los sentidos y la razón, por vías de la observación, inferencia y deducción, es decir; de manera científica, que da origen a la sociedad de la información.

¹³Vittorio Frosini, "Bancos de Datos y Tutela de Persona" en Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, numero 30, noviembre - diciembre, 1982, Madrid, España, pp.21-40

¹⁴ Luis Manuel C. Meján. *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, Porrúa, México, 1994, p. 15

Paralelamente existe la necesidad de ocultar, conservar determinados espacios de información lejos del alcance de toda o algunas de las personas con las que se convive. La persona humana conserva un reducto donde acumula información que no permite que llegue a otras personas, o lo permite, en circunstancias especiales.

Las necesidades más elementales de la persona humana deben encontrar una respuesta en el mundo del derecho. Si la persona tiene la necesidad de vivir alimentarse, reproducirse, trabajar, debe tener derecho a ello; si la persona tiene necesidad de mantener discreta cierta información debe tener derecho a ello, teniendo como eje su dignidad; consistente en reconocer que esta tiene objetivos, metas o fines que persigue por sí misma y que no debe ser un medio para perseguir fines extraños inferencias que podemos obtener del concepto mismo de persona, tanto desde el punto de vista filosófico como desde el punto de vista jurídico.

2.2.1. CONCEPTO FILOSÓFICO DE PERSONA.

“En la filosofía antigua, y sobre todo en la medieval, se empleo el concepto de *persona* para designar el ser racional como individuo consciente, con vistas a aplicarlo fundamentalmente al hombre, aunque se usase también con relación a Dios y a los ángeles. Se definía la persona como ‘una substancia indivisa de naturaleza racional’, o como ‘aquello que es uno por sí’, o como ‘el individuo de naturaleza racional’. Y aún en los primeros tiempos de la filosofía moderna hubo quien definió a la *persona* como ser racional reflexivo y autoconsciente. Es decir, se inserta la persona en el plano de la Ontología clásica, como un ser entre los demás seres, que, si bien tiene unas notas privativas que lo distinguen de los otros seres, tiene también dimensiones comunes con estos. En cambio, con Kant apunta la idea de que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no es posible definir la persona, como no nos coloquemos en el plano de la Ética; es decir, que a la persona no se le entiende examinándola en su ser, sino dándonos cuenta que entraña una idea ética. Y así, dice que *personalidad* es 'libertad en independencia del mecanismo de toda naturaleza', que los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, un autofin, es decir, algo que no deber ser empleado como un mero medio, algo que por consiguiente (por virtud de esa idea ética), encierra albedrío; y que la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad,"¹⁵ Luis Recasens Siches, después de realizar un extenso análisis de las diversas concepciones de la persona en sentido filosófico, como expresión de la esencia del individuo, concluye "la persona no es el concepto de una cosa, sino que es un concepto que solo es comprensible a la luz de una idea moral, o, mejor dicho, de los valores y de su realización; que cada persona es tal precisamente porque encarna una magnitud individualísima e incanjeable, que tiene su correspondencia en una peculiar individual constelación de valores, en un destino propio; que representa un punto de vista único sobre el mundo y sobre la tarea de la vida; en suma, que entraña una perspectiva teórica y práctica, que es individual, exclusiva y que trasciende hacia temas objetivos.

Fijémonos en la peculiaridad que ofrece el concepto de la individualidad de la persona. El concepto yo es un concepto general (que quiere abarcar todos los yoes), pero lo que se denota en el mismo es precisamente la exclusión de toda generalidad.

Cada uno de los yoes es un yo; por esto, el concepto es general; pero ser un yo, quiere decir, un concepto radicalmente individual, es decir, distinto de todos los demás, único. Advuértase, además, que la palabra individuo tiene dos acepciones: a) como significativa del atributo de la indivisibilidad (verbigracia, aplicada al átomo), b) como realidad individual,

¹⁵ Luis Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*. Porrún, México. Decimotercera ed. 1998, p.246

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

totalmente determinada y diferenciada de cualquier otra realidad. Aquí, refiriéndonos a la persona humana empleamos la palabra individuo no solo en la primera de las acepciones, sino también y sobre todo en la segunda, es decir, como significando algo singular, peculiar y exclusivo."¹⁶

El autor en comento nos proporciona una luz importante para fincar una premisa de suma importancia en nuestro estudio: " Hemos contemplado hasta ahora principalmente de la identidad de cada persona individual para sí misma; la conciencia que una persona tiende a ser la misma persona que es, a través de todos los cambios que haya experimentado en su vida, pero además es preciso que veamos otro aspecto a saber, el reconocimiento de esa identidad por los otros. No basta con que un ser humano se sienta el mismo a través de su vida, es preciso además que los otros le consideren el mismo. Toda persona necesita que los otros le conozcan como siendo la misma persona en todas las ocasiones. Es patente la decisiva influencia que esta dimensión tiene en las funciones que cumple la personalidad jurídica del individuo. Pero, además, el individuo necesita también de un reconocimiento social de la identidad de su propia persona. Claro que así mismo el reconocimiento jurídico de ésta cumple una importante función en la existencia humana".¹⁷

2.2.2. CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA.

Ahora bien, la palabra "persona" y su concepto jurídico, "expresan el sujeto de las relaciones jurídicas, por lo tanto, el sujeto de los deberes jurídicos y de los derechos subjetivos."¹⁸ Entre los latinos "el sentido originario de persona fue el de máscara, *larva Histrionalis*, que era una careta

¹⁶ Idem. p. 257.

¹⁷ Ib.op.cit.259.

¹⁸ Ib.op.cit.244.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; poco después la palabra pasa a significar el mismo autor enmascarado, el personaje; así, en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de la *personae*. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personam, genere, sustinere*, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno, de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como del autor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se decía: *gerit personam principis, consulis*, etc. persona quiere decir aquí: posición, función, cualidad..."

"Por un ulterior desarrollo lingüístico paso luego a denotar al hombre, en cuanto reviste aquel *status*, aquella determinada cualidad, y así se habla de persona *consulis*, de persona *sociis*, en vez de *socius*, etc. pero en estas formas de coligación *persona* va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en persona la indicación de género, cuyo genitivo apositivo formaba la especie y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De este modo persona termina por indicar independientemente al individuo humano, y este es el significado que se hace más común y que persiste hasta hoy".¹⁹

En la tradición jurídica se consideran dos tipos de personas jurídicas a saber: las físicas y morales; las primeras se refieren al sujeto jurídico individual, es decir al hombre en cuanto tiene obligaciones y derechos. Las personas morales son las asociaciones dotadas de personalidad.

¹⁹ Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1940 (44ª Ed., 1992), p.273.

2.2.3. ATRIBUTOS DE LA PERSONA.

En cuanto a las personas físicas, sus atributos son: Capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad. Y las personas morales: Capacidad, patrimonio, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad.²⁰ Es importante aclarar aquí, el concepto de capacidad para efectos de este estudio "La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; esta puede ser total o parcial. Es la capacidad la que coloca al sujeto en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar, la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por eso en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: todo hombre es persona, cuando un sujeto puede hacer valer sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercer sus derechos ante los tribunales, nos encontramos ante la capacidad de ejercicio; es decir, es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, o sea personalmente.

Antes de continuar con la temática de este párrafo, es importante aclarar que existe la obligación constitucional de proporcionar a los registros públicos, los datos de los atributos de la personalidad en diferentes archivos automatizados o que están en vías de serlo en un futuro no muy lejano, por ejemplo; registros de electores, registro civil, registro público de la propiedad, registros judiciales, registro de población, entre otros.

Ahora bien, no todas las conductas del sujeto como persona humana tienen significación jurídica, para que exista esta condición es necesario: "a)

²⁰ Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, México, Porrúa, 1962 (25ª Ed., 1993), p. 154



que su comportamiento sea contenido de un deber jurídico, y b) que el comportamiento de un sujeto sea una condición para el deber jurídico de otro sujeto -o sea como derecho subjetivo - es decir, que una determinada declaración suya de voluntad constituya la condición para que el Estado realice un acto sancionador; o también como poder jurídico, esto es, en tanto que un acto del sujeto sea una condición para que surja un precepto jurídico (por ejemplo, el sufragio, la iniciación de un negocio jurídico cualquiera, etcétera)".²¹ Haciendo énfasis en que estos actos jurídicos son registrados en diversos archivos informatizados de carácter público y privado.

Recassens Siches,²² nos proporciona el siguiente concepto que se debe considerar como fundamental: "La persona jurídica individual consiste, pues, en el común término ideal de referencia o imputación de todos los actos que forman los contenidos de esa parte del orden jurídico. El concepto de persona individual es la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre; es la porción del ordenamiento jurídico que los establece, concebida como un sistema parcial sobre la base de un punto o centro común de imputación de tales deberes y derechos".

Con estas premisas, nos encontramos ya, en la posibilidad de puntualizar la esencia jurídica de la protección de los datos personales automatizados. Persona desde el punto de vista filosófico y persona jurídica individual, implican que toda persona representa algo único e irrepetible, cada una de las situaciones de la vida son algo singular que se produce una sola vez en el espacio y en el tiempo. Cada ser humano es idéntico a sí mismo. Ello solo es posible si los hechos realizados por cada persona se desarrollan en completa libertad, asegurada esta por el orden jurídico, porque permiten a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida de acuerdo con sus propios valores, bajo el dictado de su

²¹ Luis Recassens Siches, op.cit. P. 266.

²² Id.op.cit.p.267.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

personal vocación. "Porque soy libre soy idéntico a mi mismo. La libertad no es un atributo o un predicado perteneciente, de alguna manera, al hombre considerado en su esencia. Ella es el ser mismo del hombre por lo que en última instancia, decir 'soy libre' es decir soy yo. No obstante, como señala Jasper, si bien por obra de la libertad puede cada ser humano llegar a ser 'el mismo' solo por la mediación de los 'otros' conquista y afirma su libertad. La libertad, la comunicación, la interioridad, el sentido temporal histórico de la existencia humana se constituye en tema central de la meditación filosófica de nuestro tiempo".²³

La estructura filosófica y jurídica de la persona, sin perder las características que lo individualizan, debe convivir con los demás integrantes de la sociedad y que solo puede ser comprendido dentro de ésta. Ambas dimensiones se hallan indisolubles en la estructura existencial del hombre "de ahí que *Lepp* pueda decir que, 'por paradójico que parezca, más que en mi soledad soy yo mismo en él nosotros, que resulta de la comunión de los demás'. Es en el otro y por el otro que me realizo como persona y aprendo a conocerme a mismo".

Para concluir este párrafo podemos decir que: identificar a un sujeto significa la posibilidad de verificar los caracteres que permiten distinguir a una persona de todas las demás, es decir, de individualizarlo sobre la base de un conjunto de caracteres, de datos, muchos de los cuales aparecen en los registros estatales públicos. Pero debe quedar claro que la identidad de una persona, incluye un conjunto de valores morales y éticos que definen o individualizan a cada sujeto.

²³ *Idem.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La ciencia jurídica, especialmente la europea, ha tratado ampliamente el tema y lo han sometido a la práctica en diversos instrumentos legales. En nuestro país, el tema ha sido poco discutido, pero podemos encontrar algunos trabajos que se deben tomar en cuenta, por ejemplo Luis Manuel C. Meján establece el bien jurídico a proteger a partir del derecho a la intimidad y lo incluye en ese concepto, para concluir "La intimidad es el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quién le da acceso al mismo, según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita".²⁴ Si bien es cierto, el Derecho a la intimidad debe ser uno de los instrumentos para proteger los datos personales automatizados.

2.3.1. DERECHO A LA INTIMIDAD O A LA VIDA PRIVADA.

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 limita 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 de un considerable grado de interés público que aconseje o incluso exija su

²⁴ Luis Manuel C. Meján, op.cit p.87.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

difusión, ya sea en razón de las personas que los protagonizan, ya sea de las acciones o eventos de que se trate.

Si se distingue entre otros 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 reconocido. Sin embargo, el hecho de que la legislación de diversos países establezca límites al acceso de dichos archivos y a la difusión de datos obtenidos en ello 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 a ámbitos que pueden todavía considerarse vida privada de las personas, habida cuenta de que su conocimiento tiene interés solo bajo ciertos aspectos, en determinadas circunstancias y por ciertas personas que a veces pueden ser únicamente funcionarios de Estado.

La doctrina europea y la norteamericana han sido profusas en el tratamiento del tema. Pablo Lucas Murillo de la Cueva²⁵ concluye; a partir del *Informe Younger* sobre la intimidad publicado en Inglaterra en julio de 1972, que hace dos distinciones:

- a) La intimidad "física", que supone "Libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia o relaciones", y
- b) La intimidad informativa, que es "el derecho a determinar por un mismo cómo y en qué medida se puede comunicar a otra persona información sobre uno mismo".

²⁵ Pablo Lucas Murillo, "La protección de los Datos Personales ante el uso de la Informática" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 15, 1990. Madrid, España. P. 87.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este segundo inciso es el que el autor en comentario toma en cuenta para definir el bien jurídico y afirma que para 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 tendrá por objeto preservar la información individual (intima y no intima) y que comporta para el particular el control sustancial sobre la utilización de sus datos personales.

Otra concepción del bien jurídico a proteger se forma a partir del Derecho a la intimidad, formulando ésta, como pretensión (de un individuo, grupo o institución) de determinar por sí mismo cuando, cómo y en qué grado puede comunicarse a otra persona información sobre él. Considerando que la protección de la esfera de la vida privada puede clasificarse como protección de la información. Definición congruente con la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 15 de diciembre de 1983, que configuró el derecho a la *autodeterminación informativa*; pronunciada en el sentido de que es “la facultad del individuo derivada 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.”²⁶

Se puede decir que existen dos grandes grupos de doctrinas o tendencias en la explicación del concepto de intimidad: la teoría del mosaico y de las esferas.

²⁶ Carlos Ruiz Miguel, “En torno a la Protección de los Datos Personales Autorizados”. Revista de Estudios Políticos. Nueva Epoca., Núm. 84, abril - junio, 1994. España.



2.3.2. TEORIA DEL MOSAICO.

Madrid Conesa²⁷ ha postulado *la teoría del mosaico*. Estima lo privado y lo público como conceptos relativos, en función de quien sea el otro sujeto en la relación informativa, y existen datos a *priori* irrelevantes desde el punto de vista del Derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, aparentemente irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que por sí solas, no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado.

2.3.3. TEORIA DE LAS ESFERAS.

De las teorías más importantes entre los tratadistas más difundidos (Roberto Toniatti) es la de la *teoría de las esferas*²⁸; que considera al ser humano como centro de actividad alrededor del cual se desarrollan varios círculos concéntricos, lo íntimo corresponde al círculo concéntrico más interno y lo privado a un círculo más amplio.

Se distingue entre intimidad en sentido estricto y privacidad o lo privado en sentido más amplio como ámbitos diferentes pero consecuentes: lo íntimo sería un concepto estricto de dimensiones propiamente individuales y lo privado sería un ámbito que, abarcando lo último, lo supera. Carlos Ruiz Miguel acepta como válida la definición de intimidad como la pretensión (de un individuo, grupo o institución) de determinar por sí mismo cuándo, como y en qué grado puede comunicarse a otra persona información sobre él.

²⁷ Fulgencio Madrid Conesa. *Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*, Valencia. Universidad de Valencia, 1984, p. 45

²⁸ Id. Op. Cit. P.239.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.3.4. CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON RESPECTO AL TRATAMIENTO INFORMATIZADO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

El Convenio²⁹ para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Informatizado de Datos de Carácter Personal, hecho por el Consejo de Europa el 28 de enero de 1981, que entró en vigor el 1 de septiembre de 1985, es el instrumento jurídico que define puntualmente el bien jurídico en estudio; en el artículo 2, prescribe:

"Definiciones

A los efectos del presente convenio:

- a) .- 'Datos de carácter personal' significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable ('persona concernida');
- b) .- 'Fichero automatizado' significa cualquier conjunto de informaciones que sean objeto de un tratamiento automatizado;
- c) .- Por 'tratamiento automatizado' se entiende las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: Registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión";

La definición del dato personal se puede extender aún a otras informaciones que aparentemente no son parte de los atributos de la personalidad o de los actos jurídicos realizados de manera cotidiana; tal como lo considera la *Privacy Act* de los Estados Unidos de 1974 que utiliza el

²⁹ En adelante "El Convenio Europeo de 1981.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

término *record* para expresar un “elemento singular, o un conjunto de informaciones, en manos de una agencia federal, referida a un individuo y que comprenden aún sin limitarse a ello, datos, sobre el grado de instrucción, las actividades financieras, el historial clínico, judicial o la carrera profesional, y que contengan el nombre o bien un número, un símbolo u otro particular, como por ejemplo las huellas digitales, los tonos de voz o fotografías que permitan la identificación del individuo”.³⁰

Roberto Toniatti establece que existe una categoría denominada “datos personales sensibles, que se ubican en una esfera íntima subjetiva de particular delicadeza y formalmente por algunos requisitos reforzados que limitan la libre adquisición y circulación. Los datos sensibles son aquellos que más directamente se refieren a la esfera personal e íntima, sea a la titularidad de los derechos fundamentales de libertad, como son: el origen racial, las opiniones políticas, convicciones religiosas, estado de salud, vida sexual y condenas penales. A la manera de *la teoría de las esferas*.

La categoría de datos supersensibles o sensibilísimos; de los que se llega a excluir al mismo sujeto interesado del acceso directo y de la actuación de los típicos instrumentos de control dirigidos al derecho de conocimiento, corrección, cancelación, olvido, entre otros. Son esencialmente datos personales clasificables desde el punto de vista material como datos ordinarios y sensibles que se clasifican ulteriormente por su presencia en archivos destinados a finalidades de orden particular y de valor prominente, entre los que destacan la protección del orden público, de la seguridad nacional y de la intimidad en materia sanitaria. Datos correspondientes o clasificables dentro de *la teoría del mosaico*.

Atendiendo al uso y destino de los datos personales podemos establecer los ordinarios” que serían los que de manera residual no

³⁰ Roberto Toniatti, *op.cit.* p. 133.

pertenecen a las categorías mencionadas y existirían otros datos que se denominarían como “irrelevantes” que podrían excluirse de los instrumentos jurídicos de regulación de datos personales.

2.4. LOS SUJETOS EXISTENTES EN LA RELACIÓN JURÍDICA.

2.4.1. EL SUJETO ACTIVO.

Las legislaciones modernas reconocen al individuo como parte integrante e, incluso, fin de la sociedad política, entendiéndose a sociedad e individuo en términos indisociables. Cuando los individuos se sienten amenazados en sus libertades personales protestan con energía, trátase en el ámbito de sus libertades políticas o civiles. Reconociendo que la afirmación de los derechos o libertades, que originalmente pertenecen a los individuos y contra los cuales no tiene poder el Estado, poseen un alcance filosófico más profundo que el movimiento a favor de la libertad política, y que da sentido al derecho, en especial, al constitucional clásico, dotando a los individuos de garantías para que se hagan realidad esos derechos.

Desde el punto de vista filosófico encontramos su sustento en el origen de la cultura cristiana, como idea de la dignidad humana bajo el argumento “el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios”³¹ y en el Nuevo Testamento tiene su máximo alcance “en virtud de la fe en Jesucristo como Redentor de todos los hombres y de todos los pueblos. En Jesucristo tiene la humanidad su origen común, así como tiene su destino común. Para quien cree en Jesucristo, no hay “ni judíos ni griegos, ni esclavos ni libres, ni hombres ni mujeres” sino que en la fe todos son los mismos, identificados con Cristo, en el cual se hizo manifiesto el verdadero ser de Dios

³¹ Según cita de Luís Recassens Siches, op. cit. p. 548.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conjuntamente con el verdadero ser del hombre".³² En otras culturas, como la china, se declaraba que lo más importante es el hombre. En la Grecia clásica se reconocía "que el hombre no es una cosa ciegamente subordinada a fines o poderes extraños, sino que, por el contrario, constituye el ser que mediante el ejercicio de su razón natural puede lograr la meta de una vida buena. El hombre es una criatura que se singulariza por su mente racional gracias a la que es capaz de un conocimiento de las verdades más altas. Esto refiere al hombre su dignidad propia y lo hace notoriamente superior a todos los demás seres vivos de la Tierra. Recordando que en aquella época, se consideraba que había hombres que no tenían derecho alguno: los esclavos.

"En la Antigüedad clásica, solo la filosofía estoica, sobre todo en sus desenvolvimientos romanos - Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio- formó una idea universal de la humanidad, es decir, de la dignidad esencial de todos los hombres en cuanto a la dignidad que corresponde a cada una".

Kant, en la Edad Moderna, presenta la idea que la dignidad del hombre reconociendo un "ser que tiene fines propios suyos que cumplir por si mismo, o, lo que es igual diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara, el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios".

Rudolf Stammler,³³ establece los principios "para facilitar la formación del Derecho justo en cada situación histórica:

1. Principios de respeto recíproco:

³² Idem.p. 549.

³³ Según cita de Luis Recassens Síches, op. cit. p. 551.

- a) El querer de una persona, es decir, sus fines y medios, no deben nunca quedar a merced del arbitro subjetivo o capricho de otra persona.
- b) Toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo, es decir, como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios, que es un fin en sí mismo, y nunca como un medio para fines ajenos.

2. Principios de la participación:

- a) Nadie debe jamás ser excluido de una comunidad o de una relación jurídica por la decisión arbitraria o mero capricho subjetivo de otra persona.
- b) Todo ser jurídico de disposición concedido a una persona, al excluir a otra persona, deberá hacerlo solo de tal modo que el excluido subsista como un ser con un fin propio, es decir, como una persona con dignidad, y jamás como un mero medio para los demás, o mero objeto de derecho subjetivo de los demás”.

Como consecuencia de estas ideas, históricamente los diversos movimientos constitucionalistas son portadores de diversas reivindicaciones a favor de la libertad del individuo. La Carta Magna de Inglaterra del 15 de junio de 1215 donde el rey se comprometía a respetar las libertades individuales, como seguridad individual, libertad de comercio, se comprometía a no recaudar impuestos que no fueran aprobados por el Consejo, que gobernaba junto a él, compuesto de pares laicos y eclesiásticos; estos derechos se reafirmaron en la Petición de Derechos de 7 de junio de 1628 y en el *Bill* de derechos de 13 de febrero de 1698.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En los Estados Unidos, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de fecha 12 de junio de 1776, es afirmación de las libertades individuales y la de derecho de todo ciudadano a participar en el gobierno.

La Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 enuncia la definición de la libertad en general y la enumeración de diversas libertades individuales. Las revoluciones Inglesas, Norteamericanas y Francesas fueron, además fuentes de inspiración de los movimientos constitucionalistas que llevaron a la implantación de la democracia liberal en muchos otros pueblos, en Europa, en Hispanoamérica y en otros continentes, parten del supuesto de la creencia en unos derechos fundamentales del hombre, que están por encima del Estado y tienen un valor más alto que éste y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos. Cuando la doctrina "habla de 'derechos del hombre' lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor, para que el orden jurídico positivo emita preceptos que vengan a satisfacer esas exigencias".³⁴

Bajo este contexto, se puede afirmar que la protección de los datos se articula a toda persona humana, en el marco doctrinal que se inscriben los derechos fundamentales de libertad que prescribe la doctrina mundial, como producto de la libertad de decidir en general, y particularmente de decidir, por parte de la persona, el uso y destino de los datos personales, siendo el sujeto activo en el goce del derecho en estudio.

Restaría solo mencionar, si es que las personas jurídicas colectivas son sujetos activos de este "nuevo derecho". En este sentido, Pablo Lucas Murillo y Antonio Enrique Pérez - Luño se pronuncian por incluirlas como sujetos activos, con el argumento de que son instrumentos de los que se valen los

³⁴ Id. Op.cit.552.



hombres para alcanzar determinados fines que de otra forma sería difícil alcanzar, en contraposición de argumentos que suponen que se deben excluir, pero estos supuestos no son materia de este trabajo.

2.4.2. EL SUJETO PASIVO.

La historia de la lucha por alcanzar las libertades y garantías individuales es el de la lucha del individuo contra el poder de Estado, al hombre se le debe garantizar su libertad en todos aspectos, las diversas libertades individuales suponen límites al poder del Estado. Se trata de la limitación de una soberanía por otras soberanías; la soberanía del Estado esta obligada a transigir con la soberanía de los individuos.³⁵

Se ha explicado la utilización de las nuevas tecnologías por parte del Estado, como instrumento de control social.³⁶ En este sentido se han pronunciado diversos órganos internacionales, "En septiembre de 1970 la UNESCO decidió solicitar a la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, la elaboración de un informe de Derecho comparado sobre el derecho a la vida privada. El estudio mediante entre sus conclusiones la afirmación de que la mayor y más decisiva amenaza para la vida privada es el registro, la memorización y la diseminación de informaciones de carácter personal mediante las computadoras.

Asimismo, la Resolución 428 de la Asamblea Consultiva, del Consejo de Europa sobre *mass media* y derechos humanos (de 23 de enero de 1970) había declarado que allí donde se hallan instituidos bancos de datos de carácter regional, nacional o internacional, el individuo no puede quedar

³⁵ Andre Haoriu, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Trad. José Antonio González Casanova, Editorial Ariel, España, 1971, p. 211.

³⁶ *Infra*, pp. 1 a 5.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

enteramente expuesto y transparente por la acumulación de informaciones relativas incluso a su vida privada. Los bancos de datos -según la citada Resolución- deben restringirse al mínimo necesario de información indispensable para fines fiscales, programas de pensiones, seguridad social y materias análogas".³⁷

En este contexto surgen los diversos ordenamientos que definen al Sujeto Pasivo de la relación jurídica en estudio, la normativa vigente, especialmente la europea centra su atención en los poderes públicos; documento importante es el *Convenio Europeo de 1981* en que se identifica de manera clara al sujeto pasivo en estudio; en su artículo 2:

"Definiciones

A los efectos del presente convenio:

a)... d) autoridad 'controladora de fichero' significa la persona física o jurídica, la autoridad pública, el servicio o cualquier otro organismo que sea competente con arreglo a la ley nacional para decidir cual será la finalidad del fichero automatizado, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuales operaciones se les aplicarán".

Y en este sentido, la Constitución Española de 1978 se presenta como "adelantada" en materia de control informático, con dos artículos: el 18.4 "La ley limitará el uso de la informática para garantiza el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Y él más general 105 b) "la ley regulará... el acceso de los cuidados a los archivos y registros administrativos, salvo lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos e intimidad de las personas".

³⁷ Según cita de Antonio Enrique Pérez - Luño, p. 32.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para instrumentar el mandato constitucional descrito surge la ley 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante LORTAD), que Castells Arteché³⁸ considera como "muy compleja, por atender a las vicisitudes de una innovación tecnológica de punta, así como carente de una praxis aplicativa real, a lo que se debe sumar la escasez de contenciosos en esta materia, en cuanto aparente aceptación difusa, pasiva y acrítica del fenómeno informático", pero no es esto óbice para que este ordenamiento nos proporcione elementos de estudio; esta ley considera como sujetos pasivos en un primer nivel (no expresamente) a todas las personas jurídicas e individuales que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos personales.

En un segundo nivel, más riguroso, todo el responsable de un fichero automatizado de datos de carácter personal, es decir toda persona física o jurídica pública u órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos, imponiendo a estas diversas obligaciones según su nivel.

Sobre la base del estudio de Roberto Toniatti, de derecho comparado, se puede destacar entre sus conclusiones que en Francia el sujeto pasivo tiene una acepción muy amplia refiriéndose a archivos públicos en general en donde se toma al sujeto que recoge los datos por cuenta del Estado, de un ente público, de un ente territorial, o de una persona jurídica de derecho privado que gestiona un servicio público, precisando que cuando se refiere a "por cuenta del Estado se debe entender³⁹ que implica la extensión de la disciplina prevista para el sujeto público no solo a toda actividad de tratamiento de automatización de datos personales llevada a cabo por

³⁸ José Castells Arteché. "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: Análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre", en Revista Vasca de Administración Pública, N.39, 1994, Oñati Guipúzcon, España, mayo-agosto, p.249

³⁹ Roberto Toniatti, op.cit.pp. 139-162.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sociedades de servicios privados por cuenta de cualquier institución pública del Estado y de los entes locales, sino a aquella actividad realizada directamente por una multiplicidad de sujetos como las empresas públicas, el Banco de Francia, los entes de asistencia y previsión, los colegios profesionales las federaciones deportivas, los entes concesionarios como, en particular, los hospitales privados que hayan optado por la participación en el servicio público.

De manera tal que la legislación mundial del tema así como los tratadistas tienen en cuenta que; el derecho público subjetivo en donde el elemento activo es el derecho del particular, el sujeto pasivo de la relación es el Estado.

Así podemos decir que para llegar a obtener la tutela del derecho que nos ocupa es necesario que exista un derecho que proteja el interés de una persona jurídica particular frente al interés colectivo del Estado, que tenga como objetivo que mediante el poder conferido a la voluntad de aquella persona o de la que conforme a la ley la sustituya, para lograr que el Estado emita un acto de tutela de aquel interés, o para obtener la eliminación de aquel acto estatal ya emitido incompatible con la situación favorable al titular de ese derecho. Por lo tanto existe la necesidad, de la formulación de un derecho público subjetivo con las respectivas leyes para instrumentarlo, que prevenga la tutela de los datos personales sometidos a archivos automatizados. De otra manera las consideraciones vertidas carecen de trascendencia y no tendría objeto intentar definir los sujetos de una supuesta relación jurídica.

Por lo tanto se puede concluir este capítulo enunciado, basándose en la teoría y legislación internacional, principalmente europea que el sujeto activo de este derecho es la persona jurídica individual, tal como se explicó en el parágrafo anterior, el sujeto pasivo de este "nuevo derecho" es en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sentido amplio el Estado en general como el ente encargado de recoger la información necesaria para cumplir sus fines de interés colectivo, incluidos los datos personales; y concentrarlos en diversos registros públicos informatizados o no.

En sentido estricto, el sujeto pasivo es toda persona jurídica individual o colectiva, responsable de un fichero automatizado de datos de carácter personal y que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de datos, con diversas obligaciones según su intervención.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO III. PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS.

Se ha analizado que los nuevos adelantos tecnológicos determinan las relaciones sociales, que muchas veces escapan a criterios tradicionales de libertad de información, de expresión o derecho a la información, por lo tanto reclaman un enfoque jurídico distinto, si bien, no escapan totalmente a los principios tradicionales, bajo estas premisas se enuncian a continuación la forma en que deben ser estructurados los principios jurídicos generales en el tratamiento informatizado de los datos de carácter personal.

3.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA RECOPIACION DE DATOS PERSONALES.

La regulación de el tratamiento informatizado de datos, tiene relevancia dentro de las garantías de libertad, las garantías de orden jurídico y la garantías de legalidad. Las primera se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana para realizarse vital, individual y socialmente; la segunda se refiere al conjunto de estructuras y funciones de los órganos públicos que precisaran las facultades y atribuciones del poder publico en el tratamiento de datos, que implica, también la garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de sus libertades. La tercera se refiere a las formas y procedimientos a que debe sujetarse la autoridad para que, de manera lícita, pueda irrumpir en el campo de la persona o para hacer respetar el orden publico, es decir un principio de legalidad para el tratamiento de datos personales informatizados, en un supuesto derecho fundamental de la persona humana.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para poder instrumentar el principio de legalidad en la recopilación de datos personales es necesaria una norma constitucional que preceptue que el dato personal es un bien jurídico fundamental como atributo de la personalidad del individuo, garantizando su protección a través de la seguridad jurídica que deben brindar los órganos del Estado en el tratamiento de los mismos y finalmente instrumentar los medios jurídicos para cumplir una relación de derechos y obligaciones, en consecuencia de responsabilidad de los sujetos implicados.

Algunos casos nos proporcionan las reglas del juego a seguir:

En el caso español la norma constitucional que protege el dato personal es la contenida en el artículo:

" 18.4. La ley limitara el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"

Este precepto da origen a la Ley 5/92, "Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal"(LORTAD). Es una ley programática que responde a la necesidad de regulación y protección de parte muy importante de los derechos de las personas, deja buena parte de su contenido esencial y práctico en manos de una posterior reglamentación.

El antecedente inmediato del precepto constitucional español lo encontramos en el artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, que establece:

"1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos, acerca de ellos y de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su utilización.

2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de los datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de elaboración de datos no identificables para fines estadísticos."

Este precepto constitucional da origen a la Ley 10/91 de Protección de Datos Personales Informatizados, que consta de 45 artículos, contenidos en nueve capítulos, en ellos se incluyen las disposiciones transitorias. El principio general en que se funda la norma portuguesa, es imponer el uso transparente de la informática, con un estricto respeto de la vida privada, familiar así como de los derechos libertades y garantías fundamentales de los ciudadanos.

Sabemos que tradicionalmente, el Estado maneja innumerables archivos públicos, con fines estadísticos, censales, de propiedad de los ciudadanos, con motivos salud pública, etc., este almacenaje de datos se llevaba a cabo a través de libros, fichas, microfichas o papelería en archivos tradicionales, los juristas no discutían la legitimidad o la legalidad de que el Estado administrara archivos públicos formados por datos personales, solo algunas veces se cuestionaba su uso. En este contexto surgen los archivos informatizados de datos personales; en un principio tampoco se cuestiono su existencia y continuaron operando bajo las reglas de los antiguos archivos.

Por lo tanto, la discusión se centra principalmente en la legalidad de la recopilación de los datos por parte de órganos públicos o particulares y no tanto en la legalidad o legitimidad de que el Estado en general o los particulares posean o no bases de datos. En ese sentido se ha planteado la cuestión del tratamiento de datos, siendo que, el primer momento en que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

este se desarrolla en la recogida de datos, es decir, quienes pueden recopilar esos datos.

Las soluciones que se planearon en el derecho comparado, son en el sentido de exigir que quien desee crear bases de datos, tanto particulares como organismos públicos, se inscriban en un registro creado para tal efecto y así desarrollar lícitamente tal actividad; principalmente mediante dos formulas:

a) En la Legislación Federal de los Estados Unidos se puso en práctica el principio según el cual "todo esta permitido salvo lo que esta prohibido"⁴⁰ es decir, cualquier particular puede instituir un registro de datos de acuerdo a su actividad económica siempre y cuando sea lícita, sin existir una autoridad pública que la controle o restrinja, los derechos de los ciudadanos bajo estos registros se tutelan a través de los jueces. La protección legal se extiende sin distinción substancial a todo tipo de registros de datos de carácter personal sobre la base de una protección amplia y liberal de la privacidad, reguladas en la *Privacy Act* norteamericana. Es sin duda ese país en donde la tecnología informática se ha desarrollado de manera comercial mas intensa, una verdadera sociedad de la información; la *R. L. Polk de Detroit* "había almacenado en 1972 datos personales sobre 130 millones de personas, que tras su adecuada programación, podían ser transmitidos a sus clientes en mas de diez mil aspectos diferenciados (por edad, profesión, ingresos, automóvil, vivienda, poseidos etc.). Otras sociedades de información comercial, como la *Credit Data Corporation* y especialmente la *Retail Credit Company* de Atlanta, poseen *dossiers* muy completos sobre mas de 50 millones de personas. En su conjunto las informaciones procesadas por las *credit agencies* afectan a mas de 100 millones de personas."

⁴⁰ Vittorio Frosini . "Bancos de datos y tutela de la persona," en Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, No. 30, Noviembre -Diciembre, España, p.30.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) Por otro lado, la Ley Alemana utiliza la regla de que el procesamiento de datos personales "esta prohibida, salvo cuando esta permitida" por una autorización expresa del poder público. El Estado tutela los derechos del ciudadano a través de un órgano, quien también lo garantiza frente a los órganos estatales encargados de la administración de los bancos de datos.

Estos se regulan a través de un sistema de autocontrol del propio responsable del fichero o de la empresa que lo gestiona, mediante una especie de auditor o contralor interno independiente, tendencia a las que se han alineado las últimas leyes europeas promulgadas. (Finlandia, Irlanda, Holanda y Portugal).

Por supuesto para que se admita el registro es necesario que se declare la identidad del responsable, las características del sistema que se utilizará, el propósito del registro y la forma de tratamiento de datos y su tipo. Existen distintos niveles de control dependiendo de las características del propio registro y de su responsable. Resulta ejemplar la ley sueca⁴¹ por ser la primera que preceptúa que el registro podrá ser negado a los privados teniendo en cuenta la calidad de datos "sensibles", es decir los que se refieran de manera sensible a la privacidad personal, esta ley facultaba al órgano de control solo a la manera de consultor de las autoridades públicas encargadas del tratamiento de datos.

Se pueden dar los supuestos para que la reglamentación de instituir bancos de datos, sea para el sector público y el privado o una reglamentación particular a cada sector. Las leyes de Suecia, Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda, conciernen solo a la Administración Pública; las de los demás países se refieren de manera similar a la primera fórmula.

⁴¹ 38 Ibid p. 34.

Existe mayor variedad, en la composición del órgano de control competente para la protección de los datos, la solución mas utilizada es un órgano instituido por el parlamento con poderes reglamentarios y de inspección; aunque de manera particular la ley de *Hesse* creo la figura de un magistrado encargado de la vigilancia pero sin intervención directa, modelo utilizado por la República Alemana y sus *Lander*, de manera similar en Canadá que creo un *Privacy Commisioner* con deberes similares y forma parte de una comisión.

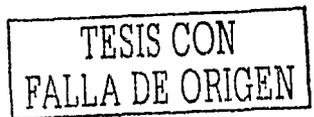
En la recogida de datos es pertinente distinguir entre los que se refieren a:

- a) Datos referidos a la persona, susceptibles de recogida y elaboración en forma no individualizada, en forma no anónima; y
- b) Los que se refieren a fines estadísticos.

De esta forma, debe enterarsele al sujeto activo de la finalidad de la recogida de datos y bajo esta advertencia emitir su consentimiento, o no, para realizarla.

En resumen, los países que no cuenta con este tipo de ordenamientos jurídicos, deben integrar a sus legislaciones prescripciones similares, en base a una política estatal orientada y comprometida con el Estado Social de Derecho, que debe contar con una amplia base de informaciones elaborada a partir del proceso automatizado de datos. Los límites legislativos que esa política impone, deben respetar los siguientes principios⁴²:

⁴² Antonio Enrique Pérez Luño, "La Protección de la Intimidad en la Constitución Española de 1978" en Revista de Estudios Políticos. Nueva Epoca, No. 9, Madrid España, p.165.



- a) Claridad normativa, es decir, inteligibilidad por los destinatarios de las medidas restrictivas, del alcance que pueden revestir para el ejercicio de sus derechos, así como de las razones que los motivan ;
- b) Proporcionalidad de la restricción, que exige circunscribirla a lo que es indispensable para el interés general;
- c) Adecuación de los medios a la finalidad, perseguida por los procesos de documentación e información; y
- d) Garantías organizativas que eviten la ulterior interrelación indebida de los bancos de datos , porqué los nuevos avances tecnológicos en el tratamiento automatizado de la información y la elaboración estadística, hacen que hoy no exista ningún dato "sin interés".

Es conveniente anticipar que en el derecho comparado es una constante la prohibición general de la atribución a cada ciudadano de un número o clave única nacional de registro para todos los archivos, por ejemplo la Constitución Portuguesa de 1976 tras su reforma de 1982, y la Constitución Española vigente según sus artículos 18 y 105.

Otra previsión de suma importancia esta en la legislación francesa⁴³ que preceptúa que ninguna decisión judicial, administrativa o privada que implique valoración del comportamiento humano puede tener como fundamento una elaboración automatizada de las informaciones de las que resulte una definición del perfil y de la personalidad del interesado.

Integrando estas previsiones es como se puede dar el primer paso para un correcto tratamiento de los datos personales, sin que se sufra un detrimento de las libertades y dignidad de las personas frente al poder

⁴³ Idem.

informático de el Estado. Existen otros principios reguladores mas particulares que se trataran a continuación.

3.2. CONCENTRACIÓN AUTOMATIZADA DE LOS DATOS PERSONALES POR LOS SUJETOS PASIVOS.

Es evidente que al recoger los datos personales se concentran en un "banco de datos" o "base de datos"⁴⁴ informatizado, definido como un conjunto o compilación electrónica de datos que pueden ser obras u otros componentes: materias, elementos, materiales. Este conjunto o compilación esta articulada lógicamente con otros *corpus* como *thesaurus*, *lexico* o *index*, etc., de los cuales es funcionalmente inseparable. Este concepto se aplica de manera general a diversas bases de datos con distintas aplicaciones y también de manera general se aplica a los bancos de datos personales, pero de manera particular la legislación europea utiliza el termino "fichero automatizado" para referirse de manera particular a los bancos de datos automatizados de carácter personal.

El "Convenio Europeo de 1981" prescribe entre sus definiciones importantes la de "fichero automatizado"⁴⁵. El mismo termino es utilizado por las leyes, tanto Española y Portuguesa, 5/92 y 10/91 respectivamente.

Ahora bien, en general, el objetivo de crear una base de datos es⁴⁶:

⁴⁴ Michel Vivant. "Recopilaciones, Bases, Bancos de Datos, Compilaciones, Colecciones, ¿La noción inhallable? A propósito y más allá de la proposición de la directiva europea", en Derecho de Alta Tecnología. Año VIII. No.87 Noviembre, 119, Buenos Aires, Argentina p.21.

⁴⁵ *Infra*. pp.22 y 23.

⁴⁶ Carlos Delpinzzo. "Apreciación Jurídica de las Bases de Datos Geoespaciales", en Derecho de Alta Tecnología. Año IX, No. 105, mayo 1987, Buenos Aires, Argentina p. 21.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- a) la función de producción, que consiste en la constitución, a partir de informaciones primarias, de un conjunto de datos interrogables por vía informática;
- b) la función de difusión informática, que consiste esencialmente en una puesta a la disposición del público del banco, técnicamente accesible a través de terminales;
- c) la función de comercialización o de distribución, que es la función más clásica, comprende la promoción del producto (publicidad, contactos con la clientela, etc.) la conclusión de contratos, la formación de clientela, la facturación o la recaudación; y
- d) la función de transporte, que consiste en encauzar informaciones a través de las redes de telecomunicaciones.

De manera análoga un fichero automatizado de datos de carácter personal, no tendría algún obstáculo para perseguir estos objetivos y los de estadística, control de usuarios de los servicios públicos, recaudación de impuestos, policiales o simple control social entre otros usos inherentes a la actividad Estatal; los usuarios de estos bancos de datos serían principalmente sus órganos de la Administración Pública.

Una vez que los datos se encuentran en un archivo de estas características, por elemental o pequeño que este sea, se puede encontrar a disposición de otros bancos de datos, concentrarse en los más amplios, conteniendo informaciones de carácter personal de diversos archivos e incluso sin obstáculo para que exista un archivo con todos y cada uno de los datos concernientes a un individuo, por ejemplo que contenga datos sobre nombre, edad, domicilio, religión, números telefónicos, cuentas bancarias, informes fiscales, educación, filiaciones políticas, historia clínica, posesiones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de inmuebles, vehículos, negocios, ingresos, egresos, deudas, créditos, aparatos electrodomésticos, incluso los lugares donde asiste regularmente y cualquier dato que pueda ser procesado por algún medio electrónico, como pagos con tarjeta bancaria en restaurantes, hoteles, espectáculos, centros comerciales, etc. y entre otros datos los horarios en que se podrían realizar todas estas operaciones y una larga lista que se podría detallar, provocando lo que se ha denominado como "síndrome de pez rojo"⁴⁷

Mediante los medios tradicionales de manejo de información, al transcribirla durante su ciclo de distribución, se convertía en fuente significativa de errores y como consecuencia en demoras, reclamaciones administrativas, correctivas y costosas, al provocar rectificaciones de información por medios tradicionales. Como respuesta, la informática provee un medio mas rápido, preciso y sin errores en la comunicación, surge, entonces, el intercambio electrónico de datos, como la manera mas efectiva de sustituir al correo, al teléfono y al fax para el intercambio y concentración de la información, en instrumentos con una capacidad de memoria prácticamente ilimitada.

El intercambio electrónico de datos es la comunicación de información estructurada de computadora a computadora y de aplicación a aplicación, utilizando un formato estándar para los documentos entre las empresas e instituciones. En lugar de preparar y enviar documentos a través del correo u otros medios tradicionales, se intercambia información entre los sistemas de computación, almacenándolos en memorias inmensas de bases de datos, proceso que puede desarrollarse en fracciones de segundo, de manera indefectible.

⁴⁷ "Síndrome con el que se alude a la situación de quién se encuentra constantemente sometido a observación por parte de los otros" Roberto Tonniati *op. Cit.* p. 161.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto, el dato personal se presenta como susceptible de posibles abusos en su concentración, por parte de los sujetos pasivos, aparentemente el afectado no cuenta con medios jurídicos efectivos contra la concentración ilícita de sus datos personales. La LORTAD prevé, de manera análoga a otras leyes del derecho comparado, la figura jurídica de la "cesión de datos" consistente en un fichero que posee la información y la transmite a otro que la solicita, con la problemática que pueda darse el caso de cruce de datos y por otro lado, que con la propia cesión puede dar lugar a la utilización de los datos para un uso diferente para el que se ha recabado y perder el afectado el control de los mismos.

Para evitar este conflicto, se prevé que solo se pueden ceder los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado, para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y así mismo se exige el consentimiento del afectado; éste se excluye en una serie de circunstancias, cuando:

- a) La cesión de datos se produzca entre las Administraciones Públicas, cuando ejerzan las mismas competencias y sobre las mismas materias.
- b) La cesión puede llevarse a cabo cuando hubiere sido prevista por las normas de creación de fichero o por otras posteriores de igual o superior rango;
- c) La cesión de los datos de carácter personal que una Administración obtenga con destino a otra, es decir, cooperación entre Administraciones de acuerdo a la ley.

El artículo 19.1 de la LORTAD que contiene estos principios ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo y el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Grupo Parlamentario Popular, Españoles, al considerar que la cesión entre administraciones mediante reglamento, vulnera la institución de la reserva de la Ley, a la que se considera que esta sujeto el consentimiento de las personas para el tratamiento de sus datos personales.

El principio mencionado en el inciso c), se preceptúa en el artículo 19.2 de la LORTAD, pero se puede considerar que va en contra de la Ley Fundamental Española, toda vez, que no se exige ningún requisito al cesionario para obtener legítimamente la información, ni siquiera se le exige que demuestre su interés para el conocimiento de los datos cedidos. La Ley Orgánica excede lo preceptuado por la Constitución Española en su artículo 18.4.

En cuanto a la cesión de información personal entre ficheros de titularidad pública a ficheros de titularidad privada, en general sí exige el consentimiento en todos los casos, con excepción de, cuando la ley disponga otra cosa.

Sirva de guía lo dicho hasta aquí, en lo que se refiere a la concentración de datos, para su posible integración en algún sistema jurídico, entonces, ahora es pertinente, con estas premisas enunciar lo relativo al consentimiento del sujeto activo para el uso y destino de sus datos personales.

3.3. USO Y DESTINO DE LOS DATOS PERSONALES.

El "Convenio Europeo de 1981", prescribe de manera general las pautas a seguir para el legítimo uso y destino de los datos personales, en su artículo 5, preceptúa:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Calidad de los datos

Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

- a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;
- b) Se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades;
- c) Serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;
- d) Serán exactos y si es necesario puestos al día;
- e) Se conservarán bajo una forma que permita la identificación de la persona concernida durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

Los propósitos para los cuales son colectados los datos personales deben ser notificados a la persona, a más tardar en el momento mismo de su obtención, e idealmente obtener el consentimiento por escrito del titular del dato, el uso subsecuente de la información deberá estar limitado al cumplimiento de lo notificado al interesado. Cualquier posible cambio en el uso y destino de los datos debe ser especificado en el mismo momento de su colecta, es decir, el sujeto pasivo debe notificar si esos datos pueden ser cedidos a otros órganos de la Administración con objetivo similar al del banco original. Al transmitir los datos a otro banco deberá darse a conocer a los sujetos activos través de formas que pueden ser alternativas o complementarias; por ejemplo, mediante declaraciones públicas, notificación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

personal, legislación, decretos, actos administrativos o licencias otorgadas por el órgano de supervisión.

Si bien la LORTAD integra estos principios, en su artículo 4.2 preceptúa que "los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para que los datos hubieran sido recogidos" y podríamos decir que este debe ser un principio general de actuación de la Administración Pública, su desarrollo legal debe ser para determinar solo excepcionalmente en que casos no se aplica, utilizando también el principio general de extensión de la finalidad de los datos, sin contravenir a su destino original de recogida del dato.

Un buen ejemplo de los principios generales señalados hasta aquí lo constituye la aplicación y consideraciones con que se ha tratado en Argentina⁴⁸ la existencia de bancos de datos que contienen información de carácter mercantil. Al respecto se considera que un banco de datos privado mientras colecta, procesa o distribuye información pública, actuando con legitimidad y ponerlo a disposición de la ciudadanía dentro de un marco de confidencialidad adecuado, crea el fenómeno particular de potenciar y contribuir al efectivo conocimiento que se propuso el legislador sobre cierta información útil para el tráfico mercantil, coadyuvando a la vigencia del bien jurídico tutelado en el intercambio de datos: la seguridad.

En este sentido se considera que si el objeto del Banco de Datos es la de brindar información crediticia, comercial, patrimonial o de medios de pago en general, la recolección no podrá abarcar mas allá del campo que delimita el propio concepto. Se fija primero el concepto de "Información Comercial, Patrimonial y Crediticia", diciendo que es el conjunto de datos actuales e históricos, de fuente pública o privada, relativo al cumplimiento e

⁴⁸ Pedro Dubié, "Uso por terceros de información de acceso público irrestricto. Quid del consentimiento previo de la persona", en La Ley. Año LXIII, No. 217.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

incumplimiento crediticio, a la composición del patrimonio, y todo otro dato relativo a la concentración de negocios, como la capacidad de las personas". Así tenemos que el principio de Finalidad "del Banco de Datos es la asistencia informativa a las partes que se disponen a realizar una operación negocial, por lo general comercial, de contenido patrimonial, en la que habitualmente se establecen obligaciones crediticias, otorgándoles un mayor grado de conocimiento mutuo a fin de regular ciertos aspectos de negocio, tales como monto y condiciones de cumplimiento. Asimismo contribuye a prevenir la comisión de conductas no deseadas en el futuro que frustren las expectativas de lucro de las partes, permitiendo producir el riesgo propio y natural de la transacción y evitando eventualmente la posible comisión de fraude".

3.4. OBLIGACIÓN SOBRE SU DISCRECIÓN Y EXCEPCIONES.

Hemos observado hasta aquí que existe la capacidad de concentrar una cantidad ilimitada de datos de todas las personas en memorias automatizadas, constituyendo así un poder informático en manos en primer termino del Estado y posiblemente de los particulares. La difusión de la computadora personal y de las redes de conexión podría conducir virtualmente a una dispersión del "poder informático" y paradójicamente, a descentralizar enormemente la concentración de informaciones personales; esto en cuanto a la seguridad del Estado; pero desde el punto de vista de la persona, existe el peligro de poner en "circulación", al conocimiento de cualquier persona, datos personales "sensibles" en detrimento de su intimidad y privacidad personal.

Frente a esta realidad se aprecia, una vez mas, la asunción por parte del Estado el papel supremo regulador de toda la actividad de la gestión de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los bancos de datos. La discreción y reserva de los datos personales se sitúa en un área de intersección en el que confluyen una pluralidad de situaciones jurídicas; por ejemplo: la libertad para informar, la libertad para informarse y la libertad del silencio. El mismo contenido de la información resulta, muchas veces, objeto de reivindicaciones contrapuestas no sólo por parte de sujetos distintos sino también por parte del mismo sujeto. En este supuesto podemos mencionar la reivindicación del ejercicio público de la libertad de culto y del derecho a la intimidad frente a la circulación incontrolada de información a propósito de la pertenencia a una determinada organización religiosa; la reivindicación del derecho a la salud y el derecho de anonimato acerca del sometimiento a determinadas pruebas o tratamientos sanitarios.

La solución que han intentado diversas legislaciones aún no es definitiva puesto que por ser un fenómeno innovado recientemente no han sido evidenciadas todas sus consecuencias. Por lo tanto se ha establecido en diversas legislaciones, la obligación tanto al responsable del banco de datos como a sus usuarios, sean personas físicas o jurídicas, entes públicos o privados, de guardar secreto sobre el contenido de la información almacenada y a la que accedan en el desempeño de su actividad profesional, extendiéndose el deber de guardar secreto aun después de cesar en estas actividades, es decir, para siempre. Es lo equivalente a lo que en la práctica se le denomina como "secreto profesional"

Esta es la norma general en las legislaciones europeas, pero excepcionalmente no se aplica en casos específicos. La *Data Protection Act* inglesa establece, por ejemplo un régimen general de derogación de la disciplina ordinaria tanto para la grabación de archivos para el tratamiento automatizado de datos personales, y en lo que se refiere a la prescripción de los derechos individuales de control como, finalmente, a la aplicación del principio de intimidad en sentido estricto y por consiguiente la excepción de la prohibición de la comunicación a terceros de los datos personales, siempre

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que tal excepción corresponda a la finalidad de protección de la seguridad nacional o bien perjudique a la prevención y represión de los delitos, la captura o la acusación de los culpables o también la inspección o el cobro de impuestos. En España el artículo 22.1 de la LORTAD permite la información entre los bancos de datos cuando de no hacerlo se impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las administraciones públicas o cuando afecte la Defensa Nacional, Seguridad Pública o persecución de los delitos o infracciones administrativas. Esta permisión es aparentemente justificada en lo que se refiere a la Defensa Nacional, Seguridad Pública o persecución de los delitos, no así en cuanto al resto, que ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo, al considerar que ésta excepción no viene recogida en el Convenio 108 del Consejo de Europa, rebajando el contenido del derecho a la intimidad frente al uso de la informática. El Grupo Parlamentario Popular Español, también ha considerado que esta excepción concede un grado de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que lleva a contrariar el contenido del artículo 18.4 de la Constitución Española.

Se trata del principio de discreción en cuanto a la difusión de los datos y excepcionalmente su difusión tratándose de la seguridad nacional o la persecución de los delitos. Un buen ejemplo lo proporciona Mario G. Lozano⁴⁹ sobre el arresto del terrorista *Rolf Heissler*, ocurrido en Francfort en febrero de 1980. El *Bundeskriminalamt de Wiesbaden* partió de la constatación de que los terroristas tienden a no habitar en la vivienda alquilada como base y delegan, pues, en el dueño el pago de los recibos de la luz. Las sociedades que gestionan la electricidad de los distintos *Länder* tienen una contabilidad computarizada: en consecuencia, se solicitó la selección, de entre todos los clientes, de aquellos que hacían un doble uso, es

⁴⁹ Mario G. , Lozano. "Curso de Informática Jurídica". Madrid, Tecnos, 1987, p.85.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

decir, que pagaban dos recibos. Sobre esta primera selección de material se efectuaron otras operaciones, que llevaron a restringir el círculo hasta la individualización y el arresto del terrorista. Nada de ello se habría sabido si la sociedad de Hamburgo se hubiera negado a proporcionar la información con los nombres de sus usuarios, considerando que la de la policía era una injerencia indebida.

3.5. ACTUALIZACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE REGISTROS.

Dentro de las consideraciones de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en torno a la Protección del Flujo Transfrontera de Datos Personales y a la Seguridad de los Sistemas de Información del 23 de septiembre de 1980, fija en su parte dos dentro de los Principios Básicos de Aplicación Nacional, el Principio de Calidad de los Datos:

"8. Los datos personales deben ser relevantes para los propósitos para los cuales serán utilizados y, hasta donde sea requerido deberán ser precisos, completos y actualizados."

Así las diversas legislaciones sobre todo europea han conformado el derecho a la intimidad informática que ya hemos visto que incluye deberes positivos por parte de los poderes públicos en instituciones privadas que procedan al tratamiento automatizado de los datos personales, se ha entendido como calidad de los datos que comprende como ya lo hemos visto entre otros lineamientos la de finalidad de los datos; además se deberá atender a la necesidad de veracidad, exactitud y puesta al día de los datos; el deber de almacenamiento de los datos de forma que permita el ejercicio del derecho de acceso por medio del afectado, y el derecho al olvido o que no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puedan ser registrados ciertos datos adversos o la destrucción de registros que han dejado de cumplir su cometido para el que fueron recogidos.

Los datos recolectados deben ser verdaderos de tal suerte que no produzcan una falsa imagen de la persona. Por ello la legislación debe permitir el acceso del titular del dato para su verificación y obligar al responsable del banco de datos a observar una especial diligencia en orden a que la información personal de que disponen se corresponda en todo momento con la situación real del afectado, así como la puesta al día de esa información, cuando ello fuere necesario.

Estas consideraciones abren la posibilidad de que se pueda establecer la destrucción de los registros en general o de algún dato en particular. Se puede considerar para el caso de que el banco de datos ha cumplido el cometido para el cual fue creado. Así se ha prescrito en el artículo 20.4 de la LORTAD para el caso de datos personales registrados con fines policiales que se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos se consideran especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos para el que fueron almacenados, la necesidad de mantenerlos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

Lo anterior nos lleva a lo que diversas legislaciones han denominado como "derecho al olvido" que implica justamente el olvido de datos de una persona por el transcurso del tiempo, sobre todo cuando su conocimiento ya no resulta indispensable para la finalidad para la que fue tenido en cuenta o para la valoración de la persona. Se procura evitar que esta quede prisionera de su pasado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para concluir este párrafo, se puede afirmar que la destrucción de registros es consecuencia de lo que de manera general se considera como "derecho al olvido".

3.6. DERECHO DE RECTIFICACIÓN.

El derecho de rectificación permite al titular de los datos, cuando su registro contenga equivocaciones o errores, pedir su rectificación o adecuación a la realidad. Según la exposición de motivos de la LORTAD, el artículo 10.5 de la Constitución Española, al parecer de Carlos María Rodríguez Sánchez, limita este derecho junto con el de acceso y cancelación, lo que da pie al artículo 21.1 de la LORTAD a autorizar a los responsables de los ficheros a denegar estos derechos particulares. Así una materia que expresamente pide el Constituyente Español se regule por ley, se confía en este caso a la arbitrariedad de un funcionario público, hasta el extremo de que el artículo 22.2 permite rechazarlos si "ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público..."⁵⁰.

No se aclara que interés público puede resultar perjudicado al pretender adecuar a la realidad unos datos erróneos. A menos que se este bajo la idea de que la Administración pueda estar interesada en seguir actuando sobre el mantenimiento de situaciones ficticias, en cuyo caso difícilmente podrá cumplir con el mandato de objetividad que le impone el artículo 103.1 de la Constitución Española.

⁵⁰ Carlos María Rodríguez Sánchez, Carlos María. *"Un juicio crítico sobre la constitucionalidad de la ley orgánica de tratamiento automatizado de datos de carácter personal"*, en Tapia, *Publicación para el mundo del Derecho*, Madrid España, marzo - abril de 1993, año XII. No. 69, pp. 65 y 66.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE TUTELAN LOS DATOS PERSONALES.

Se ha afirmado a lo largo de los párrafos anteriores que la persona tiene el derecho de disponer libremente de sus propios datos personales, con los derechos y obligaciones que debe prevenir la ley, de manera análoga como tiene derecho a disponer de su propio cuerpo (de conformidad con el clásico principio del *Habeas Corpus Act* de 1679) o como del propio pensamiento en sus distintas formas de expresión; así pues, si alguien detenta o utiliza a su arbitrio los datos concernientes a una persona, ejerce sobre este un poder informático.

Frente a esta realidad se instrumenta de manera general y primaria el derecho a la intimidad, como la necesidad de mantener discreta cierta información o mantenerla al resguardo mediante el principio elemental de la seguridad jurídica. Este derecho elemental de intimidad no es absoluto o único, debiéndose adaptar en un contexto social e histórico, es consecuencia de una gran variedad de cambios técnicos que se han producido en la historia de nuestra sociedad por lo que es conveniente mencionar de manera breve su evolución hasta la actualidad.

4.1. DERECHO A LA INTIMIDAD O INTIMIDAD INFORMÁTICA.

La estructura social primitiva consistente en una vida totalmente comunitaria, transcurría en el Agora, el foro, en la plaza o en la calle, espacios abiertos al alcance de todos. La comunidad proporcionaba al individuo todo lo que necesitaba: nombre, familia, bienes, reglas, hábitos, dioses, fiestas, sexo, trabajo, descanso o la idea de la muerte. Las viviendas carecían de división en habitaciones y consistían en un solo espacio para

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

toda la familia, gran familia o familia patriarcal, por lo tanto no existía una esfera o espacio privado como lo entendemos ahora, se carecía de un espacio interior, lo que en antropología se denomina *sociedades folk*, sociedades aisladas pero internamente muy cohesionadas, de profunda solidaridad social.

En la antigua Grecia no se diferenciaba entre vida pública y vida privada. Era fundamental la participación de todos los ciudadanos en las cuestiones públicas, la esencia del hombre se centraba en el "ser político", a diferencia del hombre actual que entiende su propio ser individual como un fin en si mismo. En la *polis* griega los individuos se hallaban insertos en la comunidad y vinculados entre si por una estrecha red de relaciones.

En la sociedad romana después de la muerte del Emperador Augusto (63 a.C.-14 d. C.) tiene lugar el declive del hombre público al buscar su oposición en un principio privado. El hogar domestico se consideraba como un lugar santo, sagrado. Así Gayo⁵¹ afirmó que la casa era para cada cual segurísimo refugio y acogida *domus tutissimum cuisque atque receptaculum est*. Cicerón también habla del hogar como un santuario en su famoso discurso *En pro domo sua*. En la familia se daba culto a las divinidades del hogar, dioses, penates, y a los familiares difuntos, dioses dimanes, dioses buenos que desde la tumba seguían cuidando y velando por sus familiares vivos. No obstante lo anterior se puede afirmar que los antiguos no poseían un concepto de intimidad como en la actualidad, en el mundo antiguo solo se conoce un modo de ser que consiste en exteriorizarse hacia afuera, en relacionarse con los demás en una forma de ser comunitaria.

⁵¹ Elvira Lopez Díaz, "El derecho al honor y el derecho a la intimidad". Jurisprudencia y doctrina. Ed. Dykinson Madrid 1996. P. 66.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La aparición del derecho a la intimidad surge con el cristianismo y se afirma que es San Agustín⁵² el que habla por primera vez de "intimidad" en su libro las "Confesiones", donde desarrolla la doctrina de la interioridad. El cristianismo es el descubridor de la soledad como sustancia del alma, y parte de San Agustín la primera idea antropológica del individuo, como algo mas que esencia, como subjetividad, es el primer pensador que apunta el hecho de la conciencia del ser como intimidad, en el fondo de la cual encuentra a Dios.⁵³

La intimidad era privilegio de unos pocos, en la Edad Media los señores feudales que poseían propiedades, vasallos, el dominio de la tierra y de sus cultivadores, la consideraban como una prolongación de su propiedad, es decir, la propiedad es una condición para acceder a la intimidad. Propiedad e intimidad han seguido juntas en una estrecha relación. Surgió también una elite de cultivadores de la intimidad, quienes por libre elección, renunciaban a la vivencia comunitaria. Esta valorización de la intimidad, del aislamiento cultivado por el ascetismo de los monjes se fue secularizando a través del tiempo.

Es al disgregarse la sociedad feudal cuando aparece con todas sus matizaciones la intimidad, Santo Tomás de Aquino afirma que la intimidad es sagrada como el núcleo mas oculto de las personas y cuando esa intimidad es manifestada públicamente por la persona que la tiene, puede ser juzgada y valorada por las demás personas, pero si es manifestada en privado o en secreto a otra persona concreta hay que seguir respetándola, de ahí su famosa frase: "*Nadie debe ser a otro lo que no quiere que se haga con él*". Es en el siglo XIV cuando se establece por primera vez la responsabilidad por agresión y difamación.

⁵² Truyol y Serra A. Villanueva. R. "Derecho a la intimidad." En I. D. , 1975. No. 1, p. 173.

⁵³ *Infra*. pp. 11 y 27.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A finales del siglo XVI se establece la diferencia entre lo público y lo privado: entendiéndose por público aquello que está abierto a la consideración de cualquiera y privado a aquella parte de la vida amparada y definida por la familia y los amigos.

En el siglo XVIII, las diversas declaraciones de los Derechos Humanos⁵⁴ no hacen mención a la intimidad directamente en cuanto tal. Pero se va configurando como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de pocos. En el año de 1750 los parisinos y londinenses sienten la necesidad de establecer un dominio privado para su familia.

Aparece la vida privada como el derecho a la soledad, a la reserva, al aislamiento, recogida en la máxima *My home is my castle*. La burguesía en el Estado Liberal reivindica la generalización de la reserva de la intimidad personal y familiar así como otros derechos ligados a su personalidad provocando el concepto moderno de intimidad.

Es en Inglaterra en el siglo XIX cuando la Revolución Industrial desarraigó la población rural y la convierte en masa urbana, la idea de "hogar" pasa a ser sinónimo de "refugio". Se entroniza a la familia como el ente básico de la nueva sociedad promovida por el capitalismo, convirtiéndose en el centro de la vida privada y se busca entonces su protección legal así como de la de la intimidad.

Los puntos más importantes en ese período respecto de su desarrollo como derecho a la intimidad son:

⁵⁴ *Infra*. p. 29.

'Balzac y Baudelaire, en su lucha por establecer una línea entre lo privado y lo público, fueron la semilla de la actual batalla en pro del derecho a la intimidad.

En 1817, Royer-Collard se refiere a la vida privada como 'protegida por un muro contra los ataques del mundo exterior, amurallada' y es realmente la primera alusión de la protección que se da en Francia a la vida privada.

En 1844, Arhens mantenía 'que el hombre necesita una esfera que consagre su individualidad, que no es accesible a los otros sin su consentimiento. El Derecho debe garantizar a toda persona una esfera en el mundo exterior que preserve su individualidad. Esa garantía viene dada por la inviolabilidad del domicilio que supone el respeto y el secreto de lo que acontece en la vida privada'.

En 1859, John Stuart Mill entiende la autonomía individual como una derivación de la idea de libertad, basándose en dos puntos fundamentales:

- Los únicos aspectos de la conducta humana que entrañan deberes y responsabilidades sociales son aquellos que afectan a los demás.

- Los aspectos que solo conciernen al individuo sobre su mente, su propio cuerpo, etc., le pertenecen con absoluta independencia.⁵⁵

En el año de 1890 se formuló por primera vez en términos jurídicos la nueva exigencia de libertad personal con las características que demandaría la sociedad moderna, el concepto de el *right to privacy*. Apareció definido en un artículo firmado por dos jóvenes juristas norteamericanos, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis⁵⁶ publicado en el *Harvard Law Review* fijan las

⁵⁵ Elvira López Díaz, *op. cit.* p. 174.

⁵⁶ *Idem.* p. 73. Además, Vittorio Frosini, *op. cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

garantías del ciudadano para la protección de la vida privada y familiar frente a las intromisiones de la prensa a raíz de un episodio personal en la vida de Warren: casado con la hija del senador Bayard, aquel llevaba una vida lujosa y mundana, que por su carácter dispendioso y suntuoso suscitaba la curiosidad y la crítica de los diarios, para protestar contra lo que consideraba como una invasión ilícita a su vida privada, de la que no tenía porque rendir cuentas a nadie, como un atentado contra su libertad, se asoció con un viejo compañero de estudio, Brandeis (quien luego fue juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos), para pedir que los tribunales consideraran (según el método de la *case Law*) el *right to privacy* (derecho a la privacidad) y le dieran una forma de tutela jurídica.

Exponen las bases técnico - jurídicas configurándolas como un derecho a la soledad, o como la facultad de "*to be let alone*" ("el derecho a estar solo"), o "el derecho a ser dejado tranquilo y en paz"), uniéndose en esta expresión -que cobra carta de naturaleza- a lo llamado, anteriormente en 1888, por el juez Cooley, "*The Right to be alone*", bajo la siguiente afirmación:

"La prensa esta excediendo en todas las direcciones los limites mas obvios de la corrección y de la decencia. El chismorreo ya no es recurso de los ociosos y depravados sino que se ha convertido en un oficio desempeñado con tanta diligencia como descaro .

Para satisfacer el gusto de los mas depravados, los detalles de las relaciones sexuales se desparraman a lo ancho de las columnas de la prensa diaria. Para entretener al indolente, columna tras columna se llena de vacuos chismes, que solo pueden haberse obtenido mediante intrusiones al circulo de la vida doméstica."⁵⁷

⁵⁷ Elvira Lopez Díaz, op. cit. p. 174.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tres años mas tarde de la publicación del citado artículo de Warren y Brandeis se utilizó por primera vez la expresión acuñada por estos dos abogados, fue en el caso Marks V. Joffa fallado por el tribunal de Nueva York: el demandante, un actor y estudiante de leyes, había visto un retrato suyo publicado en un periódico propiedad del demandado, formando parte de un concurso de popularidad, al que se oponía personalmente. La sentencia, estimó la demanda y declaró su "derecho a ser dejado en paz" basándose en el hecho de que "ningún periódico o institución tiene derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie, sin su consentimiento."

Así en el siglo XX, la *privacy* va a tener una nueva significación política y jurídica que la va a confirmar como un derecho autónomo, *privacy - personality*, abandonando definitivamente el concepto de *privacy - property*, lo que es confirmado por la doctrina, especialmente por Westin en 1970.

En 1928, siendo Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a Brandeis le correspondió emitir la sentencia en el caso "OLMTEAD V. UNITED STATES" afirmando que los legisladores de la Constitución norteamericana debieron proteger las creencias, pensamientos, emociones y sensaciones de sus ciudadanos, así como la esfera privada del individuo (idea que mas tarde garantizó la Cuarta Enmienda de la Constitución, al proteger la seguridad de sus personas, domicilio y efectos personales frente a cualquier intromisión indebida.). En los siguientes términos:

IV. Enmienda: "No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias a no menos que hubiese causa probable, apoyada por juramento o afirmación que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya de apoderarse".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La repercusión doctrinal de el artículo de Warren y Brandeis, es que a partir de ese momento, la *privacy* (equivalente al concepto español de intimidad) ha asumido las siguientes formas:

- a) De una parte se utiliza la idea de intimidad con intención conservadora, como instrumento para no proporcionar a los poderes públicos informaciones personales patrimoniales y económicas con el objeto de eludir la presión fiscal del Estado.
- b) Desde posiciones progresistas, se utiliza la intimidad para reaccionar contra la acumulación de datos destinados al control de comportamientos ideológicos con fines discriminatorios.
- c) Desde un aspecto de la tecnología informativa sobre el flujo de informaciones que afectan al ciudadano, por la existencia de bancos de datos automatizados (tal como se ha argumentado en los capítulos precedentes de este trabajo).

Existen diversas y variadas definiciones de Intimidad pero para efectos de este trabajo debemos tomar en cuenta la siguiente:

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la intimidad se define como "la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia".

Aquí solo se ha hecho referencia a la intimidad personal, para quedar en un doble aspecto:

"En un aspecto negativo: como un modo de ser negativo de la persona respecto a los demás, que supone un derecho de exclusión *ius excluendi*,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

erga omnes, del conocimiento ajeno de todo aquello que hace referencia a la propia persona.

En un aspecto positivo: como un derecho activo de control, que posee cada titular, sobre los datos o informaciones relativos a su propia persona"⁵⁸

Bajo este último aspecto es por el que se ha entendido a lo largo de este trabajo, entendiéndose como una categoría jurídica general o de una forma de garantía jurídica autónoma única en su configuración pero múltiple en su contenido.

4.2. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

A lo largo de este estudio se ha argumentado que la tutela jurídica de los datos personales se encuentra contenida en un concepto amplio de derecho a la intimidad, que a su vez tiene múltiples derechos contenidos en distintas áreas, en ese sentido, es conveniente delimitar un concepto jurídico doctrinal y práctico que contenga nuestro objeto de estudio en el derecho a la intimidad.

En primer término el derecho a la intimidad en sentido amplio contiene una diversidad de conceptos, que la doctrina imperante no se ha puesto de acuerdo en delimitar y enumerar totalmente, tal como se ha advertido en el párrafo anterior. Tratándose de los datos personales informatizados, el objeto de estudio se intercepta con otra "nueva" rama del derecho denominada "Derecho de la Informática"⁵⁹, por utilizarse en el tratamiento de datos la tecnología moderna, definido como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la creación, desarrollo, uso y aplicación de la informática o los

⁵⁸ *Ibid.* p. 193. *Infra.* p. 20.

⁵⁹ Juan José Ríos Estavillo, *Op. cit.* p. 73. *Infra.* Capítulo 1.



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 todavía hoy en día si en verdad existe esta disciplina como tal, por lo que una gran mayoría de 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, y así han preferido mejor estudiar los puntos siguientes:

- a) La protección jurídica de la información personal;
- b) La protección jurídica del software;
- c) El flujo de datos transfrontera;
- d) Los convenios o contratos informáticos;
- e) Los delitos informáticos;
- f) El valor probatorio de los documentos electromagnéticos.

No hay obstáculo para considerar que por el momento estos puntos son el objeto de estudio del Derecho de la Informática, incluyendo en primer término nuestro objeto de estudio.

Bajo este contexto se ha definido el "nuevo" derecho a la autodeterminación informativa tal como se ha vertido la definición de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, en este trabajo y que se corrobora con los conceptos de otros tratadistas; por ejemplo:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"A.F. Westin en su libro *Privacy and Freedom* en donde definió la *privacy* como el derecho de control de la información referente a uno mismo.

Mas tarde en 1974, PARKER publicó un trabajo con el título *A definition of privacy* en donde definió la intimidad como 'el control sobre cuando y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona.'

Y FRIED en 1979 en un trabajo que lleva por titulo *An anatomy of values* definió la intimidad como 'el control de la información que nos concierne'.

A este respecto, en 1983, DE MIGUEL ha dicho que la intimidad, no es simplemente la ausencia de información sobre cada uno en la mente de los demás, sino mas bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal".

Por supuesto que existe otra tendencia de tratadistas que no están de acuerdo con la existencia de este "nuevo" derecho, bajo el argumento de que estos derechos ya se encuentran protegidos en los de la persona, con la libertad del sujeto y el honor e intimidad; en ese sentido se pronuncia Ignacio Villaverde Menéndez:

"El derecho a ser informado sobre los datos personales almacenados en un fichero automatizado forma parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad, que no se reduce a su faceta negativa de reacción frente a la petición por el Estado de información sobre los datos personales, sino que la intromisión en la intimidad también se produce cuando el individuo no puede controlar el uso que de esos datos se haga. Conocer quien los posee y controlar el uso y fin al que se destina esa información es garantía indispensable en una efectiva protección de la esfera privada constitucionalmente protegida. Ahora bien, ese derecho a ser informado

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

existe con independencia de la Ley del apartado 4 del artículo 18.⁶⁰ (de la Constitución y Legislación Española).

Aquí se da por hecho que, por lo que se ha apuntado en este trabajo, si existe esta nueva disciplina jurídica, derecho de la informática, pero aún se encuentra en formación, dando sus primeros intentos de sistematización en los últimos treinta años y que aún solo se deja ver la punta del *iceberg* de la infinidad de consecuencias que implica en el campo del derecho y la vida social en general.

Por lo tanto este "nuevo" derecho fundamental denominado Autodeterminación Informativa le atribuye al individuo la facultad de conocer en todo momento de que información disponen los terceros sobre su persona, no solo puede impedir el acceso a la información relativa a la intimidad, sino acceder a la información que un tercero tenga sobre ella, atendiendo al potencial lesivo que la posesión sin control de esa información puede tener, además conocer las finalidades del archivo informatizado, la identidad, residencia habitual o el establecimiento de la autoridad que controla la base de datos. Por supuesto, se acompaña con todos los principios jurídicos establecidos en el capítulo anterior de este trabajo.

Por todo lo expuesto, debe considerarse el derecho a la Autodeterminación Informativa como un verdadero derecho subjetivo; en la legislación comparada así se establece. Este derecho subjetivo se ha integrado con un verdadero poder concreto, como un conjunto de facultades jurídicas, cuyo ejercicio se deja a la libre decisión de su titular, frente a una persona o conjunto de personas, incluidas el Estado y particulares, que están obligadas a respetar ese derecho, a cumplir las prestaciones que el

⁶⁰ Ignacio Villaverde Menéndez, "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo" Revista de Derecho Constitucional. Año XIV, No. 41, mayo-agosto, 1994. Madrid, España, p. 223.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mismo origina y al mismo tiempo se han establecido sanciones jurídicas en caso de su incumplimiento; por ejemplo:

En los artículos 18 y 105 de la Constitución Española, junto con su Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre la LORTAD.

El artículo 35 de la Constitución Portuguesa de 1976, con su Ley Reglamentaria 10/91 de Protección de Datos personales Informatizados.⁶¹

En Alemania, en el *Land de Heese* la *Datenschutzgesetz* de 7 de octubre de 1970 modelo de los demás *Land* Alemanes, hasta que en 1977 el Parlamento de la República Federal Alemana promulgo la *Ley sobre la protección de los datos contra la utilización ilícita de datos personales*.

La primera ley orgánica completa sobre protección de la privacidad y sobre el control de los bancos de datos, públicos y privados, fue expedida por el parlamento sueco el 11 de mayo de 1973 la *Data Legen*. En 1974 se expide la *Privacy Act* de 1974 por el Congreso de los Estados Unidos que se perfecciona en 1980 en la *Privacy Protection Act*, *La loi relative a l'informatique aux fichiers et aux libertes* de 6 de enero de 1978 en Francia, la de 8 de junio de ese mismo año en Dinamarca sobre registros públicos en Noruega, Austria y Luxemburgo y la *Data Protección Act* inglesa de 1984.⁶²

En América Latina, preceptos similares se han instrumentado, tal es el caso de Colombia en el artículo 15 de su Constitución "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."⁶³

⁶¹ *Infra*, parágrafo 2.1.

⁶² Elvira López Díez, p. 20.

⁶³ Según cita de Juan José Ríos Estavillo, *Op. cit.* pp. 82 y 83.

En la Constitución Federal Argentina de 1994, en su Primera Parte, Capítulo II, destinada a "Nuevos Derechos y Garantías" establece: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

El inciso LXXII de el artículo 5°. de la Constitución de Brasil, expresa que se "concederá el *habeas data*:

- a) para asegurara el conocimiento de informaciones relativas a la personalidad del demandante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público,
- b) para rectificar datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo".

En el artículo 2°, inciso 6° de la Constitución del Perú se prohíbe que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

inciso 7º, prescribe el derecho al honor a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la propia imagen.⁶⁴

Ahora bien, una vez que se ha instrumentado este nuevo derecho subjetivo, es pertinente centrar la atención en el medio jurídico que, por sus características especiales del mismo, garantice su protección ante las posibles violaciones en que el Estado pueda incurrir, ante los derechos del gobernado; tema que se tratara a continuación.

4.3. HABEAS DATA.

El instrumento jurídico con que la legislación mundial más avanzada, ha garantizado la tutela jurídica de los datos personales, es el denominado Habeas data, se ha incorporado a diversos sistemas jurídicos, por lo tanto procedemos a detallarlo.

El origen del término *Habeas data* es reciente pero desconocido, aparentemente es una extensión, con referencia al *Habeas corpus*, por lo tanto aquel significaría: traigan al dato y sométanlo al tribunal. Se instrumentó por vez primera en una Constitución, en la Portuguesa de 1976 en su artículo 35, aunque el bien jurídico se estableció tiempo atrás. "La expresión, como en otros campos del derecho (sana crítica, *habeas corpus*, deber ser, etc.) es una construcción nominal sustantiva en la cuál el adjetivo (*habeas*) califica una calidad permanente del sustantivo (*data*)."⁶⁵

En estricto sentido y de manera congruente con el origen latino de las palabras que instituyen nuestro objeto de estudio, es más correcto

⁶⁴ Enrique M. Flacón "*Habeas Data, Concepto y Procedimiento*", Buenos Aires, Argentina, Abeledo - Perrot. 1996, pp. 95 y 96.

⁶⁵ *Idem*. p. 24.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

denominarlo *Habeas datum*, por la siguiente razón: la gran Enciclopedia Larousse define el sustantivo *data*, que significa "en un escrito, inscripción, etc., nota o indicación del lugar y tiempo en que se ha escrito o ejecutado", mientras que el Diccionario Hispánico Universal lo define como "nota o indicación de lugar y tiempo", es decir el sustantivo *data* significaría lo que comúnmente denominamos como "fecha"; entonces el sustantivo correcto es el de *datum* que es la palabra de origen latino que significa dato, definido como el "antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho." Precisión que se apunta, sin pretender, el cambio de una denominación que se ha vuelto, aunque equivocada, "tradicional"; pero que puede servir como apunte para posteriores análisis y precisiones.

El *habeas data* constituye, en suma, el cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de tercera generación, (la primera generación correspondió el *habeas corpus*, respecto de la libertad física o de movimientos de personas), se identifica con la que contiene aquellos derechos que tienden a una protección integral, plena, amplia, de la persona humana, eje y centro del derecho, tanto público como privado. Es personalismo, se dirige a la defensa de varios aspectos que procuran preservar la confidencialidad, corregir la falsedad, evitar la discriminación y obtener la actualización de los datos personales.

A lo largo de este trabajo se ha observado que cada individuo tiene un poder, resultante de la noción de autodeterminación y de su propia dignidad, de decidir cuándo y en que medida pueden ser divulgados los hechos relativos a su propia existencia, se trata de un dominio jurídico de los datos personales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Puntualizando, el *Habeas data* es un remedio urgente para que la persona pueda obtener:

- a) el conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados; y
- b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

En la doctrina y práctica Argentina se considera que, "en realidad se trata de la regulación de dos pretensiones sucesivas y secuenciales, una subsidiaria de la otra, la primera de información y la segunda de conocimiento y ejecución. La pretensión de información requiere que se trate de:

- a) datos de una persona,
- b) que estos datos consten en registros públicos y privados, y
- c) que esos registros estén destinados a dar información de los datos del requeriente (en algunos ordenamientos como la Constitución federal se agrega una limitación y es que todos los datos sean falsos o discriminatorios), y
- d) en su caso se informe la finalidad de dichos registros.

La pretensión subsidiaria de conocimiento y ejecución, tiende -previa bilateralidad de la audiencia- a exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de dichos datos, sin poder afectarse el secreto de las fuentes de información." Su instrumentación debe sujetarse a las prescripciones de una ley especial, a la manera de LORTAD española y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hoy en el caso de México la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

En cuanto al procedimiento para hacer valer el *Habeas data*, es evidente que debe ser una acción expedita y rápida que en teoría en la legislación mexicana podría incluir un tipo de amparo especializado. Esto tomando en cuenta, la doctrina nacional; en primer término los procesos descritos por Héctor Fix Zamudio que configura cinco procesos de amparo: amparo libertad (similar al *habeas corpus*), amparo contra leyes, amparo casación, amparo administrativo, y amparo agrario ejidal y comunal, Juventino V. Castro también realiza una clasificación del proceso de amparo específicamente con fines didácticos: amparo contra leyes, amparo garantías, amparo - casación, amparo -recurso y amparo - soberanía, advirtiendo que "los procesos de amparo pueden ser agrupados, porque los actos reclamados y los mandamientos de las sentencias estimatorias son a su vez diferentes, y con mucha frecuencia las disposiciones procesales aplicables son distintas".⁶⁶

Estas clasificaciones permiten examinarlos, en sus características diferenciadas, con mayor profundidad y precisión. Este método permite incluir con sus rasgos específicos al amparo que garantice el bien jurídico protegido por el instituto del *Habeas data* como el cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática inserto en los derechos humanos. Ya se apuntó la necesidad de una norma constitucional que prescriba la forma del derecho público subjetivo en estudio; con la competencia que prescribe la Ley de Amparo para el juicio constitucional, es decir los Juzgados y Tribunales Federales. Sin que sea óbice, que actúen magistraturas especiales, para que con aquellas puedan actuar armoniosamente combinadas.

⁶⁶ Juventino V. Castro. "Garantías y Amparo", Editorial Porrúa, México 1998, p. 312.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.4. ARTÍCULOS 16 Y 36 CONSTITUCIONAL.

El caso de México, en materia Constitucional están protegidas la libertad de expresión, así como las garantías contra actos de molestia en, bienes, posesiones, correspondencia y domicilio, pero no hay una protección específica al concepto de Intimidad ni, más específicamente una protección a la intimidad informática.

Tal como se menciona en el Título primero, Capítulo I, De las garantías individuales, artículo 16, párrafo primero, que prescribe:

“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”.

Lo que nos ocupa es de importancia para nuestro Derecho Positivo, ya que existe la obligación constitucional de proporcionar a los registros públicos, los datos de los atributos de la personalidad, en diferentes archivos automatizados o que están en vías de serlo en un futuro.

Y es en el Capítulo IV. De los ciudadanos mexicanos, artículo 36, fracción I, donde existe la obligación de proporcionar a los registros públicos los datos de los atributos de la personalidad:

“Son obligaciones de los ciudadanos de la República :

I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, la profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley”.

Si bien nuestro derecho vigente, contiene un buen número de disposiciones que regulan la materia de la intimidad y de información, es evidente que hay lagunas creadas por el avance tecnológico que deben ser colmadas con una adecuada legislación sobre la intimidad y, específicamente sobre la intimidad informática, en la que se establezcan y regulen los derechos de los individuos a conocer, modificar, extraer las informaciones que sobre sí obtienen tanto los particulares, como el Estado y el uso correcto de dicha información.

Ciertamente esta protección como garantía fundamental en el texto de la Carta Magna, sería un reconocimiento justo a la dignidad del ser humano en la problemática que nuestro tiempo pide.

4.5. LA LEY GENERAL DE POBLACION PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIA SIETE DE ENERO DE 1974 Y EL ACUERDO PARA LA ADOPCIÓN Y USO PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DE LA CLAVE UNICA DE REGISTRO DE POBLACIÓN.

En México se expide la Ley General de Población publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de enero de 1974, que abroga la Ley anterior de 1949, para los efectos de este trabajo, es importante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de julio de 1992 que reforma y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

adiciona diversas disposiciones a la Ley en cita. Establece, de manera contraria, al derecho y la doctrina internacional, (ya analizada a lo largo de este trabajo) un Registro Nacional de Población y la asignación a todas las personas, incluyendo a los menores de edad, de una Clave Única de Registro de Población; además de otras violaciones y omisiones al derecho a la intimidad de manera amplia y a la libertad informática en particular.

El Registro Nacional de Población se integra con el Registro de Menores de Edad, el Registro de los Mexicanos Residentes en el Extranjero, el Catálogo de los Extranjeros Residentes en la República Mexicana y el Registro Nacional de Ciudadanos; a su vez éstos se integran de la siguiente forma:

"1.1.1.Registro de Menores de Edad.

Se conforma con a información de los mexicanos menores de 18 años, la cual se obtiene de los datos consignados en las actas de nacimiento, mismas que son proporcionadas por los registros civiles. La Secretaria de Gobernación tiene avances en la configuración de este componente registral.

1.1.2. Registro de los Mexicanos Residentes en el Extranjero.

Se prevé su elaboración con la información individualizada relativa a los datos de identidad de los mexicanos domiciliados en el extranjero, cualquiera que sea su edad.

1.2.3. Catálogo de los Extranjeros Residentes en la República Mexicana.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Se considera su integración con la información de carácter migratorio sobre las personas que con la calidad de extranjeros, residentes en el territorio nacional.

1.1.4. Registro Nacional de Ciudadanos.

Comprende la información certificada de la identidad de los mexicanos de 18 años y más. A las personas que se inscriban en este componente poblacional, se les expedirá la Cédula de Identidad Ciudadana, conforme lo prevé la ley.

Con la incorporación de las personas en el Registro Nacional de Población, se considera a asignación de la Clave Única de Registro de Población (CURP), la cual permite su identificación individual. La característica principal de este mecanismo registral es que garantiza una correspondencia biunívoca entre la persona y su clave.⁶⁷

De esta manera, se instituye un banco de datos con la capacidad para capturar todos los datos personales de un individuo, iniciando con los que contiene propiamente la Cédula de Identidad Ciudadana (artículo 107 de la Ley General de Población), que contiene cuando menos los siguientes datos y elementos de identificación de la persona:

- I. Apellido paterno, apellido materno y nombre(s);
- II. Clave Única de Registro de Población;
- III. Fotografía del titular;
- IV. Lugar de Nacimiento; y
- V. Firma y huella dactilar.

⁶⁷ Diario Oficial de la Federación de fecha Lunes 30 de junio de 1997. Páginas 2 a 13,gs

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Y la CURP, según el "Acuerdo para la Adopción y Uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población," publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha del miércoles 23 de octubre de 1996, en su artículo 2o. se conforma con los siguientes datos, entre los más importantes, de la persona: nombre o nombres y apellidos, fecha de nacimiento completa, sexo, la entidad federativa de nacimiento, una posición numérica o alfabética en caso de homonimia. La asignación de la clave corresponde a la Dirección General de Registro de Población e Identificación Personal de la Secretaría de Gobernación.

De esta manera se conforma un banco de datos único bastante completo que también está en posibilidad de contener la información de los diferentes Registros Civiles del País y del Registro Federal de Electores,⁶⁸ por lo tanto puede integrar los datos personales que corresponden al domicilio con sus respectivos cambios debidamente actualizados, nombre de los padres y abuelos de cada persona con sus respectivos domicilios, edad, estado civil, ocupación, hora y lugar exactos de nacimiento, firma, elecciones en las que ha participado, número de hijos con fechas de nacimiento o defunciones, nombre del cónyuge con todos sus datos, divorcios, adopciones y reconocimiento de hijos, entre otros datos.

El Reglamento Interno de la Secretaría de Gobernación, en su artículo 19, faculta a la Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal (RENAPO) para:

"I. Organizar y operar el Registro Nacional de Población e Identificación Personal, inscribiendo en él a los individuos nacionales y extranjeros residentes en el país;

⁶⁸ Ibid. p. 10.



II. Procesar y producir la información que, en relación con sus funciones, le proporcionen las oficialías y juzgados del Registro Civil en el país, y las dependencias de la Administración Pública Federal, estatal y municipal; y".

De manera tal que no existe obstáculo para que el citado registro contenga todos los datos personales de todas las personas incluyendo menores de edad y extranjeros que se encuentren en el país. Si bien en primera instancia no parece trascendente que el RENAPO contenga la información de las personas ya existentes en el Registro Civil y el Instituto Federal Electoral, sí parece arriesgado que contenga todos los datos personales de todas las personas, de este modo también contiene información sobre propiedades inmuebles, información catastral, que contendría el valor de bienes, pagos de servicios como, agua, luz, teléfono, cuentas bancarias, transacciones, número de seguridad social, información sanitaria con sus respectivo tratamiento, información del Sistema de Ahorro para el Retiro y del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores, centro de trabajo, sueldo y sus cambios, estudios y nombre de las instituciones en que los ha realizado con fechas, calificaciones y nombre de sus profesores además de sus grados académicos con sus respectivas calificaciones, participación en asociaciones religiosas o de trabajadores o patronos, filiación política y todos aquellos datos que puedan ser susceptibles de capturarse en medios automatizados independientes o a los que tenga acceso el gobierno; es decir, prácticamente todos los registros informatizados públicos incluyendo los privados.

Por lo tanto, bajo estas condiciones, se hace patente la posibilidad de que los bancos de datos usados por la administración pública se conviertan en un aparato de control social, actualizándose lo que en Europa principalmente, se ha pretendido evitar, el "síndrome del pez rojo", es decir, el individuo queda enteramente expuesto y transparente a la acumulación de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

informaciones, relativas incluso a su vida privada la cual se ve amenazada por el registro, memorización y la diseminación de informaciones de carácter personal mediante las computadoras. Tal como concluyeron en 1970 la UNESCO y la resolución 428 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.

Lo anterior aunado a la asignación de la CURP para todos los registros hace posible, integrar toda la información de una persona con una computadora de uso público, en fracciones de segundo, con la posibilidad de prever lo que esta haciendo o el lugar donde se encuentra en ese momento o la certeza de lo que hará en un tiempo y lugar determinado, una o varias personas. También existe la posibilidad de borrar, es decir, desaparecer de todos los bancos de datos a una o varias personas, sin que estas puedan hacer algo para impedirlo o tenga algún recurso o medio jurídico para hacerlo o restablecer las posibles violaciones a su dignidad y honor personal. Recordemos que la asignación de un número único de registro de población se ha prohibido en diversos países.

La Ley General de Población, en sus capítulos VI y VII, va en contra del derecho más avanzado en la protección del honor y de la dignidad de la persona. No contiene ninguna disposición de la que pueda inferirse que para la Administración Pública el dato personal sea un bien jurídico tutelado por el derecho nacional, por lo contrario, se puede inferir que una vez que el ciudadano haya cumplido con la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos y obtener su Cédula de Identidad Ciudadana, tal como lo prescribe su artículo 98 de la LGP, el dato pasa a ser propiedad del Estado y este puede hacer cualquier cosa con él, sin la intervención o el consentimiento de la persona como titular de la información. Conclusión que se infiere de lo ordenado por su artículo 112:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"La Secretaria de Gobernación proporcionara al Instituto Federal Electoral la información del Registro Nacional de Ciudadanos que sea necesaria para la integración de los instrumentos electorales, en los términos previstos por la Ley. Igualmente podrá proporcionarlas a las demás entidades publicas que la requieran para el ejercicio de sus atribuciones".

Por lo tanto se puede afirmar que cualquier órgano o entidad pública, puede solicitar al RENAPO cualquier información personal sin que se entere el ciudadano, sin contar con algún medio jurídico contra su posible abuso.

La Ley en comento, no prescribe ninguno de los principios jurídicos que se mencionaron en el capitulo anterior de este trabajo, como minimos para la debida tutela jurídica del dato personal. Solo se esboza la obligación de discreción, de las personas encargadas de su tratamiento. El articulo 113 prevé:

"Los empleados de la Secretaria de Gobernación serán sancionados con suspensión de empleo hasta por treinta días o destitución en caso grave, cuando:

- I. Sin estar autorizados, den a conocer asuntos de carácter confidencial."

Sin que se aclare si el dato personal es de carácter confidencial o cuales y en que caso podrían serlo. Seguramente esta prescripción es aplicable para otro tipo de información que posea la Secretaria de Gobernación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La disposición de la Administración Pública que contiene prescripciones que en un momento dado podrían proteger al dato personal, es la Ley de Información Estadística y Geográfica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de abril de 1980 y que entró en vigor al día siguiente. Prevé principios para su tratamiento que se han mencionado en el capítulo III de este trabajo, como el de legalidad en la recogida y destino de los datos; el de rectificación y confidencialidad y reserva, anonimato del informante. Define la Informática en su artículo 3, como:

"Tecnología para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos."

Pero no debe perderse de vista que la Ley en cita tiene como objetivo proteger el bien jurídico consistente en la Soberanía Nacional y no el honor y dignidad de las personas según las legislaciones y doctrinas más avanzadas en el mundo. Es necesario por ello, profundizar en el tema, que es relativamente nuevo, y actualizar el derecho como reglamentador de la vida social y que no sea ampliamente rebasado por el uso que el poder estatal hace de la tecnología.

Hasta este momento se ha analizado las diferentes disposiciones que tenían una intención de tratar bancos de información, desde 1944 cuando se expide la Ley General de Población, que aboga a la de 1974, se reforma y adicionada en 1992, pero en 1996 se publica el Acuerdo para la adopción y uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población, en 1980 es publicada la Ley de Información Estadística y Geográfica.

Han pasado ya cinco décadas, y es el 11 de junio de 2002, cuando es publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que trae

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

consigo el avance en materia de datos personales motivo de esta investigación, integrada por 64 artículos de la siguiente manera:

Título Primero. Disposiciones comunes para los sujetos obligados.

Capítulo I. Disposiciones generales.

Capítulo II. Obligaciones de transparencia.

Capítulo III. Información reservada y confidencial.

Capítulo IV. Protección de datos personales.

Capítulo V. Cuotas de acceso.

Título Segundo. Acceso a la información en el Poder Ejecutivo Federal.

Capítulo I. Unidades de enlace y comités de información.

Capítulo II. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Capítulo III. Del procedimiento de acceso ante la dependencia o entidad.

Capítulo IV. Del procedimiento ante el Instituto.

Título Tercero. Acceso a la información en los demás sujetos obligados.

Título Cuarto. Responsabilidades y sanciones.

Capítulo Único.

Transitorios.

Por lo tanto referente a la protección de los datos personas de esta nueva Ley, caben resaltar los aspectos importantes a continuación:

Esta Ley de orden público tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso a toda persona la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal, de observancia obligatoria para los servidores públicos y favoreciendo en la interpretación el principio de publicidad en posesión de los sujetos obligados, así como: la creación de unidades de enlace y comités de información, un Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, un respectivo procedimiento de acceso ante la dependencia o entidad, ante el Instituto, la interposición de un recurso de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

revisión, y la mención de la responsabilidad y sanciones de los servidores públicos.

Dentro de sus objetivos principales a destacar se encuentran, garantizar la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados y el de proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información, mediante procedimientos sencillos y expeditos.

Se establecen las definiciones de dato personal, documento, información, información reservada, confidencial y sujetos obligados.

Siguiendo las definiciones que en el presente estudio hemos analizado, donde la doctrina, ha definido al dato personal, es tomada como base para que hoy nuestra legislación lo plasme de la siguiente manera como: "La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad".

Cabe señalar que en general la información va a ser la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título, y esta a su vez va a ser clasificada como reservada y confidencial.

Respecto a la información reservada, se entenderá aquella que se encuentre temporalmente sujeta a algunas de las excepciones previstas en los artículos 13 y 14, mientras estos señalan que, como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

II. Menoscarar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano;

III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país;

IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o

V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

También se considerará como información reservada:

I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;

II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;

III. Las averiguaciones previas;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;

V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o

VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

Esta clasificación de información se va a encontrar sujeta a un periodo de reserva. Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.

Como información confidencial en el artículo 18, se considerará:

I. La entrega con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 19, esto es: deberán señalar los documentos que contengan información confidencial, reservada o comercial reservada, siempre que tengan el derecho de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reservarse la información, de conformidad con las disposiciones aplicables. En el caso de que exista una solicitud de acceso que incluya información confidencial, los sujetos obligados la comunicarán siempre y cuando medie el consentimiento expreso del particular titular de la información confidencial;

II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley.

No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.

Es de gran notoriedad que al señalar, que el individuo tenga el derecho de reservarse la información, se habla de una autodeterminación informativa; pero, existe la limitante dando supletoriedad a los ordenamientos legales que contengan disposiciones en materia de información, encontrando restricciones para poder hablar de un verdadero Derecho de Autodeterminación Informativa.

Otro es el caso en el artículo 22 se establece que, no se requerirá el consentimiento del individuo para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:

I. Los necesarios para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia médica o la gestión de servicios de salud y no pueda recabarse su autorización;

II. Los necesarios por razones estadísticas, científicas o de interés general previstas en ley, previo procedimiento por el cual no puedan asociarse los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

datos personales con el individuo a quien se refieran. Aquí observamos la aplicación del principio de legalidad en la recopilación de datos personales;

III. Cuando se transmitan entre sujetos obligados o entre dependencias y entidades, siempre y cuando los datos se utilicen para el ejercicio de facultades propias de los mismos;

IV. Cuando exista una orden judicial;

V. A terceros cuando se contrate la prestación de un servicio que requiera el tratamiento de datos personales. Dichos terceros no podrán utilizar los datos personales para propósitos distintos a aquellos para los cuales se les hubieren transmitido, y

VI. En los demás casos que establezcan las leyes.

La fracción V, es de llamar la atención ya que en el capítulo anterior estudiamos la forma de recolección de los datos (recogida de datos) donde el caso práctico es el de Argentina, el cual considera que un banco de datos privado mientras colecta, procesa o distribuye información pública, actuando con legitimidad y al ponerlo a disposición de la ciudadanía dentro de un marco de confidencialidad adecuado, creando el fenómeno particular de potenciar y contribuir al efectivo conocimiento que se propuso el legislador sobre cierta información útil para el tráfico mercantil, coadyuvando a la vigencia del bien jurídico tutelado en el intercambio de datos: la seguridad.

En el derecho comparado, se exige que quienes deseen crear bases de datos (en el caso de particulares) se inscriban en un registro creado para tal

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

efecto y así desarrollar lícitamente la actividad, la Ley Sueca preceptúa que el registro podrá ser negado a los privados teniendo en cuenta la calidad de los datos sensibles, facultando a un órgano de control solo a la manera de consultor de las autoridades públicas encargadas del tratamiento de datos.

En cuanto a la protección de los datos personales, los sujetos obligados tomarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad y evitar una posible alteración, pérdida, transmisión o acceso no autorizado; pero todo esto nos lleva a que estos criterios y medidas serán tomadas respecto a lo que establezca el Instituto o las instancias equivalentes.

El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública será un órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso y proteger los datos personales en poder de las dependencias o entidades.

El procedimiento de acceso ante la dependencia o entidad, se llevará a cabo cuando, cualquier persona o su representante presente ante la unidad de enlace una solicitud de acceso a la información mediante escrito libre, la respuesta a la solicitud deberá ser notificada en el menor tiempo posible, no mayor a 20 días.

En caso de negativa por inexistencia de los documentos solicitados, se notificara, mediante resolución de un Comité, el solicitante podrá interponer, por sí mismo o a través de su representante, el recurso de revisión ante el Instituto o ante la unidad de enlace que haya conocido el asunto, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación. La unidad de enlace deberá remitir el asunto al Instituto al día siguiente de haberlo recibido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El recurso, procederá en lugar del recurso establecido en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El Instituto subsanará las deficiencias de los recursos interpuestos por los particulares.

Las resoluciones del Instituto serán definitivas para las dependencias y entidades. Los particulares podrán impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación.

La responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental), será sancionada en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la reincidencia, serán consideradas como graves para efectos de su sanción administrativa.

Las responsabilidades administrativas que se generen por el incumplimiento de las obligaciones a que se refiere la Ley, serán independientes de las del orden civil o penal que procedan.

4.6. DIRECTRICES PARA LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE TUTELA JURÍDICA DE LOS DATOS PERSONALES.

Para poder instrumentar el Habeas Data en la legislación mexicana, es necesario, como objetivo de este trabajo, fijar la siguientes directrices; en primer termino, en el ámbito jurisdiccional, que sirvan de base para un ulterior desarrollo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

a) La inclusión en el Título Primero, Capítulo I, De las garantías individuales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por los medios que prevé la legislación nacional de una prescripción que enuncie: "Toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa", (por la razón de que siempre vamos a estar en presencia de la información automatizada) o en otros términos, "El Estado garantizará la Libertad Informática" y sería ocioso incluir que, a través de este medio, se garantizara el honor y dignidad de la persona, lo que no estaría demás, frente a las practicas administrativas tradicionales de nuestro país, es que se exprese que el dato personal es el objeto de este "nuevo derecho".

Ciertamente esta protección se da a través de regla secundaria, como es el caso de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, esta es una solución para no mover demasiado a nuestra múltiple reformada Constitución, pero su inclusión como garantía fundamental en el texto de la Carta Magna, sería un reconocimiento justo a la dignidad del ser humano en la problemática que nuestro tiempo pide.

b) Una vez realizado lo anterior, pasamos a la (ley secundaria) Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. A decir verdad, presenta lagunas respecto a la clasificación de la información reservada y confidencial, lo pertinente es tomar como base criterios tomados en cuenta de los estándares y mejores prácticas internacionales en la materia, que servirá de base para el Reglamento mencionado en el artículo sexto transitorio de la Ley en comento.

c) No habría obstáculo para que mediante el juicio de garantías tal como se encuentra en la Constitución y Ley de Amparo, se pudiera hacer uso del *Habeas Data*.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El particular tendría los medios mas amplios para que mediante el Habeas Data, haga valer las garantías que este prevé.

d) Habría que adaptar lo que se refiere a los términos, que deberían reducirse, por ejemplo, en la substanciación del incidente de suspensión, y que no fuese necesario el otorgamiento de garantías para la suspensión del acto reclamado.

e) Sin ser requisito el agotamiento del principio de definitividad, por las razones ya apuntadas, dadas las características de los métodos automatizados de almacenamiento y control de datos.

Basten estos señalamientos únicamente como ejemplo de un posible punto de partida.

Sin embargo, en no pocos casos, los medios jurisdiccionales de control de garantías individuales son desbordados ante los requerimientos sociales cada vez mas complicados, cuando se han empleado medios mas sutiles en la violación de los derechos de la persona. Sin embargo, a manera de paradigma se siguen buscando los medios infalibles para la protección de los derechos fundamentales. Los procedimientos jurisdiccionales, muchas veces actúan de manera lenta, encontrándonos al final con una justicia tardía, que prácticamente deja de ser justicia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES.

Primera.- El actual desarrollo tecnológico de las computadoras, permite que en ellas se memorice, procese, transmita y difunda cualquier tipo de información, en un intervalo de tiempo imperceptible hasta una millonésima de segundo, penetrando en el campo de la cibernética, teniendo como papel preponderante un punto de enlace entre el universo tecnológico y el mundo social, permitiendo la penetración de modelos y métodos matemáticos en campos científicos que le parecían vedados al Derecho, donde este encuentra un excelente campo de desarrollo.

Segunda.- La Administración Pública, siempre ha manejado archivos de información, con un impacto social y jurídico cuya médula es acumular, conservar y brindar información. Esta posibilidad de acumular información en una cantidad ilimitada permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo; el poder informático. Identificar a un sujeto significa la posibilidad de verificar los caracteres que permiten distinguir a una persona de todas las demás, es decir, de individualizarlo sobre la base de un conjunto de caracteres, de datos, muchos de los cuales aparecen en los registros estatales y privados; incluye un conjunto de valores morales y éticos que definen o individualizan a cada sujeto.

Tercera.- Con la publicación de la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información Gubernamental, el 11 de junio de 2002, se dio un paso importante en materia de datos personales en bancos de la Administración Pública, ya que es uno de los objetivos principales de esta investigación, por lo tanto este es uno de los grandes beneficios como norma secundaria, pero la incursión como un verdadero derecho subjetivo plasmado en la Constitución de forma expresa en el Capítulo de Garantías individuales, siendo un reconocimiento justo a la dignidad del hombre.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuarta.- No cabe duda que la intención de los legisladores es la de garantizar el acceso a toda persona la información en Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal, donde toda la información gubernamental es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que esta señala, pero poca intención sobre datos personales, olvidando que, el Derecho a la Intimidad es uno de los instrumentos para proteger los datos personales automatizados.

Esta nueva Ley no hace referencia alguna al Derecho a la Intimidad y mucho menos a un Derecho de Autodeterminación Informativa, ya que solo se hace mención a que garantizará la protección de los datos personales; donde la autoridad tendrá la facultad de clasificar a la información como reservada y confidencial.

Quinta.- Respecto a la clasificación de la información reservada y confidencial, el criterio queda abierto con la supletoriedad que otorga esta Ley a las demás disposiciones legales, siendo está solamente un salto a los demás ordenamientos aplicables.

Sexta.- El nuevo derecho denominado Autodeterminación Informativa, es el que se refiere aquel cuyo bien jurídico protegido va facultar a la persona a determinar por uno mismo como y en que medida se puede comunicar a otra persona información sobre uno mismo, que tiene por objeto preservar la información individual, íntima y no íntima, que comporta para el particular el control sustancial sobre la utilización de sus datos personales, inscribiéndose dentro del marco de los derechos fundamentales, que están por encima del Estado mismo, con un valor ético y filosófico más elevado, por lo que aquel debe garantizar la efectividad de tales derechos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Séptima.- Para el correcto tratamiento jurídico de los bancos de datos personales, se debe atender a ciertos principios básicos, caso que la misma Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información y Pública Gubernamental, establece que los criterios que se tomaran en cuenta para la catalogación, clasificación y conservación de documentos será conforme a los estándares y prácticas internacionales de la materia. Sirviendo de base lo estudiado en esta investigación.

Octava.- Es necesaria una norma constitucional, que perpetúe que el dato personal es un bien jurídico fundamental, como atributo de la personalidad del individuo, garantizado. En consecuencia de lo anterior, la propuesta para garantizar a los datos personales, como verdadera garantía fundamental, desde la Constitución Política en su parte dogmática, sería la incursión en el artículo 16, de la siguiente manera:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, posesiones, datos personales automatizados, reconociendo su derecho a la autodeterminación informativa, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal.

....”

Siendo así un verdadero reconocimiento a los derechos fundamentales del ser humano.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA.

- Acosta, Romero Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1ª Ed. Porrúa, México, 1993, 117pp.
- Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1998, 595 pp.
- Falcón, Enrique M., *Habeas Data, Conceptos y Procedimientos*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1996, 103 pp.
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 44 ed. México, 1992, 444 pp.
- Haoriu, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Trad. José Antonio Gonzalez Casanova, Editorial Ariel, España, 1971.
- López, Díaz Elvira, *El Derecho al Honor y el Derecho a la Intimidad*, Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Dykinson Madrid, 1996.
- M.,Falcón Enrique, *Habeas Data, Concepto y Procedimiento*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1998.
- Madrid, Conesa Fulgencio, *Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984.
- Mejan, Luis Manuel C. *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, México, Editorial Porrúa, 1994, 146 pp.
- Pérez, Luño Antonio Enrique, *Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico)*, Publicitario del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.
- Recasens, Siches Miguel, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México. Decimotercera ed. 1998.
- Rojina, Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, México, Porrúa, 1962 (25ª Ed., 1999, 537 pp.
- Ríos, Estavillo Juan José, *Derecho e Informática en México*, Ed. UNAM, México, 1997.
- W., Deutsh Karl, *Política y Gobierno*, Editorial Fondo de cultura Económica, México 1976.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

HEMEROGRAFÍA.

Antonio Enrique Pérez Luño, "La protección de la intimidad en la constitución Española de 1978" en revista de Estudios Políticos. Nueva época, No. 9, Madrid, España.

Carlos Delpíazzo, "Apreciación Jurídica de las Bases de Datos Geospaciales", en Derecho de Alta Tecnología, Año IX, No. 105, mayo 1987, Buenos Aires, Argentina.

Carlos Ruiz Miguel, "Entorno a la Protección de los Datos Personales autorizados". Revista de Estudios Políticos. Nueva época, Núm. 84, abril-junio, 1994, España.

Carlos María Rodríguez Sánchez, "Un juicio crítico sobre la constitucionalidad de la ley orgánica de tratamiento automatizado de datos de carácter personal", en Tapia, publicación para el mundo del Derecho, Madrid, España, marzo-abril de 1993, año XII, No. 69.

Ignacio Villaverde Menéndez, "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo" Revista de Derecho constitucional. Año XIV, No. 41, mayo-agosto, 1994, Madrid, España.

José Castells Arteche, "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: Análisis de la Ley Orgánica 5/ 1992, de 29 de octubre", en Revista Vasca de Administración Pública, N. 39, 1994, Oñati Guipúzcoa, España, mayo-agosto.

Michael Vivante, "Recopilaciones, Bases, Bancos de Datos, Compilaciones, colecciones, ¿La noción inhallable? A propósito y más allá de la proposición de la directiva europea", en Derecho de Alta Tecnología, año XVIII, No. 87 noviembre, 1994, Buenos Aires, Argentina.

Pablo Lucas Murillo, "La protección de los datos personales ante el uso de la informática" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 15, 1990, Madrid, España.

Pedro Dubié, "Uso por terceros de información de acceso público irrestricto. Quid del consentimiento previo de la persona" en la Ley. Año LXIII, No. 217 España.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

p. González, "Informática: La invasión", en Momento. Barcelona, 1970, noviembre, num. 13.

Roberto Tomiatti, "*Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales; principios de legislación comparada*", en Revista Vasca de Administración Pública, Oñati Gulpuzco España no. 29 enero-abril.

Truyol y Serra A. Villanueva. R. "*Derecho a la intimidad*" En I. D., 1975, No.1.

Vittorio Frosini, "*Bancos de Datos y tutela de Persona*", en revista de Estudios Políticos, Nueva época, num. 30, noviembre-diciembre, 1982, Madrid, España.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución española de 1978.

Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de octubre de 1996.

Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de junio de 1997

Ley General de Población.

Ley de Información Estadística y Geográfica

Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. 5/92. (España).

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN