



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA
CONSTRUCCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE
BASES DE DATOS PERSONALES DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.**

**Tesis que para obtener el Título de Licenciada en Derecho
Presenta:**

LETICIA ENDAÑU MONTIEL.

Realizada bajo la supervisión y dirección del

Licenciado Federico Alcalá Méndez.

**México, Distrito Federal
2007.**



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 Dios:

Por darme la vida y la inteligencia necesaria para saber aprovechar todas las oportunidades que me ha brindado hasta hoy; así como por haberme rodeado de personas que, me han alentado para culminar esta etapa de mi vida.

A la Universidad:

Por haberme recibido en sus aulas, en las cuales me forme como profesionista y de la cual me siento muy orgullosa de ser una más de las discípulas de la máxima casa de estudios de México, la UNAM.

A mis Padres y Hermanos:

Por todo el apoyo que me han brindado, tanto moral como económico ya que, cada uno de ellos ha confiado en mí y ha contribuido para que lograra mi ilusión de estudiar la Licenciatura en Derecho, lo cual no se paga ni con la mayor de las riquezas.

A Javier y Aldo:

Por apoyarme en todo momento desde que estamos juntos y especialmente a mi bebe Aldito, quien estuvo dentro de mí durante todo el desarrollo de este trabajo y es quien me impulsa para seguir superándome.

A las Licenciadas Sandra y Judith:

Por compartirme sus conocimientos y darme la oportunidad de desarrollarme profesionalmente, pero sobre todo por haberme brindado su confianza y amistad.

Al Licenciado Federico Alcalá Méndez:

Por guiarme en la elaboración de ésta tesis, por dedicarme gran parte de su valioso tiempo, por ser un amigo y un excelente asesor.

ÍNDICE

	Páginas.
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO 1.- Modalidades del derecho a la información en su carácter de derecho fundamental del ser humano.	4
1.1 Información y comunicación: la transformación de su connotación jurídica a partir de los conceptos “libertad de expresión, opinión y de imprenta” a derechos fundamentales del hombre en el siglo XXI.	4
1.2 Distinciones doctrinales y conceptuales entre derecho de la información y derecho a la información.	19
1.3 Inclusión del derecho a la información en el cuerpo dogmático de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	26
1.4 Conceptualización y alcance que adquiere el derecho a la información desde una perspectiva comparativa de normas y doctrina.	27
1.4.1. Doctrina derivada del Tribunal Constitucional Español.	28
1.4.2. Doctrina derivada del Pacto de San José de Costa Rica.	33
1.4.3. Doctrina derivada de la Corte Suprema Argentina.	36
1.4.4. Doctrina derivada del Tribunal Constitucional Colombiano.	37
1.4.5. Doctrina derivada de la Ley Federal de Acceso y Transparencia a la información pública gubernamental.	41
CAPÍTULO 2.- Bases de datos y derecho a la información.	46
2.1 Definición de “Base de datos” desde la perspectiva de la Informática y el derecho Informático.	46
2.1.1. Clasificación y tipos de Bases de datos.	48
2.1.2. Programación y construcción de Bases de Datos.	53
2.1.3. Utilidad económica derivada de la construcción de Bases de Datos.	59
2.2 Administración y construcción de bases de datos por parte del Estado.	61
2.2.1. Régimen jurídico y obligaciones a proporcionar información establecida por la Ley.	65
2.2.2. Información que deben contener las bases de datos del Estado.	67
2.3 Acceso a la información contenida en bases de datos públicas y privadas como sustancia del derecho a la información.	69
2.3.1. Concepto normativo y doctrinal de acceso a la información.	70
2.3.2. Concepto normativo y doctrinal de transparencia.	72
CAPÍTULO 3.- Responsabilidad jurídica del Estado en la administración y construcción de Bases de Datos: una perspectiva comparada.	75
3.1 El acceso y la protección de la información contenida en bases de datos del Estado.	75
3.1.1. Doctrina del Habeas Data en Argentina.	81
3.1.2. Doctrina del Tribunal Constitucional Español.	83
3.2.2. Doctrina del Tribunal Constitucional Colombiano.	85

3.2 Responsabilidad administrativa o penal de los servidores públicos o empresas privadas que administran y construyen bases de datos para el Estado.	88
3.2.1. Legislación Española.	91
3.2.2. Legislación Argentina.	96
3.2.3. Legislación Colombiana.	99
CAPÍTULO 4.- Alcances en la protección de información personal contenida en las bases de datos del Estado Mexicano: una propuesta a partir de la experiencia iberoamericana.	102
4.1 Redeterminación del derecho a la intimidad frente al embate de las tecnologías de la información: el conflicto entre un derecho fundamental del hombre y la paranoia post 11 de septiembre en los Estados modernos.	103
4.2 La obligación del ciudadano mexicano a proporcionar información a las bases de datos administradas por el Estado.	110
4.3 La supremacía del derecho fundamental a la intimidad: hacia una protección efectiva de información y datos personales de los ciudadanos mexicanos.	119
4.3.1. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México instituciones jurídicas similares al Habeas Data.	121
4.3.2. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México responsabilidades penales y administrativas a funcionarios y empresas encargadas de la administración y construcción de bases de datos del Estado.	125
4.3.3. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México una participación activa de la sociedad civil en la verificación y auditoría de las bases de datos del Estado.	128
Conclusiones.	130
Propuesta.	136
Bibliografía.	139

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la protección de datos personales y su confidencialidad, es un tema de suma importancia en la sociedad y cada día requiere de mayor atención por parte del Gobierno ya que este, es el encargado de garantizar a los ciudadanos el derecho a la intimidad y de mantener alejadas injerencias no deseables e indiscreciones abusivas que pudieran vulnerar otros derechos fundamentales.

En relación de lo antepuesto, el objeto del presente trabajo va encaminado a que el Estado Mexicano cuente con un ordenamiento jurídico que, faculte a los gobernados a conocer qué información poseen de ellos terceras personas, ya sea el Estado o un particular así como, qué datos desean proporcionar a esos terceros, saber quién los conserva y para qué fin van a ser utilizados, pudiendo inclusive oponerse a esa posesión haciendo valer los mecanismos de defensa diseñados para tal fin.

De igual manera se busca un marco legal que sancione la utilización de bases de datos por terceras personas, que sin autorización explícita del titular, tengan acceso a estas y provoquen daños en la esfera de lo personal, familiar, económico, social o profesional del individuo al que se le transgredió su intimidad.

En virtud de lo anterior, el estudio de esta tesis se ha repartido en cuatro capítulos; las modalidades del derecho a la información en su carácter de derecho fundamental del ser humano; bases de datos y derecho a la información; revisaremos desde una perspectiva comparada la responsabilidad jurídica del Estado en la administración y construcción de bases de datos; por último, exploraremos los alcances en la protección de la información personal contenida en bases de datos del Estado Mexicano, a partir de la experiencia Iberoamericana.

En un primer capítulo, revisaremos los documentos jurídicos internacionales que han incorporado en su texto el reconocimiento de las libertades de expresión, opinión e imprenta; así como la transformación de su connotación jurídica en el siglo XXI; haremos una distinción doctrinal y conceptual entre derecho de la información y derecho a la información; mencionaremos una breve síntesis de la forma de inclusión del derecho a la información, al cuerpo dogmático de nuestra Carta Magna. También, efectuaremos una comparación de la doctrina derivada de la interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales sobre este derecho en España, Argentina, Colombia y México.

En el capítulo segundo, partiremos de la definición técnica y jurídica de la palabra *base de datos*; analizaremos la clasificación que doctrinalmente se plantean; los indicadores mínimos que deben cubrir las personas interesadas en construir bases de datos, sean estas públicas o privadas; resaltaremos que, si bien es cierto que, estas bases son una herramienta muy valiosa para la elaboración de diversos fines comerciales, el Estado no debe verlas como mercancía; si no como una herramienta de trabajo.

En un tercer capítulo, exploraremos la institución jurídica del *Hábeas Data*, su significado, los tipos que existen de esta, los derechos que genera para los ciudadanos como son: el de rectificación, cancelación, actualización entre otros. Recopilaremos la forma de regulación de este mecanismo de protección, así como las responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos encargados de la administración de bases de datos en países como España, Colombia y Argentina.

En el último capítulo, analizaremos las consecuencias que se generaron en torno al derecho a la intimidad, después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, en países como México y Canadá; además de exponer algunas propuestas en el ámbito de derecho a la información tales como:

- Los elementos normativos que se requieren para crear en México instituciones jurídicas similares al *Hábeas Data* ya que, permitiría que los ciudadanos ejercieran su legítimo poder de disposición y control, sobre los datos de carácter personal que se encuentren registrados en bases de datos del Estado.
- Así también, instrumentar los elementos jurídicos necesarios en el país, para fincarles responsabilidades penales y administrativas a funcionarios encargados de administrar bases de datos del Estado debido a que, la carencia de mecanismos jurídicos idóneos en materia de procesamiento de bases de datos, permite un acceso ilegítimo por parte de estos, a información confidencial de los gobernados.
- Por último, instituir los elementos legales precisos, para fomentar una participación activa de la sociedad civil en la verificación y auditoría de las bases de datos del Estado.

En virtud de lo expuesto podemos señalar que, el inadecuado tratamiento de datos personales, puede ocasionar importantes daños a los derechos personalísimos y los intereses patrimoniales de los ciudadanos por lo cual, es indispensable establecer procedimientos que protejan en forma efectiva estos derechos.

CAPITULO PRIMERO.

Modalidades del derecho de la información en su carácter de derecho fundamental del ser humano.

En este primer capítulo, se presenta un breve panorama de cómo ha ido evolucionando el derecho a la información en el transcurso de los años; se analizan las distinciones conceptuales y doctrinales que existen entre los términos derecho de la información y derecho a la información.

Se estudia la forma en que, el derecho a la información se encuentra reconocido constitucionalmente en nuestro país; haciéndose además un análisis comparativo de este derecho, tomando en consideración la doctrina derivada de los altos tribunales de países con un sistema jurídico similar al del gobierno mexicano y el progreso que ha tenido en relación a este derecho.

1.1 Información y comunicación: la transformación de su connotación jurídica a partir de los conceptos “libertad de expresión, opinión y de imprenta” a derechos fundamentales del hombre en el siglo XXI.

Para iniciar el desarrollo de este tema, es necesario hacer referencia a los acontecimientos trascendentes de la historia, así como de los documentos jurídicos internacionales, que han influido para el reconocimiento de lo que hoy es un derecho fundamental para el hombre, es decir el “derecho a la información”.

En el siglo XVIII, el pensamiento y espíritu de la Revolución Francesa, fue decididamente una revolución de la burguesía; desde el punto de vista político, marcó el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; desde el punto de vista

institucional, con ella se generaliza la fórmula de lo que se llamará el Estado de Derecho.¹

La Revolución Francesa debe entenderse fundamentalmente como una revolución social. El resultado de sus ideas, basadas en la igualdad y la libertad, junto con el espíritu nacionalista, fue la aparición de nuevas directrices con arreglo a las cuales podrían desenvolverse las naciones europeas transformadas. Lo importante es que con ello se creó un nuevo concepto de sociedad, lo que preparó la mente de los hombres para recibir nuevas ideas y nuevas filosofías.²

La burguesía que ocupó situaciones muy diferentes en la sociedad, se adhiere a ciertas ideas comunes. Aparecen los rasgos de una filosofía burguesa, que no se presenta como una filosofía exclusiva de los burgueses, sino tiene como base la libertad, el progreso y el hombre.

El centro de todo ese proceso está en el liberalismo, tanto político como económico, que impregna la segunda mitad del siglo XVIII. Los pilares sobre los que se asienta, serán la igualdad, que destruye los antiguos privilegios, porque ahora todos los hombres son iguales ante la ley; las libertades civiles, que permiten que todo hombre pueda pensar, expresarse y obrar libremente sin más limitación que la libertad de los demás; y las libertades públicas, que afectan a las relaciones de los ciudadanos entre sí, como la libertad de prensa y las libertades de reunión, asociación y manifestación.

De hecho, las bases estaban dispuestas desde agosto de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y casi en una sola frase al

¹ Díaz Elías, "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", Editorial Taurus, Madrid 1981, p.23.

² Bronowski Jacob y Bruce Mazlish, "La tradición intelectual de occidente", Editorial Norte y Sur, Madrid 1963, páginas 474-499. En el sentido eminentemente social de la Revolución Francesa coincide Enrique Gómez Arboleya, "Historia de la estructura y del pensamiento social", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, páginas 307 y 308. Obra citada por, Escobar de la Serna Luis en su libro "Principios del Derecho de la información", Editorial Dykinson S. L., Madrid 2000, p. 51.

declarar que los “hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, lo que va más allá que el *habeas corpus* inglés y garantiza más la igualdad.

La vieja sociedad estamental es sustituida por una sociedad individualista en la que el sistema de privilegios, típico de aquella, desaparece para dejar paso a la igualdad formal de todos ante la ley. La relación política se transforma en profundidad como consecuencia del cambio en la titularidad de la soberanía, que pasa del rey al pueblo o la nación.

Al mismo tiempo, la Revolución Francesa plasma el pensamiento del Derecho natural racionalista, dando un carácter trascendente y universal a las declaraciones de derechos, que enuncian un corto catálogo de libertades negativas y de derechos del ciudadano, a intervenir en la formación de la voluntad general.

En el desarrollo de este proceso incide, Montesquieu, quien en su pensamiento la libertad es un bien que no puede ser violado porque pertenece necesariamente a la esencia del hombre y a su dignidad como persona. Y así para este autor la “libertad política de un ciudadano consiste en aquel sentimiento de tranquilidad que se deriva de la confianza en la propia seguridad.” Seguridad que constituye la base misma de las libertades.

El pensamiento revolucionario francés es un pensamiento liberal y establece su marca con mayor vigor en la defensa de los derechos individuales y personales, por lo que tuvo escasa conciencia de la repercusión social de los derechos y libertades que acababa de implantar. Por eso más adelante hubo de completarse esta visión individualista con otra legitimadora de carácter jurídico que ofreciese la garantía de su ejercicio, su regulación y sus límites, lo que también afectó, lógicamente, al derecho de información y de expresión.

En América, la expansión del espíritu liberal, llegó principalmente con Thomas Jefferson, tuvo su primera manifestación en la Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776, que redactó George Mason y que contiene toda una recopilación de derechos y libertades, entre las que se encuentra establecido “que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos”. La primera enmienda a la Constitución que añadió el *Bill of Rights* en 1791, ordenó concretamente que “El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al gobierno la reparación de sus agravios”.

En Europa, influenciados por la Declaración de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, se convierte en el principio de los posteriores documentos, convenios, cartas y declaraciones en defensa de los derechos humanos, haciendo imparable desde entonces el desarrollo de las libertades de expresión y de opinión. En su artículo 11 establece que:

*... la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley.*³

Tanto en uno como en otro caso, el americano y el francés, se inicia un fenómeno que ha sido denominado de “constitucionalización de la libertad de expresión”.⁴ En América, se regulan conjuntamente los derechos de libertad religiosa y de expresión, con lo que se constata el paralelo histórico que se da en su desarrollo ó más exactamente, la prioridad cronológica que correspondió a la libertad religiosa que, de alguna manera, abrió la vía y preparó el camino de la libertad de expresión. Para

³ Visible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>.

⁴ Muñoz-Alonso Alejandro, “Historia y fundamentos de la opinión pública”, p. 50-53. Obra citada por, Escobar de Serna Luis, autor del libro “Principios del derecho de la información”, Editorial Dykinson S. L., Madrid 2000, p. 60.

puntualizar, el papel decisivo de la opinión pública se convierte en el rasgo distintivo más importante del régimen político establecido por el liberalismo, que se convierte así en un régimen de opinión, esto es, un sistema de gobierno que se legitima por la opinión pública y que la tiene como criterio y punto de referencia permanente.

Para que se expanda el régimen de opinión pública tienen que desaparecer todavía varios obstáculos: solo cuando las desigualdades económicas y sociales fueron reducidas y los elementos de la población que se habían elevado de nivel se negaron a permitir la desigualdad política, pudo impulsarse la idea de que el gobierno debía hacer concesiones a la opinión pública, de hecho, ésta es un fenómeno de civilización de clase media. El aumento de su poder económico y la extensión gradual de la cultura son otros dos aspectos esenciales de este proceso.

Las guerras napoleónicas llevaron la influencia de las Declaraciones de Derechos a todos los países de Europa, entre los que España no fue una excepción. La Constitución de 1812 ya establece en su artículo 371 que:

... todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes”, y la cual ya había tomado cuerpo en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 10 de noviembre de 1810.⁵

El siglo XIX se vio sacudido por los movimientos de acción y reacción entre liberales y partidarios del antiguo régimen, de modo que la implantación de la libertad de expresión ni es uniforme ni completa, aunque acabará imponiéndose más como una concesión del poder político que como un derecho humano reconocido y verdaderamente protegido en la práctica. Así pues, los liberales del siglo XIX vivieron

⁵ Puede consultarse la pagina <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/12260843118006070754624/ima0239.htm>.

también, en un conjunto con la idea de un conflicto permanente entre las exigencias del individuo y de la sociedad. El Estado, el gobierno, era visto como un mal necesario cuya actividad era preciso limitar al máximo.

El hecho es que el desarrollo de la prensa, el poder social y político que adquiere, le hace asumir incluso funciones de interés público. Esta realidad obliga al legislador a regular jurídicamente una relación cada vez más estrecha entre la sociedad, el poder político y los medios. Las primeras leyes de prensa aparecerán durante todo el siglo XIX muy apegadas a los movimientos políticos predominantes, liberales o conservadores, con modelos permisivos o limitadores, pero siempre teniendo en cuenta las prevenciones ante los abusos de la imprenta.

Todo ello crea ya un derecho universalmente reconocido a la libertad de información protegida y regulada por el Derecho y los numerosos códigos de ética profesional elaborados por los propios informadores.

Por otra parte, la limitación del poder del ejecutivo que aparece como una necesidad ante los constantes intentos de invasión mediante la censura u otros tipos de control de la libertad de expresión acaba dando paso al reconocimiento de la prensa como poder social, lo que obliga a su regulación jurídica en claro reconocimiento de un fenómeno irrefutable, que no haría sino prosperar y desarrollarse en el futuro. Desde el primer momento se han constatado los aspectos negativos de la propia libertad de prensa, subrayándose la dificultad de impedir sus abusos sin atentar contra su contenido fundamental. Los cambios de índole tecnológica e institucional de los medios, pero también del propio sistema político, han sido tan profundos que todavía no se ha producido una acomodación adecuada entre ambos.

Es evidente que los derechos del hombre han de considerarse como algo inherente a la naturaleza humana. Empieza advertirse una relación cada vez más evidente e innegable entre el respeto y la protección de los derechos humanos entre los Estados, incluidas las libertades de

expresión e información como derechos fundamentales y el mantenimiento de la paz internacional, movimientos que, tras la Segunda Guerra Mundial, se convierte en exigencia inexcusable en las relaciones entre los Estados y que se plasma en una serie de declaraciones y convenios, ampliamente reconocidos en el ámbito internacional, encontrándose entre los más importantes los siguientes:

La Carta de las Naciones Unidas.

No puede hablarse de un auténtico reconocimiento internacional de los derechos humanos hasta la Carta de las Naciones Unidas, (en San Francisco, 26 de junio de 1945), aunque en realidad se limite a formular el principio de una protección internacional de tales derechos y de las libertades fundamentales sin desarrollarlo mediante normas concretas, principio que, además, aparece vinculado al problema de la paz y la seguridad internacionales y al fenómeno de la descolonización. La protección de los derechos humanos, en cuanto a técnica de acción, ha sido concebida también en las Naciones Unidas como un aspecto más de la cooperación entre Estados. En efecto, el artículo 1.3 de la Carta subraya que es propósito de las Naciones Unidas *“realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades de todos, sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dado que la Carta de San Francisco no hace referencia a los derechos fundamentales de la persona, se creó una Comisión de Derechos Humanos que redactó un proyecto de Declaración que fue aprobado por Resolución 217 de la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ya en su preámbulo, admite que los derechos humanos fundamentales tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana como derechos iguales e inalienables. La Declaración contiene una serie de derechos inherentes a la existencia misma de la persona, otros relativos a su protección y seguridad, los de contenido económico y social para su

desarrollo, los relacionados con la vida social y jurídica y los relativos a la vida política de la persona, entre los que destaca la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a su manifestación pública (artículo 18) y muy especialmente el proclamado en el artículo 19, el cual establece que:

*... todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*⁶

Lamentablemente la Declaración Universal de Derechos Humanos no concede a los individuos el derecho de acción o de petición ante los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas, para asegurar la realización efectiva de tales derechos, ni establece ningún otro mecanismo jurídico de control.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Para reforzar la Declaración Universal y lograr una fuerza vinculante como de garantía de aplicación de los derechos humanos, la Asamblea General aprobó el 16 de diciembre de 1966 por Resolución 2220 (XXI), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.⁷ El primero, no impone obligaciones inmediatas ni directas, sino que establece determinados objetivos que los Estados partes deben alcanzar mediante la progresiva adecuación de sus ordenamientos internos, por lo que se trata de simples compromisos de carácter programático; el segundo, contiene dos diferencias importantes, la primera reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en su artículo 18, a la vez que declara en el artículo 19 lo siguiente:

⁶ Consultar la página <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

⁷ El primero está en vigor desde el 3 de enero de 1976 y el segundo desde el 23 de marzo del mismo año.

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*⁸

Este artículo, que amplía y matiza el contenido del también artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mantiene una clara similitud con el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa. Ambos, establecen, junto al derecho que se reconoce y protege, la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión en virtud de las responsabilidades y deberes que igualmente entraña el ejercicio de esta libertad, basadas en la necesidad de amparar otros derechos e intereses superiores igualmente necesitados del amparo del Derecho.

La segunda novedad importante, consiste en el establecimiento de un sistema de informes para garantizar el cumplimiento del Pacto. A diferencia del pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, el de Derechos Civiles y Políticos establece, la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos en él reconocidos a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción y se comprometen a adoptar las medidas y dictar las disposiciones legislativas necesarias, para hacer efectivos los derechos contenidos en el Pacto. En todo caso y aunque su efectividad práctica no

⁸ Vease en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.

sea absoluta, debe reconocerse que al menos la existencia de estos Pactos ha planteado por primera vez a escala internacional el problema de la necesidad de protección de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa.

El Consejo de Europa, organización internacional de Europa occidental creada el 5 de mayo de 1949, constituye fundamentalmente una comunidad ideológica, basada en el triple pilar de la democracia parlamentaria, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos del hombre. Precisamente por ello y por la homogeneidad política reinante entre los Estados miembros, así como por el generalmente alto nivel de respeto hacia tales derechos, es el ámbito de dicha organización donde más lejos se ha llegado en el campo de la protección internacional de los derechos del hombre. De un modo general, la obra del Consejo de Europa en este terreno puede dividirse en dos categorías bien definidas; derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales de otra. La primera categoría de derechos está protegida en el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. La segunda categoría de derechos es objeto de protección en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

En el sistema del Convenio de Roma y sus protocolos adicionales, se protegen fundamentalmente derechos civiles y políticos, aunque se salvaguardan también algunos de carácter social y cultural. El artículo 9 reconoce que:

*... toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*⁹

⁹ Visible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-tribunaleuropeodhumanos-cedh>.

Y el artículo 10 garantiza la libertad de expresión y el derecho a la información concretamente que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrán ser sometidos a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Los Estados americanos signatarios de la Convención, reafirmaron su propósito de consolidar en ese continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo que tales derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; es por ello que en el artículo 13 se reconoce la libertad de pensamiento y de expresión proclamándola de la siguiente forma:

...1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información y por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.¹⁰*

Es importante señalar que esta Convención, concede a los individuos un derecho de acción, para que en caso de alguna violación a los derechos en ella reconocidos, por parte de algún Estado miembro, acudan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia creada para conocer de estos mecanismos de control y de esta forma salvaguardar y hacer respetar tales derechos.

¹⁰ Consultar la página <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

El acta final de Helsinki.

La Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa tuvo como resultado más tangible el Acta Final de Helsinki de 1 de agosto de 1975, firmada por 35 Estados. El principio VII del decálogo trata de los derechos humanos, en su numeral 32 expresa que:

... cada Estado participante velará por que el personal que sirva en sus fuerzas militares, paramilitares y de seguridad pueda disfrutar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales recogidos en los documentos de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa y el derecho internacional, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales pertinentes y con las necesidades del servicio.¹¹

En efecto, en dicho principio los Estados participantes en la Conferencia se comprometen a respetar los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y otros derechos y libertades, haciendo mención específica de algunos de ellos como la libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencia, así como de los derechos de las minorías nacionales.

Lo que realmente importa en la protección internacional de los derechos del hombre no es la numeración y definición de ellos, sino la eficacia de los recursos que se pongan a disposición de los particulares ante instancias internacionales de control y garantía. Y tomando en cuenta esta apreciación, en el Acta Final de Helsinki no menciona mecanismos institucionales y ni siquiera de un control intergubernamental por vía de informes. Por lo que el acta señalada ha quedado sencillamente en un punto necesario de referencia sobre la materia.

¹¹ Visible en <http://www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-8/rev3.htm>.

La Comunidad Europea.

El Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, cuyo artículo 6.2 establece que: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmando en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”.

Por su parte, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, contenido en el Título II del Tratado de la Unión Europea, defiende en sus artículos 17 a 22 los derechos propios de los ciudadanos de la Unión, como la libertad de residencia, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo de los residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, o el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el defensor del Pueblo.

De gran trascendencia son, en este sentido, las aportaciones del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Amplia las premisas del artículo 6.1 al señalar que:

La unión se basa en los principio de libertad, democracia, respeto de los derecho humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, cuya identidad nacional será respetada.

Lo que cristaliza sólidamente en el Tratado de Ámsterdam, al reforzar éste la defensa de los derechos fundamentales y tender al establecimiento progresivo de un área de libertad, seguridad y justicia, no es sino un empeño institucional comunitario que se venía ideando de antiguo para la más firme protección de los derechos humanos de los ciudadanos de la Unión, entre los que el derecho a la libertad de información juega un papel primordial.

Por último, en la Conferencia Europea de Niza de 7 de diciembre de 2000 fue proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual en el artículo 11 enuncia literalmente:

... Artículo 11. Libertad de expresión y de información

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2.- Se garantiza la libertad de los medios de comunicación y la libertad de información dentro del respeto del pluralismo y de la transparencia.¹²

Carta que carece de fuerza jurídica vinculante, pero que en la práctica deberá ser tenida en cuenta por los Estados miembros y las instituciones europeas que, por coherencia política, no podrán adoptar decisiones que se opongan a los valores proclamados en ella.

Otras organizaciones internacionales.

Entre las organizaciones internacionales con relevancia informativa en atención a sus objetivos principales, merecen destacarse especialmente, la UNESCO, (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), que destaca como su principal propósito en el artículo primero de su constitución el de contribuir a la paz y a la seguridad internacional a través del respeto a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, para lo que recomendará los acuerdos internacionales que estime convenientes para facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen.

Grandes contribuciones nos ha proveído el derecho internacional público, como lo es la conformación de un cuerpo de normas jurídicas, regulador de la transmisión internacional de las informaciones, pues los avances científicos y técnicos que han venido aplicándose al intercambio

¹² Puede consultarse http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

informativo han exigido del ordenamiento internacional un esfuerzo permanente de regulación de cada una de las áreas relacionadas con la comunicación, de forma que en la actualidad es posible apreciar la existencia de un bloque importante de normas de Derecho Internacional Público relacionadas con la comunicación que, en atención a las materias concretas que atiende, pueden agruparse en tres áreas distintas a) la consideración de la información como un derecho intrínseco de la persona, como derecho humano; b) la reglamentación de los aspectos técnicos asociados al proceso de comunicación internacional, y c) el establecimiento de un régimen jurídico-económico de la información. También es importante el hecho de que las normas jurídicas elaboradas en estos países parten de un nivel de protección igual o equivalente, lo que facilita la adhesión a los Convenios o Resoluciones de las instituciones internacionales, como lo es el asunto de la protección de datos personales.

Como se puede observar, la independencia y autosuficiencia legislativa de que han gozado todos los países en el ámbito de la comunicación, parece derrumbarse ante el siglo XXI, debido a los avances tecnológicos, que han destruido las barreras geográficas y temporales que separaban a los Estados y ciudadanos en materia de comunicación. Y con las distintas mentalidades de cada país dificultan una adecuada regulación del fenómeno desencadenado por estos nuevos avances, que requieren con la mayor urgencia posible, un Derecho de la Información, con un absoluto respecto a las libertades inherentes al ser humano y a sus derechos más esenciales, para abordar cualquier intento de regulación en la nueva sociedad de la información.

1.2 Distinciones doctrinales y conceptuales entre Derecho de la información y derecho a la información.

Para tener claramente diferenciados los conceptos, “Derecho de la información” y “Derecho a la información”, en este punto se enumeraran

definiciones de cada una de estas palabras, propuestas por diversos autores.

Desde el punto de vista jurídico, la información, como materialización normativa, es un derecho fundamental reconocido por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, denominado derecho a la información. Desantes Guanter considera que “el derecho a la información se fundamenta en que la información es, ella misma, un bien humano y social y produce, como consecuencia, bienes humanos y sociales “. ¹³

Cuando el 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas describe por primera vez que: “Todo individuo tiene derechos a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” se está afrontando directamente el establecimiento de un derecho universal a la información.

Al ser determinada la información como un derecho humano, se puede estudiar ese derecho a la información considerando los elementos de toda relación jurídica: el sujeto, el objeto y el contenido, lo que viene a dejar en claro que ese derecho encierra diversas facultades o derechos subsiguientes y correlativos: recibir y difundir informaciones; recibir y difundir opiniones y derechos a investigar informaciones y opiniones. Si bien se trata de un derecho joven en su formulación, fue una piedra sólida para poner los fundamentos del Derecho de la Información, considerado como el ordenamiento jurídico objetivo que reconoce y como la ciencia que lo estudia porque hacía falta precisar nociones, establecer conceptos y delimitar los alcances y el contenido del tal derecho. Derecho que tiene como contenido la información.

¹³ Desantes-Guanter José María, “La información como deber”, p. 16. Obra citada por Robles Guadalupe, en Derecho de la Información y Comunicación Pública, Origami Editorial, México 2004, p. 44.

La ciencia del derecho, además de ser ciencia de normas, es también ciencia normativa, por lo que el derecho de la información se define como ciencia y no como ordenamiento, al que presupone y completa.

Es necesario puntualizar, sin embargo, que el derecho de la información es también el punto en donde se entrecruzan ramas distintas del derecho, cada una con su propio fundamento, al que la perspectiva unitaria y unificadora de la información les confiere una homogeneidad. En otra descripción podría verse el derecho de la información como:

La ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos, les confiere una específica perspectiva jurídica, capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho de la información.

Sin embargo, desde su origen, el derecho de la información estableció las bases jurídicas para la defensa, de las libertades de información, de expresión y de opinión, creando el cuerpo jurídico necesario para garantizar sus objetivos fundamentales en todos los ordenes. Aunque hay que decir que las nuevas tecnologías han abierto nuevos desafíos para el derecho y para los propios sistemas políticos, carentes de instrumentos jurídicos para proteger al individuo y regular la nueva realidad que la sociedad de la información nos somete.

El derecho de la Información no crea la información, ni los elementos, ni los procesos, relaciones o consecuencias, en que la información, que también es objeto de una ciencia, se sustenta. Pero la reconoce y la regula. Por eso intentando aproximarnos a un concepto del Derecho de la Información se puede afirmar que “es aquella ciencia jurídica que acota los fenómenos informativos de todo tipo y los encauza hacia la justicia.”¹⁴

¹⁴ Bel Mallén Ignacio, Loreto Corredoira y otros, “Derecho de la Información”, Editorial Ariel, Barcelona España 2003, p. 55.

El afán de buscar y precisar un concepto es parte vital de la actividad investigadora ya que permitirá establecer la fórmula que abarca comprensivamente la realidad de la nueva ciencia. El concepto propuesto por Marisa Aguirre Nieto, es el siguiente: *Derecho de la Información es la ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos, les confiere una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información.*¹⁵

Una definición de derecho de la información propuesta por Sergio López Ayllón, establece que éste es un concepto doctrinal y nos advierte sobre su situación incipiente como disciplina:

*El “derecho de la información” es un concepto doctrinal que se refiere al estudio y sistematización de las disposiciones jurídicas positivas en materia de información. Por definición, incluye, pero no se agota, en el estudio de las libertades de recibir, buscar y difundir informaciones y opiniones. Aunque los esfuerzos se han multiplicado en los años recientes, este derecho es todavía incipiente, pues aun no se ha elaborado un cuerpo organizado de principios que permitan sistematizar el estudio de las normas jurídicas en materia de información. Su estudio responde, en la mayoría de los casos, a tipologías ad hoc que describen la situación en países y circunstancias específicas.*¹⁶

De acuerdo a Ernesto Villanueva, el Derecho de la información es un área que nace de la necesidad de reglamentar y organizar el ejercicio de un derecho natural del hombre. Señala que es una rama de derecho que se encuentra en formación y esta en busca de autonomía respecto de las ramas clásicas de la ciencia jurídica.

¹⁵ Ibidem, p. 58.

¹⁶ López Ayllón Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental, en Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva”, Interamericana Mc Graw-Hill, México 1997, p. 173.

Villanueva la define como la rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información a través de cualquier medio.

El maestro Jorge Carpizo define el Derecho de la Información como: El conjunto de normas jurídicas que regulan y tutelan las libertades, garantías, facultades y delimitaciones que integran el derecho a la información.¹⁷

Por lo que de acuerdo a las definiciones propuestas por los teóricos arriba mencionados, podemos decir que, el derecho a la información es el objeto de estudio del derecho de la información.

Para Villanueva, el derecho a la información únicamente denota las normas jurídicas que regulan el acceso del público a la información generado por los órganos del Estado, por lo tanto sus alcances son más restringidos.

En uno de los primeros trabajos sobre este tema, publicado en 1974, Remedios Sánchez Ferriz sostuvo que el derecho a la información tiene las siguientes características:

1. Es un derecho “natural”, por cuanto su razón de ser radica en la naturaleza sociable del hombre.
2. Es personal, porque incide en el perfeccionamiento de la persona, sobre todo en su esfera social.
3. No es un derecho absoluto, sino susceptible de limitaciones.
4. Es público, por las razones antes aludidas.
5. Es un derecho político, en el sentido de que posibilita y se funda en la participación política o en las funciones públicas.

¹⁷ Villanueva Ernesto, “Hacia un nuevo derecho de la información”, Universidad Iberoamericana Fundación Honrad Andenaver, México 2000, p. 47.

6. Es un derecho universal, inviolable e inalienable.¹⁸

De acuerdo con lo expuesto, afirmamos que el derecho a la información es un derecho fundamental tanto de carácter individual como colectivo, cuyas limitaciones deben estar establecidas en la ley, así como su garantía de que la información sea transmitida con claridad y objetividad, por cuanto a que es un bien jurídico que coadyuva al desarrollo de las personas y a la formación de opinión pública de calidad para poder participar y luego influir en la vida pública.

Las facultades inherentes del derecho a la información, como son las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, incluyen, para el caso mexicano, las libertades de expresión y de imprenta, que se extienden al acceso de informaciones, opiniones o ideas por cualquier medio.

El derecho a la información constituye un grupo complejo de derechos que tienen tanta relación con el sujeto que informa o informador y aquellos que reciben dicha información o informado. Es así que bajo el concepto “derecho a la información” encontramos un complejo sistema de derechos y obligaciones que incumben a ambas partes dentro del flujo de comunicación de la información.

Damián Loreti,¹⁹ considerando el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica y los textos constitucionales latinoamericanos, hace las siguientes distinciones:

En relación al Informador, dentro del marco conceptual “derecho a la información” se encuentran los siguientes derechos:

¹⁸ Sánchez Ferriz Remedios, “El derecho a la información”, p. 73-77, citado por Escobar de la Serna Luis, en “Principios del derecho de la información”, Editorial Dykinson S. L., Madrid 2000, p. 37.

¹⁹ Loreti, Damian, “El derecho a la información”, Editorial Paidós, Buenos Aires 1995, p. 131.

1. Derecho a investigar y buscar informaciones y opiniones;
2. Derecho a difundir informaciones de relevancia pública por cualquier medio y opiniones;
3. Derecho a emitir informaciones y opiniones;
4. Derecho a no ser censurado ni objeto de restricciones preventivas en forma explícita o implícita, directa o indirecta, a excepción de medidas destinadas a proteger la moral de los menores o adolescentes o en casos de estados de excepción constitucional;
5. Derecho de acceso a las fuentes de información;
6. Derecho al secreto profesional periodismo y a la reserva de las fuentes;
7. Derecho a la cláusula de conciencia;
8. Derecho de acceso y utilización de los instrumentos y medios naturales o tecnológicos necesarios que permitan emitir las opiniones e informaciones.

Por cuanto al informado, se obtienen los siguientes derechos:

1. Derecho a recibir informaciones y opiniones;
2. Derecho a seleccionar la información que recibe y los medios a través de la cual recibirla;
3. Derecho a ser informado veraz y oportunamente;
4. Derecho a que sea preservada su honra y su vida privada;
5. Derecho a rectificación o respuesta;
6. Derecho a solicitar la imposición judicial de responsabilidades civiles y penales en los casos determinados por cualquier ordenamiento jurídico.

Es así que el derecho a la información es un “derecho de doble vía” porque, para que este se cumpla en estricto sentido de acuerdo al espíritu de los derechos fundamentales, ha de involucrar invariablemente a ambos extremos del flujo de comunicación.

Para evitar confusiones, es importante hacer la diferencia de los conceptos derecho a la información y derecho de la información. Si el derecho a la información es un derecho humano, el derecho de la información es una ciencia jurídica y una ciencia informativa.²⁰

Por lo que para concluir, podemos definir al **derecho de la información** como la rama del derecho público, cuyo objeto es el estudio de las normas jurídicas que regulan los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información a través de cualquier medio. En tanto que **el derecho a la información** contiene tres facultades jurídicas básicas las cuales son: la facultad de investigar, difundir y recibir información. Son facultades que se pueden ejercitar conjunta o separadamente y determinada por tres factores: su finalidad, su estructura y su objeto propio.

1.3 Inclusión del derecho a la información en el cuerpo dogmático de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución de 1917 retornó casi en su totalidad el contenido del artículo 6° de la Constitución de 1857. Desde aquella, este artículo ha sido reformado sólo una vez y fue el 6 de diciembre de 1977 con la reforma que modificó la parte final del citado artículo de la Constitución, y por cual se introdujo la frase: “el derecho a la información será garantizado por el Estado” se indica el debate sobre la interpretación y aplicación de este derecho. El texto constitucional no es claro en describir, definir o delimitar el “derecho a la Información” y el cual dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 6 “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de un ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

²⁰ Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Derecho a la Información”, Buenos Aires, p. 34. Referencia citada por García Murillo José Guillermo, “Derecho a la información, consideraciones jurídicas para reglamentarlo en México”, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, México 2004, p. 98.

En su caso también, los artículos 7° y 8° garantizan la libertad de imprenta y el derecho de petición de los ciudadanos. La base jurídica del derecho a la información es la libertad de informar y de informarse que tiene toda persona que goce plenamente de las garantías constitucionales. El derecho a la información constituye la base fundamental del régimen jurídico de la información.

Conforme a la amplitud y permanente desarrollo de la actividad informativa, los conceptos como derecho de expresión y derecho de opinión terminaron siendo insuficientes. De esta manera, el derecho a la libertad de expresión, establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se convierte en un derecho realmente reconocido con carácter universal como derecho a la información en 1948, con la proclamación del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que: todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Frente a esta falta de precisión de la norma constitucional, el concepto “derecho a la información” debe analizarse, en relación al sistema jurídico mexicano, en torno a las disposiciones contenidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto de ambos instrumentos internacionales, y de acuerdo al artículo 133 de la Constitución, constituyen norma positiva y vigente.

1.4. Conceptualización y alcance que adquiere el derecho a la información desde una perspectiva comparativa de normas y doctrina.

En este tema se desarrolla el concepto de derecho a la información tomando en consideración lo que establece la legislación vigente, así como la doctrina que se deriva de la interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales sobre este derecho en España, Costa Rica, Argentina, Colombia y México.

1.4.1. Doctrina derivada del Tribunal Constitucional Español.

La legislación española sobre derecho a la información consiste en gran medida en el desarrollo normativo de los artículos 18 y 20 de la Constitución Española. Estableciendo, el primero de ellos, en el tema que nos ocupa que: la ley limitará 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. Por lo que hace al segundo precepto constitucional aludido, este reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Una ley específica regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades; y las obligaciones que se deriven de los convenios internacionales sobre la materia de los que España forma parte. Sin embargo, la misma heterogeneidad de estos preceptos parece haber condicionado una legislación errática, en parte incluso, preconstitucional.

La Constitución Española de 1978, además de consagrar la libertad de expresión como eje central del derecho a la información, prohibió la censura previa y consagró dos de los derechos reivindicados históricamente por los periodistas: el secreto profesional y la cláusula de conciencia.

El derecho de acceso a los archivos y registros de las administraciones públicas se encuentra reconocido de forma genérica en el artículo 105 de la Constitución española que dispone: la ley regulará el acceso de los

ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Se trata de una disposición que apunta en la línea de transparencia de la administración, un concepto acuñado en la legislación comunitaria europea, sobre información al público durante la tramitación y al término de los procedimientos administrativos.

Por lo que hace a los convenios internacionales de carácter general, España tiene suscrita la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 19 se refiere a las libertades de opinión y expresión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, que las menciona en su artículo 19 y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que reconoce también estos derechos en su artículo 10.

Es importante mencionar que en España, el derecho a la información es un tema que se ha reconocido como tal y ha venido desarrollándose aproximadamente desde 1950, por lo que el Tribunal Constitucional Español expresa que esta libertad contemplada en el artículo 20 de la constitución española, prevalece sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, todos estos derechos fundamentales de los ciudadanos establecidos en el artículo 18 de la misma carta, por lo que para robustecer este dicho se cita la siguiente sentencia:

Según reiterada doctrina constitucional, las libertades del artículo 20 de la Constitución Española no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución Española, en los que no concurre

esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática.

La legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere, no sólo que la información cumpla la condición de veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, puesto que, de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y a la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto.²¹

Tomando en consideración lo pronunciado por el tribunal español en la sentencia antes mencionada, en donde el derecho a la información prevalece sobre los derechos de la personalidad de los gobernados, se yuxtapone además el hecho de que protege derechos fundamentales de la mayoría frente a ciertos derechos individuales esenciales también, es por lo que, al estar uno frente al otro prepondera el derecho a la información, en este sentido tenemos la siguiente sentencia:

Todo ciudadano responsable en una sociedad democrática tiene que admitir que la doctrina que el Tribunal Constitucional va elaborando en torno a ese derecho constitucional, como garantía de la libertad política fundamental de la opinión pública, ligada al pluralismo político, esencial en un estado democrático, es una doctrina acertada en cuanto que trata de proteger los derechos fundamentales de la mayoría frente a ciertos derechos individuales, también fundamentales. Así, en la colisión que se produce entre ambos, se hace prevalecer a menudo el derecho a la información veraz. Esta protección confiere una gran seguridad a los responsables de difundir la información, y esta seguridad se traduce

²¹ Visible en la página <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia>. Número de referencia: 172/1990, fecha de aprobación 12/11/1990, Publicación BOE 19901130 [«BOE» núm. 287], Sala Segunda. Excmos. Señores. Rubio, Díaz, Rodríguez-Piñero, de los Mozos, Rodríguez y Gabaldó, Ponente Don Eugenio Díaz Eimil, número registro 803/1988, Recurso de amparo.

inevitablemente en una mayor libertad de información, que a su vez fortalece la seguridad y acrecienta la libertad, y así sucesivamente. Es un proceso humano natural, que ha de tener un límite, y ese límite lo imponen las leyes, cuya interpretación en última instancia, asume el Tribunal Constitucional, en una muy difícil y delicada labor de adaptación a las circunstancias socio-políticas, en continua evolución, y de protección a las libertades fundamentales de la mayoría, que como todas las libertades tienen un impulso natural a ser ilimitadas.²²

Para el órgano jurisdiccional en España el derecho a la información, además de ser como lo hemos aludido en párrafos anteriores, una libertad individual es una garantía institucional y que, si el ejercicio de esa libertad se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado legalmente, en materia penal podría operar como causa excluyente de la tipicidad o antijuridicidad, en delitos de injuria, calumnia y desacato, para apoyar lo anterior se transcribe el siguiente criterio de jurisprudencia:

Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del animus iniurandi. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la tipicidad o antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución y, más si su finalidad tiende a un mejor

²² Vease en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia>. Número de referencia: 112/2000, fecha de aprobación 5/5/2000, publicación BOE: 20000607 [«BOE» núm.136], sala primera, ponente Don Pablo Cachón Villar, número de registro 4207/1996, Recurso de Amparo.

*funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductas lesivas para la sociedad.*²³

Según criterios que se han ido perfilando, el tribunal constitucional español ha condicionado la preferencia del derecho a la información sobre el derecho al honor, a que se traten de hechos con relevancia pública y a que dicha información sea veraz, no pretendiendo decir que sea un requisito esencial que el contenido de la información sea totalmente exacta, sino con la finalidad de negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos simples rumores sin que el profesional de la información haya constatado la autenticidad de los acontecimientos, realizando un debido procedimiento de investigación, por lo que en este sentido se cita la siguiente jurisprudencia:

Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, partiendo de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este derecho, no solo se protege un interés individual sino que:

- *entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático;*
- *se condiciona la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz;*
- *la veracidad parte de negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin*

²³ Visible en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia>. Número de referencia 297/2000, fecha de aprobación 11/12/2000, publicación BOE 20010116 [«BOE» núm. 14], sala segunda, ponente don Tomás S, número registro 1718/1997, Recurso de amparo.

*comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.*²⁴

1.4.2. Doctrina derivada del Pacto de San José de Costa Rica.

En la legislación costarricense, el derecho a la información se encuentra regulado constitucionalmente en el artículo 30 al garantizar el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedando a salvo los secretos de Estado.

A pesar de que Costa Rica, no tiene una ley reguladora de este derecho; la sala constitucional de la Corte Suprema, vía jurisprudencial, le ha dado una operatividad efectiva, apoyándose incluso a nivel convencional con los órganos encargados de la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), los cuales han dictado un conjunto de resoluciones y sentencias en el campo de las libertades de expresión y de opinión, interpretando el artículo 13 del Pacto que consagra el derecho a la información, sus límites y prohibiciones.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaído en el caso **Marcel Claude Reyes y otros contra Chile**, en donde tres ambientalistas chilenos solicitaron al gobierno información pública que éste negó, condenando al Estado de Chile por violar el derecho al acceso a la información pública, contenido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta emblemático por ser la primera vez que un tribunal internacional se pronuncia respecto de este derecho, estableciendo un importante precedente para consolidar su reconocimiento y respeto a nivel regional, por lo que la Corte señala literalmente en la sentencia de referencia lo siguiente:

En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de

²⁴ Visible en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia>. Número de referencia: 53/2006, fecha de aprobación 27/2/2006, publicación BOE 20060331, sala primera, ponente Don Javier Delgado Barrio, número registro: 2760-2000, Recurso de amparo.

pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

La Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.²⁵

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión contempla dos dimensiones: **individual y otra social**. La primera de ellas comprende el derecho de hablar, de escribir y el derecho

²⁵ Puede consultarse la página <http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=jurisprudencia>. Corte Interamericana de derechos humanos, caso 07/05/1998 Claude reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Juez Sergio García Ramírez, Secretario Pablo Saavedra Alessandri.

de utilizar cualquier medio para difundir lo que se piensa; la dimensión social engloba el intercambio de opiniones y el derecho a conocer opiniones o noticias difundidas por terceros, las cuales poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención; para lo cual la corte ha dispuesto:

La Corte ha indicado que la dimensión individual de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la dimensión social, del derecho a la libertad de expresión, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.²⁶

La Corte Suprema de Costa Rica, considera que el derecho a la información contemplado en el artículo 30 constitucional, puede verse desde diversas perspectivas, las cuales se exponen en los siguientes términos:

La libertad de información podría decirse que tiene varias facetas, según lo ha reconocido la doctrina nacional:

²⁶ Vease la página [http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=jurisprudencia.Caso contencioso de Mauricio Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica](http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=jurisprudencia.Caso%20contencioso%20de%20Mauricio%20Herrera%20Ulloa%20contra%20el%20Estado%20de%20Costa%20Rica), la Corte Interamericana de Derechos Humanos Expediente: 02-009167-0007-CO, Resolución: 2003-03489.

- a) *la libertad de imprenta en sentido amplio, que cubre cualquier tipo de publicación ;*
- b) *la libertad de información por medios no escritos y*
- c) *el derecho de rectificación o respuesta.*

La libertad de prensa engloba de manera genérica todos los tipos de impresos, impresión, edición, circulación de periódicos, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Es por su naturaleza vehículo natural de la libertad de expresión de los ciudadanos. Se traduce en el derecho para los administrados de buscar y difundir las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas sobre hechos que por su naturaleza son de interés de la generalidad por considerarse noticiosos. Por su naturaleza, está sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión. Tiene como funciones en la democracia: informar (hechos, acontecimientos noticiosos), integrar la opinión (estimulando la integración social) y controlar el poder político, en cuanto es permanente guardián de la honestidad y correcto manejo de los asuntos públicos.²⁷

1.4.3. Doctrina derivada de la Corte Suprema Argentina.

En la Constitución Argentina, el derecho a la información se regula de la siguiente manera:

Artículo 43.- 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.

²⁷ Consultarse la página http://www.constitution.org/cons/costa_rica/costa_rica. 2006-05977. Expediente: 04-001673-0007-CO, Resolución 2006-05977, sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, tres de mayo de dos mil seis.

*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 privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...*²⁸

Como podemos observar, en el precepto citado el derecho a la información va de la mano con la protección de bases de datos personales y sobre este tema, la jurisprudencia constitucional argentina ha pronunciado los siguientes razonamientos:

- Es una acción de derecho procesal constitucional que surge operativamente del artículo 43 de la Constitución Nacional y confiere un derecho de acceso a la información de datos personales contenidos en registros o archivos públicos y privados que puedan ser utilizados para una finalidad específica de difusión y un derecho de contralor de la veracidad de las constancias allí registradas. Ello implica que dicha información pueda ser modificada, suprimida o actualizada.

*- Derecho a ser informado. La protección de los derechos del individuo en el sistema de protección de datos comprende la dialéctica preservación de la privacidad y el derecho a ser informado de los datos registrados acerca de las personas.*²⁹

1.4.4. Doctrina derivada de la Corte Constitucional Colombiana.

Por lo que respecta a Colombia, el derecho a la información se reconoce en la Constitución en el artículo 15 al establecer que:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De

²⁸ Visible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>.

²⁹ Slaibe, María Eugenia, "Hábeas Data Doctrina-Legislación, Jurisprudencia Aspectos prácticos", Editorial la Ley S. A Buenos Aires Argentina, 2000, p. 129, CNFed.Cont.,Adm.,sala V, mayo 10-1999-RCvS,1999, No 6, p. 53. p. 124 y C1aCont.Adm.Cordoba, marzo29-1995 LLC, 1995-948.

igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

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

En el artículo 20 garantiza:

A toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Asimismo se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.³⁰

En materia de derecho a la información, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado una serie de elementos característicos de tal derecho, por lo cual se transcribe el siguiente criterio de jurisprudencia:

El derecho a la información como derecho fundamental es:

- *reconocido como tal en una disposición constitucional (artículo 20 de la Constitución Nacional Colombiana);*
- *su ámbito de protección no se restringe a la facultad de la difusión masiva, asociada al uso de los medios de comunicación (internet, televisión, radio, prensa, etc.), sino que incorpora otros ámbitos de protección, si se quiere, de tipo privado;*
- *es un derecho complejo, incorpora obligaciones asociadas a la protección del interés público, las instituciones democráticas y el*

³⁰ Visible en <http://www.presidencia.gov.co/constitu/titulo1.htm>

control del poder político, pero también obligaciones asociadas al interés privado, al ejercicio de otros derechos subjetivos, a la realización de una opción vital, y a la posibilidad de un correcto desarrollo de las relaciones contractuales;

- *implica la posibilidad de ejercer diversas facultades, y en esta medida está ligado a la posibilidad de recibir, buscar, investigar, almacenar, procesar, sistematizar, analizar, clasificar y difundir informaciones, y*
- *que es fundamental, precisamente por su específica función social, en la medida en que gracias al ejercicio de las anteriores facultades es que las personas pueden participar activamente en sus círculos sociales, económicos y políticos, y en esta medida, pueden funcionar en la sociedad y desarrollar un papel activo en ella.*³¹

De acuerdo a las consideraciones realizadas por el órgano jurisdiccional colombiano, el derecho a la información es un auténtico derecho fundamental del ser humano y que, como tal, goza de todas las características propias de este, por lo que para robustecer lo dicho se reproduce literal el siguiente criterio de sentencia:

El derecho a la información tiene una doble connotación; por una parte, se encuentra el derecho a comunicar información (información activa); y, por otra, el derecho a recibirla (información pasiva). Así las cosas, ha establecido en relación con el derecho a la información, que se trata de un verdadero derecho fundamental que no puede ser negado, desconocido, obstruido en su ejercicio o, disminuido por el Estado, que por el contrario, tiene la obligación de hacer que sea efectivo. Y, además, como todo derecho fundamental, es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, inviolable y reconocido por la legislación positiva. Es, en palabras de esta Corte, “un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la

³¹ Vease en <http://www.presidencia.gov.co/sentencias/2004/t-300-04.rtf>. Expediente T-821654, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil cuatro (2004). La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana.

*aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que ha toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona –sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial, como lo consagra el artículo 20 de la Carta Política. De ahí que el derecho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente”.*³²

Colombia es uno de los primeros países de Latinoamérica que promulgó una ley de acceso, razón por la cual este derecho a la información ha ido desarrollándose en la vida cotidiana de ese Estado, incluso en el ámbito de las relaciones contractuales, razón por la cual la Corte ha tenido que conocer asuntos relacionados con esta libertad y pronunciarse al respecto de la siguiente forma:

*La Corte ha señalado que el derecho fundamental a obtener información en el ámbito de las relaciones contractuales “garantiza que las personas como partes negociales puedan ejercer a cabalidad sus derechos contractuales, legales y patrimoniales mediante los cuales se desarrollan las actividades ordinarias y se llevan a cabo los planes individuales de vida”, razón por la que la jurisprudencia ha establecido que el derecho a la información, en estas circunstancias, adquiere un valor funcional que posibilita las condiciones para el ejercicio de la libertad. El derecho a la información permite al ciudadano controlar el ejercicio del poder dominante negocial de su contraparte y exigir en dado caso, el respeto o la protección de sus derechos patrimoniales, y de manera indirecta, de los derechos que dependen de estos.*³³

³² Puede consultarse en <http://www.presidencia.gov.co/sentencias/2004/t-300-04./2004/C-1172-01.rtf> Expediente D-3544, Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

³³ Visible al 15 de febrero en <http://www.presidencia.gov.co/sentencias/2004/t-160-05.rtf>. Expediente T-873470, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, veinticuatro (24) de febrero de dos mil cinco (2005) La Sala Sexta de la Corte Constitucional.

1.4.5. Doctrina derivada de la Ley Federal de Acceso y Transparencia a la información Pública Gubernamental.

México ha llegado tarde a muchos acontecimientos. En lo concerniente al derecho a la información pública no fue la excepción. Es un derecho que buena parte de los países que han pasado o pasan por un proceso de transformación democrática ya lo han desarrollado. Incluso desde la década de los ochenta, países como Sudáfrica y Liberia ya contaban con él.

En nuestro país el derecho a la información se encuentra señalado en el artículo 6 constitucional al establecer que el Derecho a la información será garantizado por el Estado.

Por lo que se dieron varios intentos por crear o modificar leyes que garanticen el derecho de la información como algo fundamental. Pero no se había logrado concretar durante más de veinte años de discusión, por diversos motivos; uno de los principales se relaciona con las interpretaciones. ¿Qué se entiende por derecho de la información? En México se comprendió desde tres ópticas: garantizar la libertad de expresión, reglamentar las relaciones entre medios de comunicación y Estado y garantizar el derecho que tienen los ciudadanos a recibir información de carácter público por parte del Estado. En este último sentido es por donde empezó a caminar la posibilidad de una Ley de Acceso a la Información después de julio de 2000. Una ley que en materia informativa regularía la relación de los ciudadanos y el Estado.

Después de una serie de opiniones opuestas y de vaivenes en el criterio para la formulación de una nueva iniciativa que garantizara el derecho de acceso a la información pública, el 30 de noviembre de 2001 el Poder

Ejecutivo Federal presentó la iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.

Los principios que guiaron el proyecto son: el de publicidad de información; el de legalidad, al especificar la obligatoriedad para los servidores públicos de acatar sus disposiciones y el de limitación de la información reservada o confidencial y la protección de datos personales.

La exposición de motivos de esta iniciativa considera que la rendición de cuentas, que es un principio de eficacia administrativa, debe ser considerado como parte del proceso de la reforma del Estado y que esta ley puede convertirse en un mecanismo de combate a la corrupción y generar una mayor certidumbre a las personas interesadas en invertir en el país. De igual manera, la falta de definición precisa acerca del derecho a la información y la libertad de expresión impidió por muchos años la posibilidad de la aprobación de una nueva legislación en la materia.

No obstante, aún cuando el derecho a la información se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna como un derecho humano y una garantía constitucional, era necesario contar con una legislación en la materia, que le proporcionara un fundamento jurídico al contenido y vigencia real a este derecho.

Fue hasta el 12 de julio de 2002, fecha que entro en vigor la Ley Federal de Acceso y Transparencia a la Información Pública Gubernamental, cuando el gobierno federal mexicano proveería de lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Conociendo al fin los objetivos de la ley, así como las autoridades que deben cumplirla, el significado que, para esta, tienen ciertos términos para poder comprenderla, se establece el tipo de información que las

autoridades federales deben publicar a través de su página de Internet, así como la información que la ley considera reservada y confidencial.

Pero, de igual forma son de nuestro conocimiento los problemas en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que, asociados a diferencias procedimentales, podemos señalar la falta de claridad en el camino a seguir para sancionar a los servidores públicos que incurren en responsabilidad por no observarla. Al utilizar a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos de manera supletoria como instrumento de sanción, se pierde efectividad al dispersar el procedimiento de sanción en otra ley, y en esta medida, al hacerse poco claro, disminuye su poder para modificar incentivos.

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, el estudio del derecho a la información es un tema que, en algunos países ya existe incluso una base jurisprudencial y está en la práctica de muchas instituciones, en comparación al Estado mexicano, en donde hace escasos seis años el Poder Legislativo, empezó a considerar el hecho de garantizarle al ciudadano la posibilidad de que, sin mayor trámite que el de solicitarlo, pudiera conocer la información que obra en manos de los poderes públicos y así acabar con la época en donde está se entregaba con criterios de discrecionalidad en el mejor de los casos. Por lo que, al entrar en vigor la Ley en estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado las siguientes tesis:

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Los artículos 2, 7, 13, 14, 18, 19 y 43 de la ley federal relativa, vigentes en 2004, no violan las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Los citados preceptos, al establecer la facultad de los particulares titulares de la información que obra en poder de las autoridades para delimitar o determinar la parte que puede ser de conocimiento público, con el objeto de no poner en riesgo información relativa a secretos industriales o aspectos técnicos, entre otros y evitar

*con ello que se les perjudique en el desarrollo de su actividad y fin, no violan las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto es, dada la función y objetivo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de transparentar y publicitar todos los actos de las autoridades federales, así como garantizar el derecho a la información contenido en el artículo 6o. de la Constitución Federal, dicho ordenamiento debe buscar un equilibrio entre los principios contenidos en este precepto y aquellos que prevé el citado numeral 16, pues estimar lo contrario equivaldría a hacer nugatorio el derecho a la información y contravenir el propio fin para el cual fue creada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.*³⁴

Transparencia y Acceso a la Información Pública. No afecta el interés jurídico del titular de la información, la resolución del instituto federal de acceso a la información pública gubernamental que obliga al de protección y ahorro bancario a proporcionar información a un gobernado, previa eliminación de los datos reservados, confidenciales o clasificados. El artículo 6o. de la Constitución Federal establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado, sin que esto signifique un perjuicio para las entidades públicas o privadas porque el acceso a la información no sólo obliga a proporcionarla o a exhibir la documentación que soliciten los gobernados sino también a difundir la que no sea confidencial, reservada o clasificada, que es la orientación y contenido de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que reglamenta dicha disposición constitucional.³⁵

Para puntualizar este tema, si bien es cierto, que en nuestro país existe la Ley Federal de Acceso y Transparencia a la Información Pública

³⁴ Consultar la página, http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/348E5526-C007-4439-B8C9-D435BCD6BCA1/0/1757_31.pdf. Tesis Aislada, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIII, Febrero de 2006, Tesis: 1a. XXXVII/2006, página 650.

³⁵ <http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/AD902D24-F6F7-4F3F-8DCB-A6CC209230BB/0/178271.pdf>. Tesis Aislada, Novena Época, Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Septiembre de 2005, Tesis: I.4o.A.499 A, Página: 1584.

Gubernamental, esta es una legislación que garantiza el acceso a la información pública, y aunque contempla un capítulo de Protección de Datos Personales, no proporciona los suficientes mecanismos de protección para que los ciudadanos ejerzan su legítimo poder de disposición y control sobre los datos de carácter personal referidos a su persona que se encuentren registrados en bases de datos que el Estado construye y administra, pero estas cuestiones se estudiarán en los siguientes capítulos.

CAPITULO SEGUNDO.

Bases de datos y derecho a la información.

En este segundo capítulo, se analiza el concepto de bases de datos desde el punto de vista técnico y jurídico; su clasificación tomando en consideración diversos criterios; así como los indicadores que debe cumplir el Estado para programar y construir las mismas; los principios con los que se deben conducir los responsables de administrar la información que contienen esas bases; además de tener presente que las bases de datos que posee el Estado, no son una mercancía sino, un instrumento para cumplir con sus objetivos.

Estudiándose en consecuencia el derecho de acceso a la información contenida en esas bases de datos, tomando en consideración que este derecho no se agota con la posibilidad de consultar el mayor número de páginas de internet, publicadas por las instituciones públicas.

2.1 Definición de “Base de datos” desde la perspectiva de la informática y el derecho informático.

El término de base de datos, permite distintas interpretaciones. Ha sido usado para referirse tanto a un conjunto de tarjetas índice como a los millones y millones de datos que un gobierno recopila acerca de sus actividades.

Para David M. Kroenke, un esquema de base de datos es la estructura de la base de datos; sus tablas, relaciones, dominios y reglas de negocios. *Un esquema de base de datos es un diseño a partir del cual se desarrollan la base de datos y las aplicaciones.*³⁶

Robert Cowart, define a la base de datos como *una lista ordenada de datos que proporciona un medio para encontrar información rápida y fácilmente desde*

³⁶ Kroenke David M. “Procesamiento de Bases de Datos, Fundamentos, diseño e instrumentación”, Prentice-Hall Hispanoamericana S. A., 5ª edición, México 1995, p. 21.

un punto de referencia elegido. Las bases de datos más comunes no son más que una serie de renglones y columnas con información y están diseñados de manera que cualquier acceso a una información específica sea fácil de lograr. Por lo general cada columna se identifica por un encabezado que describe el tipo de información que aloja, y cada renglón contiene la información propiamente dicha.³⁷

De acuerdo a Martín James, se puede definir igualmente una base de datos como:

*Una colección de datos interrelacionados almacenados en conjunto sin redundancias perjudiciales o innecesarias; su finalidad es la de servir a una aplicación o más de la mejor manera posible; los datos se almacenan de modo que resulten independientes de los programas que los usan; se emplean métodos bien determinados para incluir datos nuevos y para modificar o extraer los datos almacenados.*³⁸

La palabra *base de datos*, es llamada de diversas formas, dependiendo del país en que nos encontremos, pudiendo referirnos de igual forma, a un archivo, registro, base o banco de datos, fichero, entre otros.

Julio Téllez Valdez define a una Base de Datos como: *un conjunto de datos organizado en vía de su utilización por programas correspondientes a aplicaciones distintas, a efecto de facilitar la evolución independiente de datos y programas.*³⁹

Informa Uicich la Resolución del Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico Europea del 23 de septiembre de 1980, que en el artículo 1° de su Directiva define a las bases de datos como:

³⁷ Cowart Robert, "El ABC de Base de Datos IV", Ventura Ediciones, Estados Unidos de América, 1992, p. 34.

³⁸ James Martín, "Organizaciones de las Bases de Datos", Prentice-Hall Hispanoamericana S. A., México 1997, p. 180.

³⁹ Téllez Valdez Julio, "Derecho informático", Editorial Mc Graw Hill, México 2004, p. 281.

*Toda colección de obras o materiales ordenados, almacenados y accesibles mediante medios electrónicos, así como el material electrónico necesario para el funcionamiento de la misma, por ejemplo: su diccionario, índice o sistema de interrogación o presentación de información, no quedarán comprendidos en la definición de los programas desordenador utilizados en la realización o el funcionamiento de las bases de datos.*⁴⁰

La Ley de Protección de los Datos Personales en Argentina define:

Archivo, registro, base o banco de datos: Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Por su parte en España, la Ley Orgánica de Protección de Datos define:

Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

2.1.1. Clasificación y tipos de Bases de datos.

Los datos se pueden clasificar de acuerdo con Gozaini con los siguientes criterios:⁴¹

- **Por la identificación del titular del dato se dividen en:**

a) **Nominativo:** Es el dato de una persona física o jurídica conocida e identificada.

⁴⁰ Uicich, Rodolfo Daniel, "Los Bancos de datos y el derecho a la intimidad, Ad-Hoc", Buenos Aires, 1999. Obra citada por Gozaini Osvaldo Alfredo, en su libro "Hábeas Data Protección de Datos Personales", Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001, p.126.

⁴¹ Gozaini Osvaldo Alfredo, "Hábeas Data Protección de Datos Personales", Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001, p. 231-241.

En esta categoría, la persona proporciona datos como es su nombre completo con el cual puede ser identificada sin ninguna dificultad.

b) Innominativo o anónimo: es el dato donde no se identifica a la persona porque, la información almacenada se refiere a la actividad que realiza o a los gustos o preferencias en diversos ámbitos, es únicamente de uso estadístico o científico.

Es información tomada a un cierto fin y no se puede utilizar ni aplicar para otra cosa incompatible con ella.

- **Por la confidencialidad de la información puede ser:**

a) Datos que no afectan la sensibilidad de las personas: se refiere a información irrelevante que por las características que tiene no permite conocer datos íntimos de la persona por lo que, no afecta su derecho a la privacidad. Es información que se puede obtener de fuentes de fácil acceso.

Sin embargo, hay que verificar que efectivamente el dato irrelevante no afecte el derecho a la intimidad, porque se puede procesar la información y lograr de ésta nuevos datos.

b) Datos que afectan la sensibilidad de las personas: es información que de darse a conocer vulneran la información de las personas, salvo manifestación expresa del titular de dichos datos.

El dato sensible, se refiere a la salud, la condición radical y social, los pensamientos, hábitos y costumbre de la persona. Suelen establecerse categorías entre ellos con el fin de adecuar la protección al nivel de divulgación o expresión que puedan tener.

Un primer grupo se refiere a los datos sobre ideología, religión o creencias, que se consideran “especialmente sensibles”; ellos no pueden

hacerse públicos salvo expresa autorización del afectado. Inclusive, aún siendo obligatoria la prestación de datos, esta información esta excluida por el carácter particularmente íntimo que tienen.

El segundo grupo se vincula con los datos sobre el origen racial, la salud y la vida sexual, que como en el caso anterior no se pueden registrar salvo que el individuo lo permita.

El tercero se relaciona con la historia personal de la persona en su vida social, destacando los datos sobre infracciones administrativas o antecedentes penales que tienen reglamentos especiales.

- **Por la mayor o menor complejidad para lograr el dato se clasifican en:**

a) Datos públicos o fácilmente conocidos: es información personal que se encuentra a disposición del público en general por encontrarse en registros o lugares de fácil acceso a cualquier interesado por lo que, no da derecho a reclamar la protección establecida en las leyes.

La limitación se da cuando estos datos no sufren restricción alguna para su conocimiento y difusión, por ejemplo, resultados de censos, anuarios, bases de datos de registros oficiales, repertorio de jurisprudencia, archivos de prensa, directorios de teléfonos y todo otro dato de similar registro.

Sin embargo la afirmación no puede ser rotunda, porque existe información contenida en esos archivos que aún siendo expuesta y como tal divulgada, necesita mantener la actualidad del archivo y la proporcionalidad de sus fines.

Es decir, cualquier afectado puede reclamar la puesta al día de esa información si ella le produce un menoscabo en sus derechos subjetivos, lo que deberá probar para acceder a la sentencia favorable.

b) Datos privados, secretos y confidenciales: los datos privados son aquellos que, la persona quiere conservar dentro de la esfera de su intimidad. Es información que, solo conoce la persona y que será secreto únicamente mientras este, exento de toda curiosidad.

Si en dato se revela a otro, sale de la esfera de intimidad para ocupar a alguien más, quien participa de la confidencialidad, comienza así una proyección del dato privado, que es el dato secreto que debe custodiarse en la medida en que el deber de secreto constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad.

Dato confidencial es el que, por su alta sensibilidad, no se puede divulgar ni transmitir a terceros. Cuando el dato esta en un banco o archivo la reserva es una obligación que convierte en responsable directo a quien produce la revelación.

La línea entre las tres clases de datos es muy fina, pero queda esclarecido el ámbito de protección con el derecho a la privacidad, el cual interesa al honor a la imagen, a la intimidad más recóndita y aquellos secretos de la vida que sin resultar secretos merecen, sin embargo el respeto de todos, por el derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de la vida particular.

- **Por la subjetividad o pertenencia del dato se clasifican en:**

a) Datos personales existenciales: se le llaman así a los datos que se relaciona con la personalidad del individuo tal como fecha de nacimiento, lugar de origen, estado civil, domicilio actual y profesional, entre otros.

b) Datos personales no existenciales: son aquellos datos que se relacionan con el patrimonio económico y con la pertenencia de cosas que identifican a la persona.

- **Por el secreto que guardan:**

El dato secreto puede ser profesional, al estar asentado en una base de datos que supervisa y ordena quien ha recibido la información como consecuencia de su desempeño en una profesión determinada.

En esta materia, el tratamiento de datos obliga a conservar el secreto a quienes hayan trabajado en las bases de datos y por ello, tomado conocimiento de la información personal archivada.

En cuanto a los **tipos** de bases de datos, pueden distinguirse dos grandes sectores: *públicos o privados*, que posteriormente se van segmentando para centrar su principal actividad.

Públicos: son los registros que tiene el Estado para el almacenamiento de datos relativos a una actividad que, por seguridad jurídica, se debe mantener custodiada y con un respaldo documental. Pueden transferirse a terceros y por lo general son informaciones que están disponibles a cualquiera sin más requisitos que la solicitud fundamentada.

Privados: son los archivos que se conservan por personas físicas o jurídicas con una finalidad determinada. Si resultan para una simple información personal no afectan la intimidad mientras no se logre identificar a persona alguna en particular.

Esta sutil diferencia que tiene solamente en cuenta el agente que origina el banco de datos (públicos o privados) no es suficiente para controlar la invasión a la intimidad.

Es necesario distinguir, el tipo de archivo del dato propiamente dicho. Mientras uno se refiere al gestor que desarrolla la base, propiamente dicha, el restante diferencia la calidad reservada o disponible de la información. Es decir mientras un archivo público puede ser propio y natural para la gestión social y económica del Estado, el dato que allí se encuentra puede ser público por su disponibilidad como fuente de conocimiento para todos. En cambio un archivo privado puede tener finalidades diversas y el dato allí contenido suele ser confidencial por la naturaleza del banco de datos, aunque la circulación de ellos sea producto de la propia actividad desarrollada.

La división entre tipos de archivos posibles permitiría una clasificación más extendida. Por ejemplo, archivos de datos personales, de información crediticia, de movimientos comerciales, de antecedentes penales, de inversiones y en definitiva, de cuanta actividad se disponga almacenar en un banco informático.

2.1.2. Programación y construcción de Bases de Datos.

Para Osvaldo Alfredo Gozaíni, se deben establecer indicadores o referencias, un marco de orientación del cual tomar un mínimo de requisitos, en definitiva, principios básicos que no pueden estar ausentes en la construcción y desarrollo de cualquier base de datos, principios que a continuación se detallan:⁴²

a) Principio de legalidad.

Por este principio se establecen algunas reglas básicas:

- ***Licitud en la recolección de datos.***

Supone que las acciones emprendidas para la obtención de informaciones personales han dado cumplimiento a una pauta general de buena fe y lealtad hacia las personas interesadas.

⁴² Ibidem, p. 192.

Expone Uicich que al determinar si la información se obtuvo de manera justa, se deberá tener cuidado en el método por el cual se obtuvo, incluyendo en particular si cualquier persona a través de la cual se haya obtenido dicha información haya sido engañada o confundida en cuanto al propósito o propósitos para lo cual se ha poseído, usado o relevado dicha información.⁴³ Se considera que una información ha sido obtenida en forma justa si se ha alcanzado a través de una persona que sea autorizada por o bajo cualquier estatuto o por algún convenio o algún otro instrumento que imponga una obligación internacional.

- ***Buena fe en la búsqueda de información, como en las etapas sucesivas del almacenamiento, tratamiento, interconexión, cesión y transferencia.***

La buena fe se demuestra con la información dada a las personas para que sepan que los datos que aportan serán incorporados a una base de datos. La ocultación, el engaño, la apariencia, el sigilo, o cualquier otra maniobra elusiva de la verdad, serán causa suficientes para advertir la deslealtad y penar al archivo por este comportamiento.

- ***Lealtad hacia la persona que resulta concernida.***

Cuando se piden datos es necesario informar para qué se solicitan, dónde se archivarán y el destino pensado para ellos. Eso es *lealtad hacia la persona concernida*; no obstante buena parte de los bancos o registros privados se nutren con información indirecta, por el sistema de interconexión o tratamiento de las bases, logrando resultados sorprendentes que depuran al máximo los datos hasta llegar a la individualización de las personas.

⁴³ Uicich, Rodolfo Daniel, "Los Bancos de datos y el derecho a la intimidad, *Ad-Hoc*", Buenos Aires, 1999. Obra citada por Gozaini Osvaldo Alfredo, en su libro "*Hábeas Data* Protección de Datos Personales", Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001, p 193.

- ***Participación del individuo en la incorporación al banco de datos.***

Algunas veces, la petición de datos requiere la *participación de las personas*. Es el recaudo previsto idealmente en buena parte de los ordenamientos jurídicos como autorización expresa que se otorga al archivo para registrar informaciones personales y permitir su circulación.

El consentimiento es la entrega de información personal depende, muchas veces, de la naturaleza del requerimiento. Puede ser obligatorio o voluntario, y a veces puede el interesado negar su voluntad de colaboración o apoyarla expresamente suscribiendo un documento de aceptación.

- ***Exclusión inmediata de los datos sensibles.***

La forma prevista para tener estas actitudes producidas por el impacto informático se basan en el *principio de limitación* que otros refieren. Esta regla previene la recolección ilegítima y pone trabas al archivo de los llamados “datos sensibles”.

El principio de limitación está íntimamente ligado al de la legalidad y es casi una consecuencia lógica del mismo en su aspecto negativo. El objetivo que se persigue es evitar la creación o existencia de ficheros con datos de carácter personal elaborados de forma arbitraria, y sin objetivo específico para impedir su transmisión internacional.

Cada uno tiene un requisito particular a cumplir, y en conjunto representan la justificación del archivo contra eventuales acciones que le atribuyan abuso o intromisiones ilegítimas.

b) Principio de finalidad.

Finalidad se relaciona con pertinencia, por eso suele llamarse a este principio con cualquiera de ambas referencias. En las dos significa que al

archivo está autorizado para registrar datos solamente en la actividad prevista para su creación.

A veces se denomina principio de unicidad, por el cual se entiende que finalidad exige conocer desde el primer momento las razones por las que recaban datos, justificándose así la necesidad de obtener y procesar algún tipo de información sensible.

En efecto, ningún archivo puede coleccionar datos que no estén vinculados con el fin que persigue su objeto y de serlo surge un nuevo impedimento para la interconexión en la medida en que está prohibido desviar la información de su propósito original.

Asimismo, la permanencia del dato en la base debe estar relacionada con los motivos del registro y mantenerse en él hasta que el mismo se alcance.

c) Principio de congruencia.

Todo dato debe ser congruente con las finalidades que se buscan al archivarlo, se trata de bosquejar una suerte de adecuación material o objetiva según la cual cada registro debe coleccionar y trabajar sin variar los fines de su creación.

También se nomina a esta regla como “principio de proporcionalidad”, con la idea de coleccionar que los datos no deben ser más de los necesarios para la información que persiguen.

d) Principio de corrección.

También suele llamarse principio de exactitud, o verdad de los datos, esto es, que reflejen con autenticidad y fehaciencia la información que compilan y transmiten.

Se relaciona con la actualidad del registro, en virtud de que los datos se deben guardar y conservar al día, obligando en consecuencia a un trabajo permanente de control sobre ellos.

El carácter de principio hace a la legalidad del archivo y se convierte en obligación para el titular o administrador, quienes son responsables por la inexactitud informativa.

El dato debe ser exacto mientras esté en el archivo; una vez que ha cumplido la finalidad para el que fue colectado, es deber del titular de la base cancelar la información suprimiéndolo, no obstante la colección de datos resulta a veces aleatoria, de modo tal que la posibilidad de conservar la realidad acopiada puede ser más que difícil, en cuyo caso se debería establecer un mecanismo de actualización periódica o la disociación de los datos.

Dato correcto no supone dato completo es decir, la verdad que registra puede ser parcial, y para revestir de integridad la información se necesitará de complementos que el archivo no ha recabado. Esta deficiencia no ilegitima la base, sólo provoca que los datos sean incompletos pero nunca incorrectos.

e) Principio de seguridad.

Los bancos de datos deben resguardar la seguridad de sus archivos, para evitar accesos no autorizados, o la penetración de la red informática por personas distintas a las que administran y están autorizadas para hacerlo.

El problema de la seguridad del archivo tiene dos facetas importantes: una atiende la protección de los datos en particular; la otra el cuidado especial que se debe tener con las personas que tratan la información y custodian la seguridad general del archivo.

En líneas muy amplias, este principio tiene como fin el estricto cumplimiento de los derechos a la reserva y confidencialidad de la información personal almacenada, propiciando que los responsables en el tratamiento de los datos resuelvan los riesgos de filtración, inmiscusión directa, robo de información y eventualmente, la pérdida parcial, destrucción total o alteración de las bases.

El objetivo que persigue es mantener la confidencialidad e integridad de los datos personales frente a actos exteriores que puedan ponerlos en peligro y consecuentemente perjudicar los intereses y derechos individuales.

El artículo 20 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales española dispone para los ficheros públicos:

- 1. La creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o Diario oficial correspondiente.*
- 2. Las disposiciones de creación o de modificación de ficheros deberán indicar:*
 - a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.*
 - b) Las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.*
 - c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.*
 - d) La estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.*
 - e) Las cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros.*
 - f) Los órganos de las Administraciones responsables del fichero.*
 - g) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
 - h) Las medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible.*

3. *En las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros, se establecerá el destino de los mismos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.*⁴⁴

Actualmente, concordando con la norma española, el artículo 22 de la Ley de Protección de los Datos Personales (23.326) de Argentina establece:

1. *Las normas sobre creación, modificación o supresión de archivos, registros o bancos de datos pertenecientes a organismos públicos deben hacerse por medio de disposición general publicada en el Boletín Oficial de la Nación o diario oficial.*

2. *Las disposiciones respectivas, deben indicar:*

a) *Características y finalidad del archivo;*

b) *Personas respecto de las cuales se pretenda obtener datos y el carácter facultativo u obligatorio de su suministro por parte de aquéllas;*

c) *Procedimiento de obtención y actualización de los datos;*

d) *Estructura básica del archivo, informatizado o no, y la descripción de la naturaleza de los datos personales que contendrán;*

e) *Las cesiones, transferencias o interconexiones previstas;*

f) *Órganos responsables del archivo, precisando dependencia jerárquica en su caso;*

g) *Las oficinas ante las que se pudiesen efectuar las reclamaciones en ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión.*

3. *En las disposiciones que se dicten para la supresión de los registros informatizados se establecerá el destino de los mismos o las medidas que se adopten para su destrucción.*⁴⁵

2.1.3. Utilidad económica derivada de la construcción de Bases de Datos.

En este tema, es importante resaltar, que si bien es cierto que las bases de datos desempeñan un importante papel en el mundo globalizado, que son una herramienta muy significativa para la concreción de los más variados fines comerciales, así como del poder que ejercen quienes

⁴⁴ Vease <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/Lo15-99.htm>.

⁴⁵ Visible en <http://www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm>.

manejan las bases de datos; no hay que olvidar que el Estado, debe limitar el uso de esas bases de datos, para el propio beneficio y la satisfacción de las necesidades del ciudadano y nunca verlas como una mercancía, que le pudiere generar alguna ganancia económica.

El interés comercial en las base de datos es un atractivo creciente que moviliza sumas millonarias. El negocio de adquisición difiere de la tradicional compraventa y a veces sólo se trata de un pasaporte de entrada o de un código cifrado que abre las puertas a un mundo magnifico de información generalizada que no reconoce fronteras.

Para Marcel Pinet sería vano creer que se podría combatir una tendencia tan irreversible como la del interés comercial por los datos, es decir el valor por el cual pueden ser comercializados, mediante la creación de un principio que prohibirá el uso de estos datos para hacer propaganda comercial. Aquellos países en los que los operadores de mercado no pueden acceder a las fuentes de datos, sino cumplen ciertas condiciones, tienen que admitir su derrota; los operadores de mercados compran datos personales de forma ilegal.⁴⁶

Por eso, propone un nuevo principio al que llama de “realidad”, que significa que también tenemos que darnos cuenta de que el uso excesivo de los datos personales para propósito comerciales incita a poner restricciones en los datos personales, que se encuentran al alcance del público.

Básicamente existen los registros de bases de datos públicos y los registros de bases de datos privados. Dentro de estos últimos podemos encontrar los que comercializan datos tendientes a generar ofertas en el mercado, de tipo general, como las llamadas telefónicas de mercadeo

⁴⁶ Pinet, Marcel, “Datos públicos o datos a los que puede acceder el público y protección de datos personales, en XX Conferencia Internacional de Autoridades de protección de Datos”, (1998), editado por Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999. Obra citada por Gozaini Osvaldo Alfredo, en su libro “*Hábeas Data* Protección de Datos Personales”, Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001, p. 199.

directo, promociones publicitarias por correo postal o por correo electrónico; fax enviados sin previo requerimiento, etcétera, las cuales constituyen intromisiones en la vida privada cuya recepción deberían poder ser siempre consentidas o rehusadas por los destinatarios, para ser incluidos o excluidos, antes o después, de las bases de datos con propósitos mercadológicos.

Otro aspecto muy importante es el de los reportes de crédito, en donde los datos personales de las personas sujetos de crédito, son utilizados con la finalidad de garantizar la viabilidad del sistema financiero y económico del país.

La importancia económica de las bases de datos no esta puesta en duda, es en opinión de Julio Téllez Valdez,⁴⁷ un verdadero bien susceptible de apoderamiento con un innegable valor patrimonial o contenido económico inherente que radica en el destino o utilidad de la misma. Ahora más que nunca, en una sociedad dominada por la técnica y el conocimiento, el valor de la información como autentico centro y vinculo de esa técnica y conocimiento ha alcanzado niveles inimaginables.

2.2. Administración y construcción de bases de datos por parte del Estado.

La garantía de seguridad que, debe brindar el responsable o encargado de administrar las bases de datos, debe ser entendida como el deber a su cargo de implementar y mantener el conjunto de medidas tecnológicas, de normas y procedimientos que aseguran la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información en sus diferentes estados de proceso, almacenamiento, transmisión y recuperación.

Al recolectar, registrar, usar o transmitir datos personales, el responsable del archivo o banco de datos del caso se haya obligado, por imperativo legal, a cumplir las reglas de la buena practica registral y a actuar, en

⁴⁷ Téllez Valdez Julio, "Derecho informático", Editorial Mc Graw Hill, México 2004, p. 59.

todas sus operaciones con datos de forma de no violar la privacidad, los intereses y los derechos del interesado, ni generar un registro para la seguridad del Estado. Tiene esta misma obligación la persona que, como empresa independiente, actúa en nombre del mismo.

Además que, deben conducirse conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales, los cuales son:⁴⁸

El ámbito de operatividad.

El ámbito de acción o de operatividad, está dado por el entorno en el cual se desarrollan los procesos de administración de bases de datos personales. De tal forma que integran el contexto material: el objeto o la actividad de las entidades administradoras de bases de datos, las regulaciones internas, los mecanismos técnicos para la recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales y la reglamentación sobre usuarios de los servicios de las administradoras de las bases de datos.

Principios de la administración de las bases de datos.

La especial necesidad de disponibilidad de información mediante la conformación de bases de datos personales, unida a la potencialidad de afectar los derechos fundamentales que apareja el desarrollo de dicha actividad, tornan indispensable someter el proceso de administración de los datos a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de las administradoras, de los usuarios y de los titulares de los datos.

Se entiende por el proceso de administración de datos personales, las prácticas que las entidades públicas o privadas adelantan con el fin de conformar, organizar y depurar bases de datos personales, así como la

⁴⁸ Visible en <http://www.i-uris.com/jurisprud.html>. Sentencia T-729 de septiembre 5 de 2002.

divulgación de estos últimos en un contexto claramente delimitado y con sujeción a ciertos principios.

Principio de necesidad.

Los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden estrecha relación con el objetivo de la base de datos. Según el principio de veracidad, los datos personales deben obedecer a situaciones reales, deben ser ciertos, de tal forma que se encuentra prohibida la administración de datos falsos o erróneos.

Principio de integridad.

Estrechamente ligado al de veracidad, la información que se registre o se divulgue a partir del suministro de datos personales debe ser completa, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos parciales, incompletos o fraccionados. Con todo, salvo casos excepcionales, la integridad no significa que una única base de datos pueda compilar datos que, sin valerse de otras bases de datos, permitan realizar un perfil completo de las personas.

Principio de finalidad.

Tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, definida de manera clara, suficiente y previa; de tal forma que queda prohibida la recopilación de datos sin la clara especificación acerca de la finalidad de los mismos, así como el uso o divulgación de datos para una finalidad diferente a la inicialmente prevista. Según el principio de utilidad, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, debe cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está

prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable.

Según el principio de circulación restringida.

Estrechamente ligado al de finalidad, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales.

Según el principio de incorporación, cuando de la inclusión de datos personales en determinadas bases, deriven situaciones ventajosas para el titular, la entidad administradora de datos estará en la obligación de incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija para tales efectos, de tal forma que queda prohibido negar la incorporación injustificada a la base de datos.

Principio de individualidad.

Las administradoras deben mantener separadamente las bases de datos que se encuentren bajo su administración, de tal forma que queda prohibida la conducta dirigida a facilitar cruce de datos a partir de la acumulación de informaciones provenientes de diferentes bases de datos.

Por lo que, el responsable debe proteger adecuadamente el archivo y los datos que este contiene, de la manipulación, el uso, la supresión y la alteración no autorizados. Así como de seleccionar, adquirir e instalar los equipos y dispositivos adecuados para proveer a la seguridad física y lógica de los archivos luego de haber identificado los riesgos. Aquellos deben ser aptos para evitar tanto la pérdida y la destrucción material, ya sea por causas naturales o por virus, como los accesos no autorizados.

De igual forma, el responsable del archivo o base de datos debe estructurar una organización de recursos humanos que preserve el correcto funcionamiento del sistema, porque la seguridad no es una cuestión exclusivamente técnica. Debe formar e informar al personal y revisar el grado de cumplimiento de los procedimientos. Los empleados de distintas jerarquías también son protagonistas en un sistema de seguridad y responsabilidad de la información y están sometidos, como todas las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento a un deber de secreto profesional. Esta obligación, que la ley inscribe dentro del género del secreto profesional, es de naturaleza personal, por lo que subsiste incluso luego de la extinción de la relación laboral o del género análogo por la cual hubiese conocido los mismos.

2.2.1. Régimen jurídico y obligaciones a proporcionar información establecida por la Ley.

La disponibilidad y el acceso a la información sobre datos personales se ha transformado en un insumo básico para que el Estado pueda cumplir sus fines, siempre que sea exacta, accesible y se aplique a la solución de un problema específico. Por tal motivo, las legislaciones en los países avanzados no prohíben el tratamiento electrónico de datos sino que procuran que se realicen con respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos.

Desde sus inicios el Estado ha necesitado de la creación de registros públicos para desarrollar su poder de policía. La administración pública precisa de información para proteger el interés general mediante el ejercicio de sus cometidos y para planificar su actuación de acuerdo a una mejor organización de sus recursos económicos y humanos, pero esta actividad estará limitada a los supuestos en que medie una causa de justificación legítima. Ésta se identificará con una exigencia concreta derivada del cumplimiento de funciones legalmente instituidas.

Mientras que la captación de datos por el Estado debe ceñirse a los cauces legales, como contrapartida, los administrados tienen la obligación de facilitar la información necesaria para que aquél cumpla su labor. Pero esas atribuciones no pueden consistir en un cheque en blanco que permita a la administración pública una utilización arbitraria, desproporcionada e ilícita de la información que facilita el cumplimiento de sus funciones. Peso Navarro⁴⁹ dice que las restricciones del tratamiento de datos personales por parte del Estado se traducen en la vigencia de tres principios:

- a) **El de legalidad**, que exige que todo archivo de datos personales se cree por un procedimiento reglado;
- b) **El de especialidad**, que exige que en el acto de creación se establezcan los fines de la recolección de datos y sus destinatarios y
- c) **El principio de proporcionalidad**, el cual implica que el tratamiento, no suponga una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales individuales.

Ello implica que debe existir una adecuación de medio a fin entre el almacenamiento de los datos y la satisfacción de la necesidad que con aquél se pretende obtener.

De nada serviría que la ley limite la recolección de datos por parte del Estado a lo estrictamente necesario para cumplir las funciones públicas asignadas al organismo que los requirió, si luego las dependencias entre sí van a hacer fluir la información en forma indiscriminada. Los principios que rigen el tratamiento de los datos personales, sobre la calidad, sujeción al fin, pertinencia, consentimiento del interesado, confidencialidad, que confluyen todos ellos en el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, quedarían en una simple declamación.

⁴⁹ Peso Navarro, "Ley de Protección de Datos. La nueva LORTAD", Editorial Díaz de Santos, Madrid, 2000, p 60. Obra citada por Gils Carbó Alejandra M. en su libro "Régimen Legal de las Bases de Datos y *Hábeas Data*", Editorial la Ley, Argentina 2001, p. 112.

2.2.2. Información que debe contener las bases de datos del Estado.

La implementación de bases de datos con archivos personales es un fenómeno difícil de impedir, de modo tal, que al menos, deben fijarse límites para su operatividad, en atención a los objetivos de garantía y respeto de los derechos de la persona.⁵⁰

Por lo que los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

Por principio general, los datos sensibles no pueden ser objeto de recolección o registro. Ello en virtud de revelar facetas sumamente personales acerca del modo de pensar de las personas, datos que históricamente, al hacerse públicos, han entrañado siempre, aún en los estados democráticos, algún grado de posibilidad de discriminación, daño o represalia hacia su titular.

Todas las leyes de protección de datos personales consagran un régimen especial para los datos sensibles debido a su delicadeza para generar discriminación, ya sea en el pleno político, en el mercado laboral, o simplemente porque traigan aparejado un reproche social. Si un individuo limita o restringe sus aspiraciones íntimas, sus sentimientos o sus emociones por temor al riesgo de que se convierta en información recogida y divulgada a terceros, se está invadiendo su intimidad, su posibilidad de expresarse en un ámbito que sólo a él le pertenece.

La información recogida sobre las personas debe tener estricta relación con la finalidad del registro, es decir, que no se pueden recabar datos que sean ajenos al objeto específico que motiva la recolección porque eso, en

⁵⁰ Para el desarrollo de este tema, sirven como referencia las obras de: Gils Carbó Alejandra M., "Régimen Legal de las Bases de Datos y *Hábeas Data*", Editorial la Ley, Argentina 2001, y Carranza Torres Luis R., "*Hábeas Data*, la protección jurídica de los datos personales", Alveroni Ediciones, Argentina 2001.

la inteligencia de la norma, sería inmiscuirse indebidamente en la vida ajena.

Es por ello que las normas imponen la obligación de recolectar los datos por medios lícitos, poniéndose especial énfasis en la información al individuo del hecho de la recolección, así como la especificación del propósito o la finalidad para la cual será la información recogida. Se requiere así mismo el expreso consentimiento del sujeto a la incorporación de datos sobre su persona a una determinada base de datos.

También puede apreciarse, el principio de limitación que, no solo abarca las operaciones de recolección, sino que se extiende a lo referente al mantenimiento de los mismos en el registro, el que estará siempre subordinado a que los mismos conserven su utilidad informativa en relación al fin para el que fueron recolectados.

Por tanto, se aprecia claramente que el titular del banco, archivo o registro, solo posee respecto de los datos una especie de “permiso de uso” condicionando a la observancia de determinados procedimientos, y que guardan íntima relación con el fin que se ha tenido en miras al establecer el registro del caso. Por tal razón, es que los datos deben ser destruidos cuando haya desaparecido el objetivo de su utilización.

En relación a la prohibición de la recolección excesiva de datos, esta marca la obligación, de quien realiza la recolección de los mismos, de procurar la extracción mínima de datos, tan solo los necesarios para cumplir con la finalidad perseguida. La recolección no debe ser, pues, excesiva, y deberá evitarse recoger aquellos datos ampliatorios innecesarios, puesto que al hacerlos se estaría ampliando sin motivo legítimo la afectación de los derechos de la personalidad.

Dicha recolección deberá circunscribirse aquellos datos que resulten adecuados al propósito perseguido en su obtención, utilizando métodos

de captación, que no resulten engañosos o encubiertos. El método empleado debe de ser lo suficientemente claro como para que el dador de los datos sea plenamente conciente, en el contexto en que los brinda, del acto que esta realizando.

Los datos deberán ser almacenados en los archivos de acuerdo a los requerimientos legales, con el único propósito de utilizarlos para la finalidad prevista. Igualmente, su revelación y eventual difusión no deberá ser incompatible con la referida finalidad.

El responsable del archivo, banco o registro del caso, debe asegurarse de no registrar datos falsos, incompletos o desactualizados, obteniéndolos de fuentes confiables de datos, en atención al objeto que persigue el archivo y a la importancia que su uso tiene para la protección de la privacidad y por los intereses y derechos del interesado.

Una base de datos que ha dejado de ser necesaria para la actividad del explotador o responsable del registro debe suprimirse a menos que los datos allí registrados deban preservarse en virtud de una disposición u orden especial. Por lo que en tal supuesto debe procederse a su destrucción material, sin aceptarse la posibilidad de que este fichero se trasfiera a archivo inactivo, es decir, donde no pueda transmitirse a terceros.

2.3. Acceso a la información contenida en bases de datos públicas y privadas como sustancia del derecho a la información.

El derecho a ser informado, implica las facultades de recibir información objetiva, la cual debe ser completa y con carácter universal; es decir, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna, pero también que sea propiciatoria de un cambio cultural que consolide este derecho, lo que supone que el Estado auspicie y promueva la solicitud de información.

2.3.1. Concepto normativo y doctrinal de acceso a la información.

El derecho a la información es un derecho fundamental que tiene tres vertientes: derecho a expresarse, derecho a recibir información y derecho a investigar información. De ahí se derivan dos grandes complejos normativos: *el derecho a informar y el derecho a ser informado*.

Con base en ello, podemos deducir que el *derecho de acceso a la información* es una de las facultades que se desprenden del derecho a la información y que se enmarca en el derecho que todo individuo tiene a ser informado.

Este derecho es llamado de varias formas en distintos países: derecho a la información de los documentos administrativos, derecho de acceso a los documentos administrativos, derecho a los documentos oficiales, derecho de acceso a la información gubernamental y derecho de acceso a la información de las administraciones públicas, entre otros.

No es fortuito que, los juristas más reconocidos, no conceptúen este derecho como de acceso a la información pública sino, por ejemplo, como derecho a la información administrativa o a la documentación, como lo hace el maestro Desantes-Guanter. Este jurista considera que este último debe canalizarse por medio de tres guías: la publicación general sistemática, la comunicación individualizada a la que puedan estar interesados y la comunicación a una demanda concreta de los administrados, incluida la posibilidad de reproducción de los documentos solicitados, con todas las garantías razonables de conservación del documento fuente, sea o no original. Solamente los gastos de esta reproducción deberán correr a cargo del solicitante.⁵¹

⁵¹ Desantes-Guanter José Maria, Teoría y régimen de la documentación, p. 131. Obra citada por Robles Guadalupe, en la obra "Derecho de la información y comunicación pública", Origami Editorial, México 2004, p. 94.

El derecho de acceso a la información es el derecho subjetivo público que tiene todo ciudadano en ejercicio de sus garantías constitucionales para acceder a la información en poder de las instituciones públicas, ya sea por medio de la información genérica o de oficio que aquellas generan y publican.

El derecho de acceso a la información oficial o pública en palabras de Guadalupe Robles⁵² se define como:

La prerrogativa que tiene toda persona de solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, empresas e instituciones autónomas, órganos desconcentrados de la administración, órganos constitucionales autónomos y de todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación en el capital o en la formación de decisiones societarias, así como los poderes Legislativo y Judicial, salvo disposición en contrario, en cuanto a su actividad administrativa.

En México, el derecho de acceso a la información, se encuentra reglamentado en, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Así también, el artículo 2 del mismo ordenamiento, establece que:

*Toda la información gubernamental a que se refiere esta Ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala.*⁵³

⁵² Robles Guadalupe, en la obra "Derecho de la información y comunicación pública", Origami Editorial, México 2004, p. 96.

⁵³ Visible en http://www.ifai.org.mx/test/new_portal/lftaipg.htm.

El acceso a los documentos administrativos, entendido como un auténtico derecho de los ciudadanos, es una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos o libertades fundamentales, como las de información y expresión; sin embargo, es pertinente señalar algo que González Alonso advierte y delimita, al decir que: “Es obvio, por otro lado, que cuando hablamos de acceso a los documentos nos referimos a aquel material interno que no ha sido ni va a ser objeto de publicación oficial o que no puede conseguirse directamente por otros medios, como por ejemplo el internet.”⁵⁴

Esto es muy importante discutirlo, reflexionarlo, pues en ocasiones existe una confusión por parte de las administraciones públicas, ya que a veces se considera que con sólo “subir” información a la red se cumple con los requisitos para que los ciudadanos ejerzan el derecho de acceso a la información.

2.3.2. Concepto normativo y doctrinal de transparencia.

Las modernas democracias constitucionales no sólo deben garantizar reglas claras y confiables para la competencia electoral y el acceso al poder, sino además deben asegurar un ejercicio transparente de la función pública, de tal modo que la sociedad pueda conocer y evaluar la gestión gubernamental y el desempeño de los servidores públicos.

La transparencia es el compromiso que establece una organización gubernamental por dar a conocer al público que lo solicite la información existente sobre un asunto público. Esta información puede tomar muy diversas formas y referirse a distintos aspectos de cómo la organización está tratando los asuntos públicos, por ejemplo: remuneraciones de los servidores públicos, monto y distribución del presupuesto, costos administrativos de los programas, criterios de decisión, etc. Transparencia significa que la información que existe y fluye en el gobierno está también

⁵⁴ González Alonso Luis Norberto, “Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea”, p. 15. Obra citada por Robles Guadalupe, en la obra “Derecho de la información y comunicación pública”, Origami Editorial, México 2004, p. 89

a disposición del público, con excepción de aquella clasificada como confidencial.

Cuando hablamos de transparencia en el gobierno nos referimos a organizaciones públicas que informan a la sociedad sobre sus criterios de decisión, sus procesos, sus rutinas y sus resultados. Cuando pedimos que el gobierno sea transparente, estamos solicitando que las organizaciones que conforman el gobierno hagan del dominio público información con la cual diseñan, ponen en práctica y evalúan las políticas públicas que están bajo su responsabilidad.

La transparencia es un código de entendimiento que amplía los derechos ciudadanos, que acota las desviaciones en el uso del poder y, quizá lo más relevante, que da certidumbre, certezas a la ciudadanía.

Una sociedad sin certezas, con anclajes débiles, termina por perderse en la especulación. Cuando esto ocurre el futuro como construcción social se desmorona. La credibilidad es la base que todo lo une. Pero la credibilidad no es, un producto que venga con garantía de duración. La credibilidad se gana o se pierde todos los días. Ella sólo se logra cuando constantemente se encaran y atienden los reclamos, las inquietudes, las quejas y dudas siempre cambiantes de los ciudadanos. Es una carrera de respuestas pertinentes en la cual no se puede retroceder. Si se pierde la esperanza y credibilidad de la ciudadanía, se ha perdido todo.

Por tanto, la transparencia es una forma no rígida, permanente, poco costosa y abierta, de reconducir y evaluar la esfera de las decisiones públicas. Para los funcionarios competentes, responsables y honestos, la transparencia constituye toda una oportunidad de exponer públicamente su trabajo.

Hoy más de cuarenta países en el mundo cuentan con leyes e instituciones dedicadas a garantizar la transparencia y el acceso a la información sobre la gestión pública. Con la expedición de la Ley Federal

de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y leyes locales de la materia en distintas entidades federativas de la República, nuestro país ha emprendido un proceso de cambio en la relación entre gobierno y gobernados, y desde luego una nueva forma de ejercicio de la función pública.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, contempla en el capítulo II, del título I, las obligaciones de transparencia, en donde se establece en el artículo 7: el tipo de información que las autoridades federales deben publicar a través de su página de Internet; entre las cuales se encuentran la estructura orgánica de las instituciones, las facultades de sus unidades administrativas, el directorio de sus servidores públicos y su remuneración mensual por puesto, el domicilio de la unidad de enlace, entre otros. Se establece que dichas obligaciones deben publicarse de tal forma que se facilite su uso y su comprensión, así como que se permita asegurar la calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad de la información.

El asunto de transparencia implica una verdadera transformación cultural en la concepción y práctica del servicio público; supone someter la gestión gubernamental y el desempeño de los servidores públicos al escrutinio cotidiano de la sociedad; exige divulgar y arraigar en toda la población el derecho de acceso a la información y promover efectivamente su ejercicio, así como el derecho a la intimidad y la vida privada de las personas, a través de la protección de sus datos personales.

CAPÍTULO TERCERO.

Responsabilidad jurídica del estado en la administración y construcción de bases de datos: una perspectiva comparada.

En este tercer capítulo, se analiza en primer lugar la definición de la palabra *Hábeas Data*, los diferentes tipos que existen de la misma, así como los demás derechos inherentes a esta figura.

De igual forma, se hace una comparación, entre las legislaciones de Argentina, España y Colombia, tomando en consideración de que forma regulan el acceso y la protección de la información contenida en bases de datos en poder del Estado, así como las responsabilidades administrativas o penales en las que puedan incurrir los servidores públicos o empresas privadas que administren y construyen bases de datos.

3.1. El acceso y la protección de la información contenida en bases de datos del Estado.

El derecho a solicitar y obtener información de un archivo o registro, para saber si el mismo contiene información personal que a alguien concierne, constituye el fundamento esencial del *Hábeas Data*.

Hábeas Data: en cuanto al nombre de esta garantía, podemos decir que ha sido tomado en parte del latín y en parte del inglés; *Hábeas* viene del latín y significa *conserva y guarda tu*, del inglés proviene *Data*, un sustantivo plural que se traduce como *información o datos*, por lo cual, en una acepción literal, *Hábeas Data* se define como *conserva o guarda tus datos*.

De acuerdo con Felipe Seisdedos,⁵⁵ el *nomen juris* de esta garantía es de origen brasileño y guardan natural vinculación con el *Hábeas Corpus* y la define de la siguiente forma:

Es el derecho que asiste a toda persona –identificada o identificable- a solicitar judicialmente la exhibición de sus registros –público o privados-, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación.

Así también menciona que el *Hábeas Data* no solo esta al servicio del derecho a la privacidad, sino que también al de la igualdad y mejor aún, al del propio derecho a la información.

En opinión de Ekmekdjian y Pizzolo, el *Hábeas Data* es una garantía de carácter calificado que protege, especialmente, el derecho a la intimidad, siendo este una derivación del derecho a la dignidad.⁵⁶

Por su parte, Gil Domínguez entiende que el *Hábeas Data* constituye un Amparo especializado, por su ubicación y naturaleza.⁵⁷

Toda persona física o jurídica puede utilizar esta acción, como primer paso, para *tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad.*

⁵⁵ Seisdedos, Felipe, "Amparo, Hábeas Data y Habeas Corpus en la reforma de 1994", en Pérez Guilhou, Dardo y Seisdedos, Felipe, Derecho constitucional de la reforma de 1994, Depalma, Buenos Aires, 1995, vol. I, p.445. Obra citada por Armagnague Juan F. y otros en la obra "Derecho a la información, Hábeas Data e Internet", Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002, p. 325.

⁵⁶ Ekmekdjian, Miguel A., y Pizzolo, Calogero, "*Hábeas Data*", Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 1. Obra citada por Armagnague Juan F. y otros en la obra, "Derecho a la información, *Hábeas Data* e Internet", Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002, p. 328.

⁵⁷ Gil Domínguez, Andrés, "*La verdad: un derecho emergente*, LL", 1999-A-219. Obra citada por Armagnague Juan F. y otros en la obra, "Derecho a la información, *Hábeas Data* e Internet", Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002,p. 328.

Por su parte, Colautti entiende que el *Hábeas Data*:

Constituye una garantía que tiene dos frases. Una primera permite que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos y, por lo tanto, a controlar su veracidad. La segunda tiene por objeto la modificación del registro, substancialmente en dos casos: cuando los datos son falsos o requieren actualización. La primera parte de la garantía – el derecho a saber que datos están registrados – debe ser interpretada de la forma más amplia.⁵⁸

Es el derecho de entrada a los bancos de datos y la garantía principal que tiene la persona para conocer qué información existe sobre ella. En este sentido, validará la información contenida; podrá ratificar la autorización prestada si ella se hubiere requerido; tendrá la facultad de exigir la actualización o rectificación de los datos, planteará la supresión del dato sensible y en cada caso queda de manifiesto el poder de control de la persona sobre los archivos de datos personales.

Puccinelli, siguiendo a Sagües, señala tipos y subtipos de *Hábeas Data* reconocidos por la constitución federal de Argentina:

- El *Hábeas Data informático*, reconocido en los subtipos exhibitorios y finalista cuando expresa: "...tomar conocimiento de los datos a ella referidos y su finalidad...";
- El *Hábeas Data aditivo*, considerado por el actualizador al disponer el artículo 43 de la constitución de Argentina que el sujeto activo podrá, en el caso de falsedad o discriminación, exigir la actualización de los datos;
- El *Hábeas Data rectificador o correctivo*, previsto cuando permite al sujeto activo exigir la rectificación de los datos en caso de falsedad o discriminación;

⁵⁸ Colautti, Carlos E., "*Reflexiones preliminares sobre el Hábeas Data, LL*", 1996 C-917. Obra citada por Armagnague Juan F. y otros en la obra, "*Derecho a la información, Hábeas Data e Internet*", Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002, p. 329.

- El *Hábeas Data reservador*, que tiene por objeto que determinada información no trascienda a terceros;
- El *Hábeas Data exclutorio o cancelatorio*, presente en la posibilidad que permite exigir la supresión de datos.⁵⁹

A lo expuesto Seisdedos agrega que los *denominados datos sensibles* también pueden ser objeto del *Hábeas Data reservador*, y que la tutela no se detiene en ellos sino que abarca, también a los datos *caducos*, antiguos u obsoletos.

Asimismo, podemos hallar un *Hábeas Data Mixto*, que – como enseña Sagües – es aquel que comprende un objetivo simplemente exhibitorio o también, actualizar, rectificar, reservar o excluir datos concernientes a la información que obre en un registro.

El *Hábeas Data*, además de ser un derecho de acceso a las bases de datos, a su vez engendra determinados derechos muy especiales entre los que podemos contar: el derecho de rectificación, de oposición, de actualización, de cancelación, de confidencialidad, de los datos personales, que en un todo constituyen el *Hábeas Data*, “la facultad de las personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bases de datos informatizados”.

Derecho a la rectificación del dato.

Ante la obligación del archivo de mantener actuales los datos se instala el derecho de la persona para requerir que se rectifique la información inexacta que le concierne.

⁵⁹ Puccinelli, Oscar R., “El *Hábeas Data*...”, cit en Bidart Campos, Germán J., y Sagües, Nestor P., El Amparo..., cit., p 253 a 255. Asimismo, ver Sagües, Nestor P., “Subtipos de *Hábeas Data* en el derecho argentino”, en leyes reglamentarias de la reforma constitucional y sugerencias, Asociación argentina de derecho constitucional, Buenos Aires, 1996 p.206 a 209. Obra citada por Armagnague Juan F. y otros en la obra, “Derecho a la información, *Hábeas Data e Internet*”, Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002, p. 333.

Es decir, cuando los datos revelen ser inexactos o incompletos, el interesado por su parte, tienen derecho a solicitar la rectificación de los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos al responsable del tratamiento.

En caso de ser imposible la rectificación de los datos el responsable del tratamiento deberá cancelar de oficio los datos tratados, por no ser actualizada, ni responder a la situación real del afectado.

Derecho de cancelación del dato.

El interesado tiene derecho a solicitar la cancelación de los datos que estén sometidos a tratamiento. La cancelación puede ser solicitada porque el interesado haya decidido revocar el consentimiento prestado en el momento de la recogida de los datos, o bien porque el tratamiento ha podido realizarse sin su consentimiento previo por lo que, el afectado decide oponerse al tratamiento de sus datos.

Derecho de oposición.

En los casos que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.

Derecho a la actualización.

También es posible encontrar informaciones incompletas que dibujan un perfil insuficiente y afectan el derecho a la verdad. En este caso, se debe incorporar al archivo la información parcialmente omitida.

Un dato puede ser incompleto cuando no tiene toda la información necesaria. Otra cuestión diferente es que los datos de una persona estén desactualizados. Por eso una de las obligaciones que tiene el titular o

responsable de la base de datos es llevarlos con toda precisión, pertinencia, perfección y actualidad, para lo cual esta obligado a realizar todos los esfuerzos que sean razonables.

La puesta al día trabaja sobre el dato insuficiente, llamado también dato inexacto o incompleto. No es información real para el tiempo donde se produce y por eso la finalidad es actualizar el registro.

Derecho a la confidencialidad de los datos.

La autorización del titular para que los datos sean utilizados con la finalidad que el archivo le informa y en la medida del consentimiento prestado para su transferencia implica que algunos datos pueden ser restringidos en cuanto a la libre difusión y cesión.

Como regla, los datos sensibles no pueden circular sin permiso expreso, pero hay otros datos que se pueden mantener en confidencia dentro del registro y solo son posibles de cesión cuando el titular lo autorice.

Un deber de confidencialidad de los datos personales que son objeto de tratamiento, a cargo del responsable y de todas las personas que intervienen en cualquier fase del procesamiento, es un deber de sigilo, que debe subsistir aun después de finalizada la vinculación con la actividad de la base de datos.

Derecho al silencio y al olvido mediante la cancelación del dato.

Asimismo, cuando el dato ha cumplido la finalidad para la cual se archiva, aparecen dos consecuencias que se traducen en derecho y deberes de la persona y el banco de datos, respectivamente.

El derecho se fundamenta en la potestad de reclamar la eliminación de toda información que violente la esfera de privacidad personal cuyo almacenamiento no fuera autorizado. También, el poder de exclusión o

supresión permite demandar la cancelación del dato que se ha tornado impertinente o ha devenido innecesario.

El deber, por su parte, es del titular del archivo, quien debe eliminar la información personal compilada que ha perdido interés, actualidad o sentido para el objeto inicialmente guardado.

El afectado, si considera que los datos carecen de pertinencia o deriven inadecuados, pueden ejercer el derecho de cancelación o bloqueo de transmisión, proporcionando en el pedido al registro que se borren todos los datos innecesarios.⁶⁰

3.1.1. Doctrina del *Hábeas Data* en Argentina.

En Argentina, la Ley de Protección de los Datos Personales⁶¹, en su artículo 13 garantiza el derecho a la información y el cual a la letra expresa:

Toda persona puede solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables.

El registro que se lleve al efecto será de consulta pública y gratuita.

El artículo 14 del mismo ordenamiento, regula el derecho de acceso a las bases de datos y el cual a la letra establece:

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe,

⁶⁰ Armagnague Juan F. y otros en la obra, "Derecho a la información, *Hábeas Data e Internet*", Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002.

⁶¹ Visible en <http://www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm>.

éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data prevista en esta ley.

3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales.

En Argentina, la acción de protección de los datos personales o de *Hábeas Data* puede ser ejercido por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados designados para tal efecto.

Procederá la acción de *Hábeas Data*, en los supuestos contemplados en el artículo 33 de la Ley de Protección de los Datos Personales:

1. La acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data procederá:

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

La Corte Suprema de Argentina, respecto a esta acción de protección, ha pronunciado los siguientes criterios jurisprudenciales:

Se ha señalado que el Hábeas Data “procura impedir que en bancos o registros de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone la acción, cuando dicha información esta referida a aspectos de su personalidad directamente vinculados con su intimidad – filiación política, creencias religiosas, militancia gremial, desempeño en el ámbito laboral o académico, etc; que no puede encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados”.⁶²

Del importante fallo “Ganora”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se extrae que el objetivo del Hábeas Data no es proteger la información en sí misma frente al avance de la tecnología, sino resguardar el derecho a la intimidad – receptado en el artículo 19 de la Carta magna- mediante la información individual.⁶³

Asimismo, en la causa “Suárez Masón” también se afirmó: “la protección de los datos personales, frente a cualquier intromisión arbitraria o abusiva que pudiera implicar una violación a la intimidad y a los demás derechos constitucionales, se haya en íntima relación con el derecho a la integridad humana, a la identidad, al honor, a la propia imagen, a la seguridad, al de peticionar, a la igualdad, a la libertad de conciencia, la libertad de expresión, a la libertad de reunión, de asociación, de comerciar y cualquier otro que pudiera resultar afectado”.⁶⁴

3.1.2. Doctrina del Tribunal Constitucional Español.

El derecho de acceso a los datos constituye, en todas las normas de protección de datos, el pilar de los derechos atribuidos al afectado, al otorgarle un derecho a conocer los datos sometidos a tratamiento y posibilitar su poder de control sobre los datos.

⁶² Gozaini Osvaldo Alfredo, “Hábeas Data Protección de Datos Personales”, CNCIV., Sala H. 19/5/95, “Rossetti Serra, Salvador c/Dun y Bradstreet S.R.L.” LL, 1995-E-294, Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001, p. 363.

⁶³ Ibidem, “Ganora, Mario F. y otra”, 9/9/99, LL, 2000-A-352, p. 363.

⁶⁴ Ibidem, CSJN, 13/8/98, “Suárez Masón, Carlos G.”, LL 1998-E-218, p. 364.

Por lo que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de España,⁶⁵ regula en el artículo 15, este derecho de la siguiente forma:

- 1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.*
- 2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.*
- 3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes.*

La información que se proporcionará comprenderá todos los datos de base del afectado, los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para los que se almacenan los datos.

Interpreta el Alto tribunal español, en relación al derecho en estudio, que:

El objeto de protección son, además de los datos íntimos individuales y fundamentales, como pudieran ser entre otros los relativos al honor, la intimidad personal o familiar la propia imagen, la ideología o las creencias, salud, datos sindicales, raciales o sexuales, también lo son cualquier otro tipo de datos, "cuyo conocimiento por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales. Por tanto su objeto excedería de la esfera meramente privada para alcanzar también a los datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles

⁶⁵ Vease en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/Lo15-99.htm>.

*al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.*⁶⁶

Esta cualidad del objeto del derecho a la protección de datos deriva en el incuestionable resultado de que los datos personales a proteger son todos aquellos que, puestos de forma adecuada, permitan identificar a la persona y confeccionar un perfil de cualquier naturaleza que pueda llegar a constituir una amenaza para el desarrollo del individuo, tanto en sociedad como en su estricta vida privada.

3.1.3. Doctrina de la Corte Constitucional Colombiana.

En la República de Colombia, a pesar de que por el momento no existe una ley que proporcione mecanismos de protección a los ciudadanos, para poder tener el control de la información que, sobre su persona contengan bases de datos que crea y administra el Estado; es importante resaltar que existen pronunciamientos de la Corte, dando respuesta a casos específicos.

Además que, la expresión *Hábeas Data* no aparece en el texto constitucional de Colombia sino en la jurisprudencia. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha empleado esta expresión cuando ha desarrollado el contenido de los derechos reconocidos en el Artículo 15 de la Constitución Colombiana. Ha sido precisamente en el ámbito de la jurisprudencia en donde se han delimitado adecuadamente sus alcances.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el *Hábeas Data*, de conformidad con el texto constitucional, constituye un derecho fundamental, en cuya virtud toda persona a la cual se refieren los datos de un archivo público o privado tiene la facultad para autorizar su conservación, rectificación, uso y circulación.

⁶⁶ Bel Mallén Ignacio, Loreto Corredoira y otros, “Derecho de la Información”, Editorial Ariel, Barcelona, España 2003, p. 358. STC 292/2000. FJ 6.

En tanto se aprueba una ley que garantice la protección de datos personales, la acción de tutela (amparo) ha sido empleada en varias oportunidades para proteger los derechos reconocidos en el Artículo 15 de la Constitución Colombiana, lo que ha permitido construir una importante jurisprudencia sobre el *Hábeas Data*, la misma que ha cubierto el vacío de una legislación específica.

Tanto la consagración constitucional del derecho al *Hábeas Data*, como sus desarrollos jurisprudenciales, encuentran justificación histórica en el surgimiento del denominado poder informático y la posibilidad del manejo indiscriminado de los llamados datos personales. Durante la vigencia de la actual Constitución, el *Hábeas Data* pasó de ser una garantía con alcances muy limitados, a convertirse en un derecho de amplio espectro. Es así como, bajo la protección de la cláusula específica de libertad en el manejo de los datos (artículo 15 primer inciso), la jurisprudencia ha reconocido la existencia y validez del llamado *derecho a la autodeterminación informática*.

En la actualidad y a partir de los enunciados normativos del artículo 15 de la Constitución, la Corte Constitucional ha afirmado la existencia-validez de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: *el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y el derecho al Hábeas Data*.

Para la Sala, la diferenciación y delimitación de los derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución, cobra especial importancia por tres razones:

- I.- Por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente;
- II.- Por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y

III.- Por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información.⁶⁷

El derecho fundamental al *Hábeas Data*, es aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos.

Ante la inexistencia de mecanismos ordinarios de protección de los derechos relacionados con la libertad informática, y la ausencia de una ley estatutaria que regule con amplitud esta materia, situación denunciada en múltiples oportunidades por esta Corte, y aceptando que la acción de tutela a pesar de su especial importancia en materia de protección de los derechos al *Hábeas Data* y a la intimidad, no constituye herramienta suficiente para la reconducción adecuada de las conductas desarrolladas en el ámbito del poder informático, la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y en desarrollo del principio de eficacia de los derechos fundamentales, hace la siguiente declaración:

Dada la necesidad de proteger efectivamente y de manera categórica el derecho a la autodeterminación informática, la Corte considera indispensable que se establezcan normas sobre la obligación de adoptar los mecanismos de seguridad adecuados, que permitan la salvaguardia de la información contenida en las bases de datos. Se requieren normas que establezcan sanciones y regímenes especiales de responsabilidad para las entidades administradoras de bases de datos y para los usuarios de la información, así como normas dirigidas a desestimular y sancionar prácticas indebidas en ejercicio del poder informático: cruce de datos, divulgación indiscriminada, bases de datos secretas, entre otras. Por último, también son indispensables normas que regulen los procesos internos de depuración y actualización de datos personales, así como los de las solicitudes de rectificación, adición y supresión de los mismos.

⁶⁷ Visible en <http://www.i-uris.com/jurisprud.html>. Sentencia T-557 de 1997.

*De igual manera, con el fin de que se pueda establecer el equilibrio correspondiente entre los derechos a la información y a la autodeterminación informática, es necesario que el acceso a la información personal debidamente administrada se realice bajo dos principios, llamados a operar bajo la premisa de la posición de garante de la entidad administradora y del peticionario: el principio de responsabilidad compartida, según el cual, tanto quien solicita la información como quien la suministra, desarrollen su conducta teniendo en cuenta la existencia de un interés protegido en cabeza del titular del dato. Y el principio de cargas mutuas, según el cual, a mayor información solicitada por un tercero, mayor detalle sobre su identidad y sobre la finalidad de la información.*⁶⁸

3.2. Responsabilidad administrativa o penal de los servidores públicos o empresas privadas que administran y construyen bases de datos para el Estado.

La transformación de la sociedad tecnológica plantea nuevos retos al régimen tradicional de responsabilidad, que fue elaborado en vista a una trama en la que, normalmente, había una víctima y un autor del hecho dañoso que eran identificables. El creciente desarrollo de bases de datos que recopilan información sobre las personas y su retroalimentación a través de dispositivos de interconexión, que a su vez integran redes de circulación de alcance internacional, crean dificultades peculiares relacionadas con la indeterminación del sujeto responsable y la ineptitud de una reparación posterior, que siempre será tardía cuando el daño se ha producido sobre atributos esenciales de la persona humana que hacen la dignidad.

En muchos casos, ante el padecimiento de un daño causado por la transmisión de un dato falso o inexacto, el afectado se encontrará ante una larga cadena de presuntos responsables: quien inicialmente recogió el dato, quien lo procesó y le imprimió un tratamiento especial, quien lo almacenó, quien lo transmitió a un tercero y éste a su vez le dio algún uso

⁶⁸ <http://www.i-uris.com/jurisprud.html>. Sentencia T-729 de septiembre 5 de 2002.

determinado. Para el efecto puede resultar ilusorio acreditar a cuál sujeto de toda esa cadena le es imputable el perjuicio que ha padecido.

La Ley Orgánica de Datos Personales española, resuelve este problema invirtiendo la carga de la prueba, de modo que el responsable del registro es quien debe demostrar que el daño no le es atribuible. Por lo que para saber a quien se le va a adjudicar la responsabilidad, es importante, tener claramente definidos los conceptos: *Responsable del fichero o tratamiento y Encargado del tratamiento*, para lo cual la ley en comento proporciona las definiciones siguientes:

Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

Figuras que están obligadas, al secreto profesional respecto del tratamiento de los datos de carácter personal y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

Por su parte la Ley de Protección de los Datos Personales de Argentina define al **Responsable de archivo, registro, base o banco de datos** de la forma siguiente: persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.

Una vez analizados estos conceptos, estudiaremos las infracciones tipificadas en materia administrativa que, en general, se caracterizan por un predominio de las faltas meramente formales y por la imposibilidad del administrado de conocer todas las normas en vigor que, además, mutan

constantemente. Esto se traduce en una mayor tolerancia ante las faltas, que disminuye cuando el conocimiento es exigible en razón de la calidad de la persona. En el derecho penal, los delitos atienden más al resultado del hecho y es eminentemente represivo. En cambio, en el derecho administrativo no tiene mayor importancia el resultado lesivo y su naturaleza es fundamentalmente preventiva. En el ámbito penal los delitos de peligro son la excepción, en tanto que en el derecho administrativo sancionador son lo habitual, porque se castiga la mera inobservancia o incumplimiento. Por el mismo motivo, es muy difícil traspolar el concepto de culpa penal al derecho administrativo.

Sin pretender agotar la enumeración, podemos citar una serie de obligaciones y prohibiciones impuestas a los responsables y usuarios de archivos, cuya inobservancia traería aparejada la aplicación de sanciones disciplinarias.⁶⁹

- a) La prohibición de crear registros o bases de datos con finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública, es decir, ilegítimas;
- b) La observancia de los principios generales sobre tratamiento de datos, en cuanto al deber de información, la exigencia del consentimiento del interesado, sobre calidad de los datos, pertinencia, exactitud y adecuación al fin; la licitud y lealtad en la recolección y la sujeción a la finalidad legítima del registro;
- c) El respeto a los derechos reconocidos a los titulares de los datos, de acceso, actualización, rectificación, bloqueo y supresión; así como a la cancelación de los datos caducos;
- d) La prohibición de recopilar datos sensibles;
- e) La adopción de medidas técnicas de seguridad;
- f) El deber de confidencialidad;
- g) La prohibición de transferir datos personales a países que no ofrezcan niveles de protección adecuados;

⁶⁹ Gils Carbó Alejandra M., "Régimen Legal de las Bases de Datos y *Hábeas Data*", Editorial la Ley, Argentina 2001, p. 210-212.

- h) El deber de inscribir la base de datos ante el registro de archivos que habilitará el organismo de control;
- i) La prohibición de dictar decisiones judiciales o administrativas con base exclusiva en un tratamiento automatizado de datos personales;
- j) La violación de reglas específicas para el tratamiento de los datos sobre la salud, la solvencia e informes crediticios, con fines publicitarios y encuestas.

Cuando el infractor sea un registro público, no tiene sentido aplicar una sanción disciplinaria de multa al organismo responsable, porque todo se resolvería en una transferencia contable entre un presupuesto y otro, lo que carecería de eficacia obligatoria o correctiva. En esos casos, deben hacerse juzgar la responsabilidad administrativa del funcionario, instruyéndole un sumario en forma personal. Lo que tendría sentido es que, se apliquen otras sanciones como el apercibimiento o la clausura o cierre del registro que sólo tendría lugar ante infracciones graves de ilicitud manifiesta.

3.2.1. Legislación Española.

La Ley Orgánica de Protección de Datos española, indica ciertas pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de graduar una sanción, tales son, la naturaleza de los derechos personales afectados, el volumen de los tratamientos involucrados, los beneficios obtenidos, el grado de intencionalidad; la reincidencia, los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas y cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

La ley no consagra nuevos tipos delictivos, ni define supuestos de responsabilidad penal para la eventualidad de su incumplimiento puesto que la sede lógica para tales cuestiones no es la Ley Orgánica de Protección de Datos, sino solo el Código Penal, que sí lo hace.

Sin embargo, se atribuye al Gobierno la potestad sancionadora que es lógica de su función de inspección del uso de los ficheros, similar a las demás inspecciones administrativas y que se configura de distinta forma según se proyecte sobre la utilización indebida de los ficheros públicos, en cuyo caso procederá la oportuna responsabilidad disciplinaria, o sobre los privados, para cuyo supuesto se prevén sanciones pecuniarias.

De acuerdo con la práctica usual la ley se limita a tipificar, de conformidad con lo requerido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, unos supuestos genéricos de responsabilidad administrativa, recogiendo una graduación de infracciones que sigue la habitual distinción entre leves, graves y muy graves y que toma como criterio básico el de los bienes jurídicos emanados.

Resultan infracciones leves:

- a) No atender, por motivos formales, la solicitud del interesado de rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda.*
- b) No proporcionar la información que solicite la Agencia de Protección de Datos en el ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas, en relación con aspectos no sustantivos de la protección de datos.*
- c) No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos, cuando no sea constitutivo de infracción grave.*
- d) Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.*
- e) Incumplir el deber de secreto establecido en el artículo 10 de esta Ley, salvo que constituya infracción grave.*

Son, en cambio infracciones graves:

- a) *Proceder a la creación de ficheros de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos, sin autorización de disposición general, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o Diario oficial correspondiente.*
- b) *Proceder a la creación de ficheros de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad.*
- c) *Proceder a la recogida de datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible.*
- d) *Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.*
- e) *El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso y oposición y la negativa a facilitar la información que sea solicitada.*
- f) *Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara.*
- g) *La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo.*
- h) *Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.*
- i) *No remitir a la Agencia de Protección de Datos las notificaciones previstas en esta Ley o en sus disposiciones de desarrollo, así como no*

proporcionar en plazo a la misma cuantos documentos e informaciones deba recibir o sean requeridos por aquél a tales efectos.

j) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

k) No inscribir el fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección Datos, cuando haya sido requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos.

l) Incumplir el deber de información que se establece en los artículos 5, 28 y 29 de esta Ley, cuando los datos hayan sido recabados de persona distinta del afectado.

Revisten el carácter de infracciones muy graves:

a) La recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta.

b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.

c) Recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.

d) No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso.

e) La transferencia temporal o definitiva de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.

f) Tratar los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo

7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.

h) No atender, u obstaculizar de forma sistemática el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

i) No atender de forma sistemática el deber legal de notificación de la inclusión de datos de carácter personal en un fichero.

Como ya se señaló, la Ley Orgánica de Protección de Datos diferencia entre sanciones leves, graves y muy graves, siendo diversa la cuantía de las multas impuestas a cada una de ellas, cuantía que se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad y a la reincidencia.

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 100.000 a 10.000.000 de pesetas.

2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 10.000.000 a 50.000.000 de pesetas.

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 50.000.000 a 100.000.000 de pesetas.

Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.

En ningún caso podrá imponerse una sanción más grave que la fijada en la Ley para la clase de infracción en la que se integre la que se pretenda sancionar.

El Gobierno actualizará periódicamente la cuantía de las sanciones de acuerdo con las variaciones que experimenten los índices de precios.

En las infracciones cometidas por las administraciones públicas, el Director de la Agencia de Protección de Datos dictará una resolución

estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción. Esta resolución se notificará al responsable del fichero, al órgano del que dependa jerárquicamente, a los afectados si los hubiera y al Defensor del Pueblo.

El Director de la Agencia podrá proponer también la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procedieran. El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario de las Administraciones públicas.

En los supuestos, constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Agencia de Protección de Datos podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

3.2.2. Legislación Argentina.

Las infracciones que pueden generar una sanción no están tipificadas expresamente en el artículo 31 de la Ley de Protección de los Datos Personales de Argentina, sino que resultarán del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones y prohibiciones establecidas a lo largo de todo el articulado de la ley. Algunas voces objetan la constitucionalidad de esa disposición legal sobre la base de que se trataría de una norma punitiva en blanco, que transgrediría el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, recogido en el artículo 18 de la Constitución Nacional de Argentina, porque las faltas susceptibles de sanción no están tipificadas.

Si bien los principios del derecho penal pueden aplicarse supletoriamente al derecho administrativo-disciplinario, ya que ambos coinciden en ser una expresión de la potestad sancionadora del Estado hay principios del derecho penal que pueden resultar incompatibles con el ejercicio del poder de policía de la administración.

Al ser la tipicidad cada uno de los principios imprescindibles en materia penal, se hace necesaria una regulación específica que permita enjuiciar las nuevas formas de delincuencia respecto de los datos de las personas en un marco adecuado, ya que tales delitos, por su novedad, no habían sido recogidos con anterioridad en el texto del Código Penal de Argentina.

De nada vale regular un sector del derecho de tanta importancia en la vida de las personas, como es lo referido a sus datos personales, si no se advierte la necesidad de introducir nuevas figuras delictivas para dar respuesta a las exigencias de protección de la sociedad actual en la materia.

En tanto la Ley de Protección de los Datos Personales,⁷⁰ respecto de las sanciones administrativas, establece en su artículo 31 lo siguiente:

1.- Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan en los casos de responsables o usuarios de bancos de datos públicos; de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de la presente ley, y de las sanciones penales que correspondan, el organismo de control podrá aplicar las sanciones de apercibimiento, suspensión, multa de mil pesos (\$ 1.000.-) a cien mil pesos (\$ 100.000.-), clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos.

2.- La reglamentación determinará las condiciones y procedimientos para la aplicación de las sanciones previstas, las que deberán graduarse en relación a la gravedad y extensión de la violación y de los perjuicios derivados de la infracción, garantizando el principio del debido proceso.

⁷⁰ Visible en, <http://www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm>.

Por lo que respecta a las sanciones penales el artículo 32, a la letra expone:

1. Incorpórase como artículo 117 bis del Código Penal, el siguiente:

1°. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena".

2. Incorpórase como artículo 157 bis del Código Penal el siguiente:

"Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1°. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2°. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años".

El establecimiento de las nuevas figuras delictivas apunta a proteger la veracidad de la imagen personal (117 bis) y la confidencialidad (157 bis) en materia de datos. En ambos casos agrava la sanción el hecho de que la conducta sea producida por un funcionario público.

En el caso del artículo 117 bis, lo que agrava la pena además es el supuesto de que la falsa información sea transmitida a sabiendas a un

tercero, o cuando el hecho de la inclusión o transmisión se deriven perjuicios a alguna persona.

En ambas figuras, la calidad de funcionario público como sujeto activo, determina la aplicación como pena accesoria de la inhabilitación para desempeñar cargos públicos por el término establecido en cada uno de los artículos.

Del modo en que han sido tipificadas, ambas figuras sólo pueden configurarse cuando el autor despliega su conducta con dolo. La conducta culposa en tal sentido no es punible penalmente, independiente de las responsabilidades administrativas que genere.

La segunda parte de la norma penaliza la violación de secretos con relación a los datos personales. La figura está especialmente referida a quienes interviene en los procesos de tratamiento de datos y operadores de bases de datos que están en condiciones de acceder a la información. Es decir, se trata de sujetos que tienen un acceso autorizado pero difunden o transmiten datos confidenciales a terceros, cuyo secreto estaban obligados a guardar por disposición de una ley.

3.2.3. Legislación Colombiana.

En Colombia, como ya se mencionó en el tema anterior, no existe una ley vigente de Protección de Datos Personales sino que, los pronunciamientos que emite la Corte Suprema han cubierto el vacío de esa legislación específica.

Por lo que, para el desarrollo de este apartado tomaremos como referencia el proyecto de Ley estatutaria 074 de 2003 cámara, sobre el *Hábeas Data* y derechos fundamentales en el procedimiento informatizado de datos personales de Colombia.

Proyecto de ley que, en el artículo 35 establece las sanciones y criterios para su aplicación estableciendo lo siguiente:

... cuando la Procuraduría General de la Nación después de pedir explicaciones a los operadores de bancos de datos o centrales de información, a los administradores o a los representantes legales de los mismos, si es del caso; a las fuentes o a los usuarios, se cerciore de que estos han violado la presente ley, sus reglamentos o cualquier disposición a que deban sujetarse, podrá imponer una de las siguientes sanciones administrativas:

1. Amonestación o llamado de atención.

2. Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de sanciones personales, la multa podrá ser hasta de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando se trate de sanciones de carácter institucional, la multa podrá ser hasta de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las multas pecuniarias previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.

Las sanciones por infracciones administrativas a que se hace mención en este artículo, se graduarán atendiendo los siguientes criterios, en cuanto resulten aplicables:

- a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados;*
- b) El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros, por la comisión de la infracción, o el daño que tal infracción hubiere podido causar;*
- c) La reincidencia en la comisión de la infracción;*
- d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción de control e inspección de Defensoría del Pueblo;*
- e) La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción, o cuando se utiliza persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos;*
- f) El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes;*

g) La renuencia o desacato a cumplir, con las instrucciones impartidas por el organismo de control;

h) El reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que hubiere lugar.⁷¹

La medida de imponer sanciones, tiene por objetivo proteger al ciudadano, del mal manejo o uso que pudieran darle los sujetos de la Administración Pública o entes privados encargados de la construcción y administración de bases de datos personales.

Por lo que en el siguiente capítulo, se hará una propuesta para imponer estos mecanismos de protección en nuestro país.

⁷¹ Puede consultarse en la página <http://www.camararep.gov.co>.

CAPÍTULO CUARTO.

Alcances en la protección de información personal contenida en las bases de datos del estado mexicano: una propuesta a partir de la experiencia iberoamericana.

En este último capítulo, veremos que las nuevas tecnologías han generado enormes ventajas para el desarrollo del conocimiento y la interconexión a culturas y sistemas antes desconocidos por nosotros. Pero no hay avances sin riesgos y los que trae consigo esta nueva etapa en el desarrollo de la humanidad no son menores, sobre todo tratándose del derecho a la intimidad.

En la llamada sociedad de la información el derecho a la intimidad está seriamente amenazado, ya que los medios tradicionales de protección a la vida privada han sido desbordados por las nuevas modalidades de adelanto científico y tecnológico, por lo que no olvidemos que el papel de la ciencia del derecho frente a todo avance tecnológico es el de servir como eje central del proceso y corresponde ahora regular el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos para salvaguardar el derecho a la intimidad de las personas.

No puede el país continuar con la ausencia de una adecuada y detallada regulación referente al manejo de los datos de las personas. No puede conformarse con algunos mecanismos de tutela, previstos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

La compleja sociedad de la información exige que el Estado regule en forma exhaustiva y preventiva todos aquellos aspectos concernientes al acopio, almacenamiento y uso de datos personales, entrando a participar activamente en dicho proceso mediante un control estricto que impida reducir a simple mercancía la individualidad de las personas.

La aprobación de una ley moderna y comprensiva de protección de los datos personales es tan solo un paso, pero sin duda uno de gran importancia, sin el cual la lenta evolución que ha experimentado el país en lo concerniente a este tema, podría detenerse, o peor aun, invertirse provocando un retroceso que no podemos permitir hacia la mercantilización del individuo y los valores que lo hacen un ser único e irrepetible.

En suma, el objetivo es garantizarle al titular de los datos, que terceras personas, bien se trate del sector público o del sector privado, utilicen la información personal de sus clientes, afiliados, derecho-habientes o apoderados con la confidencialidad que el propietario de la información necesita, de tal manera que el usuario no pierda el control de los mismos, y en todo momento sepa quién tiene sus datos, para qué los utiliza o a quién se los cede o comunica.

4.1. Redeterminación del derecho a la intimidad frente al embate de las tecnologías de la información: el conflicto entre un derecho fundamental del hombre y la realidad mundial post 11 de septiembre de 2001 en los Estados modernos.

Los registros de las negociaciones entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea en relación con la protección de los datos personales muestran un camino que no ha sido fácil. Los derechos de las personas no deberían entrar en conflicto con la seguridad nacional, aunque la experiencia constatare otra cosa en los tiempos posteriores al 11 de septiembre de 2001. La agenda binacional Estados Unidos-México deberá contemplar salvaguardias a los derechos humanos de los inmigrantes, ya sean legales o sujetos ilegales, incluyendo la colaboración de las autoridades en ambos lados de la frontera para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas, lo que incluye el establecimiento de reglas claras y de principios para el tratamiento de los datos personales, de conformidad con el derecho internacional y con los principios aceptados por ambos países, en armonía con los sistemas que

garanticen mejor, la protección de los derechos humanos en esta materia, tratando de ofrecer una homologación en particular con el sistema de protección de la Unión Europea, así como tratando de llevar a una armoniosa conclusión el acuerdo binacional para el intercambio de datos personales.

Pero, la exagerada reacción de Estados Unidos después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, llevó al presidente de ese país a firmar el 26 de octubre de 2001, una ley denominada '*USA-Patriot Act*,' subtitulada "*Uniting and Strengthening by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*" ("Uniendo y fortaleciendo por medio de proveer las apropiadas herramientas para interceptar y obstruir el terrorismo") que recorta considerablemente las libertades públicas y civiles de los ciudadanos dentro del territorio norteamericano.

Esta ley es un ataque directo contra derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión. Junto a la pérdida de protagonismo de la jerarquía judicial, es notable el significativo protagonismo concedido a los cuerpos de seguridad como es el Buró Federal de Investigación (Federal Bureau of Investigation-FBI) y los servicios de la Agencia Central de Inteligencia (Central Intelligence Agency-CIA) norteamericanos, que han visto ampliados sus poderes y márgenes de actuación de un modo que afecta especialmente a los extranjeros residentes en Estados Unidos.

Esa ley, llamada también antiterrorista limita igualmente la acción judicial sobre las escuchas telefónicas y la vigilancia en Internet. Ya que, obliga a los jueces a autorizar al FBI obtener información sobre las comunicaciones y mensajes de un usuario "sospechoso". Supuestamente, el FBI únicamente puede examinar la "dirección" de los mensajes, no los contenidos. Es decir, se supone que debemos confiar en que, el FBI va a ignorar la información que tiene delante.

Así también todas las órdenes judiciales serán válidas en todo el territorio de Estados Unidos y podrán ser dictadas por cualquier juez en cualquier tribunal del país, con lo cual los afectados se verían prácticamente imposibilitados para solicitar la revisión de la orden en el juzgado en el que fue emitida.⁷²

La ley permite proporcionar a la CIA toda una serie de datos pertenecientes a los ciudadanos estadounidenses que, puedan ser recogidos de archivos escolares, transacciones financieras, actividad en la red, conversaciones de teléfono, o informaciones derivadas de procedimiento judiciales que no estén directamente relacionados con casos de "terrorismo".

Según las modificaciones introducidas por la ley *USA-Patriot Act*, a la Ley de Vigilancia e Inteligencia Exterior (*Foreign Intelligence Surveillance Act*, conocida como FISA), el FBI tiene autorización para realizar un registro físico o realizar escuchas con el supuesto fin de obtener evidencias sin tener que probar que existe una causa probable contra la persona acusada. Mientras el FBI mantenga ante un tribunal que, el motivo de la petición de una orden de registro es la "seguridad", el juez tiene la obligación de proporcionar la orden.

Esta Ley Patriota, lo único que origina al darles al FBI y a la CIA el derecho de escuchar conversaciones telefónicas, observar correo electrónico, investigar archivos médicos, financieros y estudiantiles y entrar en hogares y oficinas sin notificar a los dueños es, violentar en todo su esplendor los derechos humanos y en especial el derecho a la intimidad de los habitantes, en Estados Unidos.

El 11 de septiembre de 2001 marcó, en materia de respeto de los derechos humanos, una clara ruptura. En nombre de la "guerra justa" contra el terrorismo, de repente se permitieron muchas transgresiones.

⁷² Informe elaborado por el abogado norteamericano Alan Graf visible en http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/legis-EEUU_12-11-01.html-21k-.

Los defensores de los derechos ciudadanos tienen razón de estar preocupados puesto que el movimiento general de nuestras sociedades, que tendía hacia un respeto cada vez mayor del individuo y sus libertades, ha sido brutalmente detenido. Y todo parece indicar que con el modelo de Estados Unidos, se ha iniciado la transformación hacia un Estado cada vez más policiaco y obsesivo, tal es el caso de Canadá y México.

Canadá está examinando y adoptando toda una serie de medidas y leyes, como la Ley Antiterrorista (C-361), la Ley de Lucha contra el Crimen Organizado (C-242), la creación de un mega registro de pasajeros internacionales (y en breve de pasajeros nacionales), la Ley de Seguridad Pública (C-73), el Proyecto de Ley de Ciudadanía (C-184), el proyecto que otorga a los cuerpos policiales el acceso legal a las comunicaciones informáticas de todos los ciudadanos, así como un proyecto de creación de una cédula nacional de identidad con microprocesador y datos biométricos.

Estas nuevas medidas alteran profundamente los valores consagrados en las declaraciones de derechos, tales como el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la plena defensa, a guardar silencio y a la protección de la vida privada.

Por lo que atañe a nuestro país, las iniciativas del presidente Felipe Calderón Hinojosa, referentes a reformar el sistema de seguridad y justicia del país, ampliando las facultades legales de la Procuraduría General de la República (PGR), a fin de que pueda realizar detenciones, cateos, intervenciones telefónicas y arraigos sin la autorización de un juez, en investigaciones relacionadas con delincuencia organizada, darían lugar a una institución con mayores poderes para "fabricar culpables", "reprimir" a los opositores al régimen y por supuesto se daría una violación ilimitada de derechos humanos.

Esta propuesta del presidente, dividió las opiniones de connotados abogados penalistas. Cuatro de siete litigantes consultados por el periódico "La Jornada" reprobaron la iniciativa de reforma constitucional, misma que calificaron de "peligrosa para la democracia mexicana", ya que otorgaría facultades ilimitadas al Ministerio Público.⁷³

Heraclio Bonilla, defensor del ex presidente Luis Echeverría Álvarez, considera que la tendencia del sistema penal impuesta por Estados Unidos para los países de América Latina es hacer que nuestras instituciones de procuración e impartición de justicia empaten con las suyas. Esto significa para México que se crearía una PGR con facultades ilimitadas.

El problema estriba, agrega, en que el gobierno estadounidense no es equiparable al mexicano; aquí no hay equilibrio de poderes, hay sumisión. La Procuraduría General de la República depende y está al servicio del titular del Ejecutivo. La intención de aplicar el mecanismo es contar con un Estado "todopoderoso"; el mecanismo es simple: primero se acusa a un enemigo del régimen de ser parte de la delincuencia organizada. Con ese fundamento se catea su casa y luego se le siembra en su domicilio todo lo que se quiera para procesarlo por un delito que tal vez no cometió.

A su vez, Eduardo Miranda Esquivel, presidente de la Unión de Juristas de México y abogado de activistas sociales, opina que de aprobarse esta propuesta calderonista sería una involución en materia penal y de derechos humanos. "Esta reforma podría catalogarse de peligrosa para la incipiente democracia mexicana. Sería una enmienda constitucional que nos daría más cosas negativas que positivas. Estamos frente a una adecuación de la ley que puede dar paso a la arbitrariedad del Estado y fomentar más la corrupción".

⁷³ "La Jornada", Divide a penalistas la iniciativa de Calderón sobre seguridad y justicia, Alfredo Méndez Ortiz, México, Distrito Federal, 12 de marzo de 2007. Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2007/03/12/index.php?section=politica&article=003n1pol>.

Por su parte, Juan Rivero Legarreta, abogado del depuesto líder minero Napoleón Gómez Urrutia, señala que esta reforma es reprobable. No va a beneficiar en nada. Ni el aumentar las penas, ni el darle mayores capacidades de detención, privación de garantías, espionaje o allanamientos al Ministerio Público, va a beneficiar en el combate al narcotráfico. Lo que deberían hacer es detener a los narcotraficantes, que la policía cumplimente órdenes de aprehensión pendientes. Ya de entrada el tema del arraigo domiciliario en legislaciones extranjeras está considerado como una forma de tortura psicológica. Luego, la intervención de llamadas y los cateos, como herramienta de la PGR sería terrible; si en la actualidad hay violación de garantías contra inocentes, pues con esta propuesta ya mejor ni hablemos, advierte.

Américo Delgado de la Peña, abogado de los hermanos Rafael y Benjamín Arellano Félix, líderes del cártel de Tijuana, considera que las reformas planteadas por el presidente Felipe Calderón romperían definitivamente y en franca violación a garantías fundamentales el sistema de derecho mexicano y dejarían en la indefensión a cualquier inculpado que carezca de recursos para contratar un abogado.

Al admitirse una reforma de esa índole, las funciones de los órganos jurisdiccionales (jueces, magistrados y ministros) quedarían al arbitrio absoluto del Ministerio Público y sin control de ninguna naturaleza, concluye el litigante.

A su vez, tres de los especialistas en derecho penal entrevistados avalaron la propuesta calderonista, al considerar que además de que no implicaría riesgo de violaciones a derechos humanos, porque el Poder Judicial Federal fungiría como órgano supervisor, reduciría "trámites burocrático-legales" que actualmente dificultan las investigaciones abiertas en contra de actividades ligadas al narcotráfico.

Para José Luis Nassar Daw, abogado de Raúl Salinas de Gortari, es una reforma positiva. La solicitud de arraigo, cateos e intervenciones

telefónicas se ha convertido en un tema de trámite burocrático, donde en noventa por ciento de los casos los jueces obsequian a la PGR ese tipo de peticiones. Con esta iniciativa el juez tiene mayor competencia, pues ahora será un órgano de control, por lo que un juzgador podría de inmediato suspender una medida de arraigo que hubiera sido decretada por el Ministerio Público Federal de manera ilegal.

Actualmente, los arraigos son prácticamente imposibles de combatir; ni modo que un juez acepte que se equivocó y suspenda alguna medida cautelar que él mismo decretó. Ahora, de aplicarse estos cambios a los artículos 14, 16 y 20 de la Constitución sería necesario delimitar a la PGR para evitar abusos como los que ya ocurren sin esta reforma, donde la autoridad deliberadamente inicia investigaciones por delincuencia organizada contra una persona cualquiera, y no con el propósito de tener una ley fácil y poco complicada para los Agentes del Ministerio Público.

Para frenar esos abusos es necesario un artículo expreso en la ley sobre delincuencia organizada, diciendo que ante cualquier medida cautelar o consignación que se produjera por un delito que no fuera precisamente delincuencia organizada, un juez de inmediato nulificara todo el caudal probatorio y ordenara levantar la medida dictada por el Ministerio Público.

Marcos Castillejos, defensor del ex presidente de Guatemala Alfonso Portillo, dice que esta reforma no violaría la Constitución, por el simple hecho de que lo que plantea es reformarla.

Tampoco veo el peligro de un abuso del Ministerio Público Federal, porque esta autoridad seguiría supeditada a la revisión judicial; en cambio, creo que sí permitiría una actuación más rápida de la PGR en casos de delincuencia organizada. Lo importante es que la autoridad judicial quede con buen margen de control para que pueda permanecer alerta ante cualquier violación constitucional en que pudiera incurrir la procuraduría.

Xavier Olea Peláez, defensor de la periodista Lydia Cacho en el juicio penal por calumnia que le inició el empresario textilero Kamel Nacif, indica: "Veo bien que únicamente en los casos de delincuencia organizada se conceda estas facultades al Ministerio Público. Pero debe ponerse en el texto constitucional que se autorizan las grabaciones o los cateos, siempre y cuando existan indicios comprobados de que el sujeto o un grupo de personas sean miembros de delincuencia organizada, a fin de que de inmediato un juez pueda revisar el expediente y de ser necesario, que el juzgador revoque la medida cautelar si ésta es ilegal.

De acuerdo a lo anterior, esperemos que, nuestro país no siga el ejemplo de Estados Unidos de ser un país en donde se quebranten los derechos fundamentales con el pretexto de salvaguardar la seguridad nacional; así también que la iniciativa del presidente Calderón, para otorgarle más facultades al Ministerio Público, no sea el principio de que en México, los ciudadanos no contemos con el derecho a la privacidad, consagrado en nuestra constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

4.2 La obligación del ciudadano mexicano a proporcionar información a las bases de datos administradas por el Estado.

En este punto resulta conveniente mencionar que, para cualquier persona nos es muy normal proporcionar datos personales, sobre todo si es el Estado quien lo solicita, sin ponernos a pensar si estamos obligados a facilitar esa información o no, que tratamiento va a tener, la utilidad que le pueden dar ó si contamos con algún mecanismo de protección en caso de que esa información personal sea mal utilizada y más tratándose de sectores altamente sensibles en donde la confidencialidad de la información de las personas es considerada fundamental, como son el sector salud, bancario, la ideología religiosa, política, origen étnico, así como la preferencia sexual.

En ese sentido, la protección de datos personales toma cada vez mayor importancia sobre todo a medida que el gobierno mexicano gradualmente implementa sistemas, por medio de los cuales pretende garantizar a los ciudadanos el libre acceso a una gama de servicios públicos integrales, como son sistemas de información pública y trámites en línea ante las diversas dependencias de la administración pública federal, estatal y municipal. Es por ello, que resulta relevante saber qué harán estas dependencias de los tres niveles de gobierno con la información y los datos proporcionados por los ciudadanos, instituciones y empresas al llevar a cabo trámites gubernamentales.

En principio, cada día más asuntos se gestionan y gradualmente se llevan a cabo trámites gubernamentales completamente en línea y toda la información generada, esta contenida, en su totalidad, en sistemas electrónicos y bases de datos “propiedad” del gobierno.

Actualmente existen diversas oficinas gubernamentales relacionadas con el tratamiento de datos personales, información que el Estado adquiere ya sea porque obliga a los ciudadanos a proporcionarla, por disposición de ley o ellos mismos la facilitan al realizar algún trámite ante cualquier dependencia.

El Gobierno Federal, a través de todas las entidades que lo integran y de acuerdo a su competencia y funciones que desempeña cada una, se allegan de una cantidad impresionante de información en todos los sectores, con la cual conformar diversas bases de datos personales, entre las que observamos las siguientes:

En el sector población.

- Secretaría de Gobernación:

Cuenta con bases de datos relacionadas con la política de población; maneja el servicio nacional de identificación personal; lleva el registro de firmas de los funcionarios federales y de los Gobernadores de los Estados

y legaliza las firmas de los mismos; así como administra el Archivo General de la Nación.

- Secretaría de Relaciones Exteriores:

Dirige el servicio exterior en sus aspectos diplomático y consular en los términos de la Ley del Servicio Exterior Mexicano; imparte protección a los mexicanos; cobra derechos consulares y otros impuestos; ejerce funciones notariales, de Registro Civil, de auxilio judicial; concede a los extranjeros las licencias y autorizaciones que requieran conforme a las leyes para adquirir el dominio de las Tierras, aguas y sus accesiones en la República Mexicana; así como interviene en todas las cuestiones relacionadas con nacionalidad y naturalización y coleccionar los autógrafos de toda clase de documentos diplomáticos.

En el sector de seguridad.

- Secretaría de la Defensa Nacional:

Organiza y prepara el servicio militar nacional; maneja el activo del Ejército y la Fuerza Aérea, de la Guardia Nacional al servicio de la Federación y los contingentes armados que no constituyan la guardia nacional de los Estados; interviene en la expedición de licencias para la portación de armas de fuego, con objeto de que no incluya las armas prohibidas expresamente por la ley y aquellas que la Nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional, así como vigilar y expedir permisos para el comercio, transporte y almacenamiento de armas de fuego, municiones, explosivos, agresivos químicos, artificios y material estratégico.

- Secretaría de Marina:

Organiza, administra y prepara la Armada; maneja el activo y las reservas de la Armada en todos sus aspectos; organiza el archivo de cartas marítimas y las estadísticas relativas; interviene en el otorgamiento de

permisos para expediciones o exploraciones científicas, extranjeras o internacionales en aguas nacionales.

- Secretaría de Seguridad Pública:

Atiende de manera expedita las denuncias y quejas ciudadanas con relación al ejercicio de sus atribuciones; elaborar y difunde estudios multidisciplinarios y estadísticas sobre el fenómeno delictivo; organiza, dirige y administra un servicio para la atención a las víctimas del delito; regula y autoriza la portación de armas para empleados federales, para lo cual se coordinará con la Secretaría de la Defensa Nacional; otorga las autorizaciones a empresas que presten servicios privados de seguridad en dos o más entidades federativas, así como supervisar su funcionamiento; ejecutar las penas por delitos del orden federal y administra el sistema federal penitenciario; así como organiza y dirige las actividades de apoyo a liberados; administra el sistema federal para el tratamiento de menores infractores, en términos de la política especial correspondiente y con estricto apego a los derechos humanos.

En el sector económico.

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

Proyecta y calcula los ingresos de la Federación, del Gobierno del Distrito Federal y de las entidades paraestatales, considerando las necesidades del gasto público federal, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera de la administración pública federal; planea, coordina, evalúa y vigila el sistema bancario del país que comprende a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito; cobra los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, productos y aprovechamientos federales en los términos de las leyes aplicables, vigila y asegura el cumplimiento de las disposiciones fiscales; organiza y dirige los servicios aduanales y de inspección, así como la Unidad de Apoyo para la Inspección Fiscal y Aduanera; coordina y desarrolla los servicios nacionales de estadística y

de información geográfica, así como establece las normas y procedimientos para su organización, funcionamiento y coordinación.

- Secretaría de Economía:

Norma y registra la propiedad industrial y mercantil; así como regula y orienta la inversión extranjera y la transferencia de tecnología; otorga contratos, concesiones, asignaciones, permisos, autorizaciones y asignaciones en materia minera, en los términos de la legislación correspondiente.

- Secretaría de Turismo:

Registra a los prestadores de servicios turísticos; promueve y opina en el otorgamiento de facilidades y franquicias a los prestadores de servicios turísticos y participa con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la determinación de los criterios generales para el establecimiento de los estímulos fiscales necesarios para el fomento a la actividad turística, y administra su aplicación, así como vigila y evalúa sus resultados.

En el sector social.

- Secretaría de Desarrollo Social:

Formula, conduce y evalúa la política general de desarrollo social para el combate efectivo a la pobreza en particular, la de asentamientos humanos, desarrollo urbano y vivienda; proyecta la distribución de la población y la ordenación territorial de los centros de población, conjuntamente con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que corresponda.

- Secretaría del Trabajo y Previsión Social:

Interviene en los contratos de trabajo de los nacionales que vayan a prestar sus servicios en el extranjero, en cooperación con las Secretarías de Gobernación, de Economía y de Relaciones Exteriores; lleva las

estadísticas generales correspondientes a la materia del trabajo, de acuerdo con las disposiciones que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

- Secretaría de la Reforma Agraria:

Interviene en la titulación y el parcelamiento ejidal; hace y tiene al corriente el Registro Agrario Nacional, así como el padrón de las propiedades ejidales, comunales e inafectables.

En el sector de servicios.

- Secretaría de Comunicaciones y Transportes:

Regula, inspecciona y vigila los servicios públicos de correos y telégrafos y sus servicios diversos; conduce la administración de los servicios federales de comunicaciones eléctricas y electrónicas y su enlace con los servicios similares públicos concesionados con los servicios privados de teléfonos, telégrafos e inalámbricos y con los estatales y extranjeros; así como del servicio público de procesamiento remoto de datos.

En el sector de educación.

- Secretaría de Educación Pública:

Organiza, vigila y desarrolla en las escuelas oficiales, incorporadas o reconocidas;

- a) La enseñanza preescolar, primaria, secundaria y normal, urbana, semiurbana y rural.
- b) La enseñanza técnica, industrial, comercial y de artes y oficios, incluida la educación que se imparta a los adultos.
- c) La enseñanza superior y profesional.
- d) La enseñanza deportiva y militar, y la cultura física en general.

Organizar y desarrollar la educación artística que se imparta en las escuelas e institutos oficiales, incorporados o reconocidos para la enseñanza y difusión de las bellas artes y de las artes populares.

En el sector salud.

- Secretaría de Salud:

Establece y conduce la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general; coordina los programas de servicios a la salud de la Administración Pública Federal, así como los agrupamientos por funciones y programas afines que, en su caso, se determinen; planea, norma y controla los servicios de atención médica, salud pública, asistencia social y regulación sanitaria que correspondan al Sistema Nacional de Salud.⁷⁴

En el sector electoral.

- Instituto Federal Electoral:

Integra el Registro Federal de Electores, a través de una técnica censal, la cual consiste en realizar mediante entrevistas casa por casa, a fin de obtener la información básica de los mexicanos mayores de 18 años, consistente en:

- a) Apellido paterno, apellido materno y nombre completo;
- b) Lugar y fecha de nacimiento;
- c) Edad y sexo;
- d) Domicilio actual y tiempo de residencia;
- e) Ocupación; y
- f) En su caso, el número y fecha del certificado de naturalización.

La información básica contendrá además de la entidad federativa, el municipio, la localidad, el distrito electoral uninominal y la sección electoral correspondiente al domicilio, así como la fecha en que se realizó

⁷⁴ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, México Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1976.

la visita y el nombre y la firma del entrevistador. En todos los casos se procurará establecer el mayor número de elementos para ubicar dicho domicilio geográficamente.⁷⁵

En el sector judicial.

Este sector, esta conformado por:

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El presidente, legaliza por sí o por conducto del secretario general de acuerdos, la firma de los servidores públicos de la Suprema Corte de Justicia; nombra a los servidores públicos encargados de la administración de la Suprema Corte de Justicia y acuerda lo relativo a sus licencias, remociones, renunciaciones y vacaciones.

En pleno, lleva el registro y seguimiento de la situación patrimonial de sus servidores públicos.

En salas, conoce de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en aquellas controversias ordinarias en que la Federación sea parte; del recurso de revisión en amparo contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces; del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito.

- Los Tribunales Colegiados de Circuito:

Conoce, de los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento; de los recursos que procedan contra los autos y resoluciones que pronuncien los jueces de distrito, tribunales unitarios de circuito o el superior del tribunal responsable.

⁷⁵ Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 1990.

- Los Tribunales Unitarios de Circuito:

Conoce, de los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios de circuito, que no constituyan sentencias definitivas; de la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los juzgados de distrito; así como del recurso de denegada apelación.

- El Consejo de la Judicatura Federal;

Resuelve sobre las quejas administrativas y sobre la responsabilidad de servidores públicos en términos de lo que dispone la Ley de Amparo; establece las disposiciones generales necesarias para el ingreso, estímulos, capacitación, ascensos y promociones por escalafón y remoción del personal administrativo de los tribunales de circuito y juzgados de distrito; así como nombra a los servidores públicos de los órganos auxiliares del Consejo de la Judicatura Federal, y acuerda lo relativo a sus ascensos, licencias, remociones y renunciaciones.⁷⁶

Estas diferentes autoridades, las cuales cada una tiene sus propias atribuciones como ya se enumeraron, comparten por lo menos una, la cual es que, al admitir el escrito inicial de demanda tienen que verificar que cumplan con todos los requisitos de forma establecidos en la ley aplicable, entre los que destacan el nombre y domicilio del promovente, con estos datos al ingresarlos a su sistema de información, van construyendo sus propias bases de datos.

Para puntualizar este tema, es conveniente recalcar que el Estado posee una cantidad impresionante de bases de datos, por lo que si algún funcionario público realizará una interconexión con al menos diez bases de datos de diferentes sectores, como el electoral, de salud, de educación, económico, el de población, solo por mencionar algunos, tendría plenamente identificadas a las personas que resultaren

⁷⁶ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, México Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1995.

interesantes o importantes para que, este funcionario cometiera alguna actividad ilícita.

Para robustecer lo antepuesto pensemos como un caso hipotético que, un funcionario del Servicio de Administración Tributaria, en ejercicio de sus facultades tiene acceso a la base de datos de los contribuyentes que contiene información fiscal como: nombre o razón social, giro comercial, domicilio fiscal, así como los ingresos que obtuvieron a lo largo de un ejercicio fiscal y al tener conocimiento de estos datos, utiliza esa información para ir a ver a los contribuyentes, con el pretexto de ejecutar una supuesta orden de visita domiciliaria, pero para que no se lleve a cabo dicha diligencia, intervienen actos de corrupción como es solicitarles una gratificación económica, lo que penalmente sería una extorsión.

Como podemos observar en el ejemplo anterior, teniendo acceso a una sola base de datos los funcionarios, pueden aprovecharse de ello y darle una utilidad diferente a la información y cometer una serie de actividades ilícitas en perjuicio de los ciudadanos, quienes no contamos con ningún mecanismo de protección para este tipo de arbitrariedades. Porque, si bien es cierto es responsable penalmente por los delitos de ejercicio indebido de servicio público, de extorsión y de los delitos que resulten, no así es sancionado por transgredir nuestro derecho a la privacidad de los datos personales, por ello resulta urgente que, en México exista una Ley de Protección de Datos Personales.

4.3. La supremacía del derecho fundamental a la intimidad: hacia una protección efectiva de información y datos personales de los ciudadanos mexicanos.

La necesidad de intimidad es inherente a la persona humana ya que para que el hombre se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad es esencial que goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de la intromisión de extraños. Así pues, debemos entender que todos los seres humanos tenemos una vida

"privada" conformada por aquella parte de nuestra vida que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia, ni les afectan.

Dentro de esta esfera de vida privada podemos considerar a las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, condiciones personales de salud, identidad y personalidad psicológica, inclinaciones sexuales, comunicaciones personales privadas por cualquier medio, incluso se ha llegado a incluir la situación financiera.

Sin duda alguna, el respeto a la intimidad tanto personal como familiar se constituye en un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como para intentar subsanar los daños ocasionados.

La función del derecho fundamental a la intimidad es proteger de cualquier invasión la esfera de la vida personal o familiar que la persona desea mantener fuera del saber de terceros o de evitar intromisiones contra su propia voluntad.

Dentro de esa esfera se encuentra, el derecho a proteger el tratamiento de la información personal, ya que con la utilización masiva de la informática, se produce una intromisión tan importante y agresiva en la esfera personal e íntima de las personas que, es urgente que se tenga algún mecanismo jurídico eficaz.

La función del derecho fundamental a la protección de datos es garantizar a toda persona el poder de control sobre sus datos personales, tanto su uso como su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y la

potencial vulneración de la dignidad del afectado, esto lleva implícito el poder de disposición sobre sus datos.

El derecho a la protección de datos atribuye a la persona un poder de disposición y control sobre los datos que le conciernen, partiendo del reconocimiento de que tales datos van a ser objeto de tratamiento por responsables públicos y privados.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.⁷⁷

4.3.1. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México instituciones jurídicas similares al *Hábeas Data*.

En México no existe aún una ley concreta a nivel federal que regule específicamente la protección de datos personales. En la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental se atribuyen determinadas funciones al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (IFAI) en relación con la normativa en protección de datos y las obligaciones al respecto que la Ley antes mencionada dispone, aunque, partiendo de la base de que dicha ley no es

⁷⁷ Para el desarrollo de este tema sirven como referencia los ejemplares de los siguientes manuales: ABZ. Información y Análisis Jurídicos, "Derecho a la Intimidad", n°. 126, México, 2000; AGUILAR Cuevas, Magdalena, Derechos Humanos. Manual de Capacitación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991; DÍAZ Müller, Luis, Manual de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.

una norma en protección de datos, tampoco puede concluirse que el IFAI, consecuentemente, sea una autoridad u órgano de control en la materia.

El IFAI cumple con alguna de las funciones en cuestiones de control y tutela de los derechos de la normativa en protección de datos, sin que pueda afirmarse que exista en México, un verdadero procedimiento en el tema, al estilo de lo que se ha denominado el “*Habeas Data*” como mecanismo de protección y tutela del ciudadano que se ve lesionado en su derecho a la protección de datos.

Existe una Autoridad Nacional de Datos Personales únicamente para la Administración Pública Federal. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, tiene un Director General de Datos Personales que depende de la Secretaría de Acuerdos, la que a su vez, depende del Pleno formado por los Cinco Comisionados que son los que constituyen el multimencionado Instituto y quienes sesionan para resolver las controversias presentadas con motivo del derecho de acceso a la información pública, o al derecho de acceso y rectificación de los datos personales.

Tal como está ahora creado, el IFAI carece de jurisdicción cuando los datos personales se encuentran en manos de personas o entidades privadas, aún aquellas destinadas a proveer información.

Es por lo anterior que, es urgente que se apruebe una Ley de Protección de Datos Personales, donde se resuelvan esos problemas, y se tomen en consideración los principios de protección de datos personales internacionalmente reconocidos, aplicables tanto a las entidades públicas como privadas; por otro lado, debe adecuarse a las condiciones sociales, políticas y económicas del país, estableciendo al mismo tiempo reglas claras y sencillas que permitan, no sólo su implementación y cumplimiento, sino también un equilibrio entre el flujo de datos personales y su protección. Por último, la ley debe garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de datos de las personas y promover una cultura

de confianza y de respeto a los derechos humanos, asentando las bases jurídicas para la creación de una institución similar al *Hábeas Data* figura que, debe tener como características primordiales la inmediatez y la eficacia.

Tomando en consideración lo estudiado en los capítulos anteriores, podemos señalar que, la figura del *Hábeas Data* para que sea un verdadero mecanismo de protección de datos personales en México, debe ser una especie de amparo, para enfrentar inmediatamente actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares que en forma inminente lesionen, restrinjan o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho a la privacidad de los datos; así también que permita a toda persona interesada acceder al conocimiento de sus datos que consten en bases de datos públicas o privadas y a exigir su derecho de rectificación, cancelación, oposición, actualización o confidencialidad de estos, en caso de falsedad o discriminación.

Por lo tanto, el *Hábeas Data* para preservar el derecho fundamental protegido, debe cesar el registro inexacto, desactualizado o bien que este calificado como público cuando por su naturaleza deba ser reservado.

Así también, el *Hábeas Data* debe garantizarle a los ciudadanos, el adecuado tratamiento de su información personal haciéndole de su conocimiento que:

- La información personal que se recabe deberá ser cierta, adecuada y no excesiva en relación al ámbito para la cual se hubieren obtenido y la recolección de la misma, debe hacerse por medios lícitos.
- La información almacenada deberá obedecer exclusivamente a las atribuciones legales de cada dependencia y será utilizada únicamente para la finalidad por la cual fue creada.
- La información personal deberá ser custodiada por el encargado o responsable de la misma por lo que, solo estará disponible para

aquellas personas que posean un interés legítimo, respetando así la confidencialidad de los datos.

- Sólo con el consentimiento del titular de la información podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal.

Pero, lo antes mencionado será una utopía, mientras en México sigamos con este atraso legislativo y no contemos con un marco legal en la materia que, establezca mecanismos de protección como la figura del *Hábeas Data* y por lo tanto seguirán ocurriendo una serie de violaciones a nuestro derecho a la privacidad de datos personales y como muestra basta citar lo siguiente:

Aunque pudiéramos encontrar algunos más, principalmente estos casos han acaparado la atención de los medios por lo que se refiere a los derechos de privacidad. El primero, la persecución de las compañías que, violando el principio de consentimiento de los titulares de los datos, hicieron uso de varias bases de datos tales como el padrón electoral mexicano, el registro federal de vehículos, las licencias de conducir, etcétera, para venderlos a las compañías norteamericanas *Choicepoint* y otras, las que vinieron a ser proveedoras del gobierno de los Estados Unidos, especialmente de la agencia gubernamental Servicio de Inmigración y Naturalización (INS o *Immigration and Naturalization Service*), entre otras. Los hechos ya eran ampliamente públicos y conocidos EPIC (*Electronic Privacy Information Center*), dio la noticia al respecto mas de un año antes, proporcionando incluso una copia de ese documento como prueba, pero el asunto no adquirió cuerpo hasta que el periódico nacional Reforma publicó en primera plana la noticia el 13 de Abril del 2003, y desde esa fecha en adelante continuo en otros medios la investigación y difusión del asunto.⁷⁸

El segundo se relaciona con la implementación de diversas medidas de control en las fronteras de México con Estados Unidos, y de los Estados

⁷⁸ Cfr. Las noticias: <http://www.epic.org/privacy/publicrecords/inschoicepoint.pdf> y <http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/noticias/>.

Unidos con Guatemala. La lucha contra el terrorismo ha adquirido inusitada importancia, y ha obligado a tomar medidas de reciente introducción como la identificación biométrica, así como la crítica del gobierno de los Estados Unidos a la seguridad de los documentos de identificación consular expedidos por el Gobierno de la República Mexicana a sus connacionales y que pueden ser utilizados por éstos como identificación válida ante diversas autoridades de los Estados Unidos, aunque algunas autoridades norteamericanas buscan elevar los estándares de seguridad de dichas identificaciones, alegando válidas razones de lucha antiterrorista.⁷⁹

Referente a todo lo anterior, los mexicanos inexpertos en el tema, no le tomamos mucha importancia al asunto, porque no imaginamos el poder que tiene en sus manos la compañía que posee estas bases de datos y porque los derechos de los ciudadanos sobre su información personal es una cuestión que hay que salvaguardar ante cualquier entidad sea pública o privada, nacional o internacional.

4.3.2. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México responsabilidades penales y administrativas a funcionarios y empresas encargadas de la administración y construcción de bases de datos del Estado.

Hay que tener presente que, en ejercicio de sus atribuciones las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal recaban datos personales para los fines establecidos en las disposiciones aplicables, por lo que los servidores públicos deben ser los primeros obligados al cumplimiento de la Ley para promover el uso responsable de las nuevas tecnologías de la información, atendiendo a los principios internacionalmente conocidos de protección de datos personales, como son: licitud, calidad de información al titular sobre el uso y destino de su

⁷⁹ Disponible en: http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=157874&tabla=notas.

información, de seguridad, custodia y consentimiento para su transmisión; principios que no limitan la utilización de la informática en el ámbito público, sino que se trata de hacerla compatible con los derechos de los ciudadanos.

El personal que dispone de los archivos no puede proporcionar información a personas indeterminadas y quienes solicitan los datos deben, a su vez, acreditar su legitimidad e informar acerca del motivo de su requerimiento. Esto evita y suprime la posibilidad de prácticas discriminatorias o injerencias arbitrarias de los servidores públicos en el ámbito de intimidad. La falta de observancia de estos requisitos debe generar responsabilidad para aquel que ha facilitado la información.

En México, a nivel constitucional, se contienen las disposiciones relativas a los tipos de responsabilidades en las que pueden incurrir los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, mismas que pueden ser de carácter civil, administrativo, político y penal.

- La **responsabilidad civil** del servidor público, se manifiesta en la reparación pecuniaria.
- La **responsabilidad administrativa** se presenta para sancionar actos y omisiones de legalidad, honradez, imparcialidad, economía y eficacia, en la administración pública.
- La **responsabilidad política** objeto del juicio político, se refiere a actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.
- La **responsabilidad penal**, será aplicable sólo después de una declaración de procedencia".

En materia de información, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental prevé como causas de responsabilidad las acciones y omisiones que se indican en el artículo 63, entre las que destacan:

- Usar, sustraer, destruir, ocultar, inutilizar, divulgar o alterar, total o parcialmente y de manera indebida información que se encuentre bajo su custodia, a la cual tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión;
- Actuar con negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a la Ley;
- Denegar intencionadamente información no clasificada como reservada o no considerada confidencial conforme a la Ley;
- Entregar información considerada como reservada o confidencial conforme a lo dispuesto por la Ley;
- Entregar intencionadamente de manera incompleta información requerida en una solicitud de acceso.

La responsabilidad por el incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley en mención será exigida conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, destacando, que las sanciones se refieren al mal uso que se le pudiera dar a la "información", y no específicamente a los datos personales pues, tenemos que señalar que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental sólo destina un capítulo, de siete artículos, y algunas referencias más dispersas, a la protección de datos personales.

Por estos vacíos jurídicos que existen en nuestro país, en materia de protección de datos e independientemente de que se establezca una legislación referente a la materia, se advierte la necesidad de contemplar nuevas figuras delictivas, relacionadas con el mal uso que se le pudiera dar a las bases de datos personales. Pues como mencionamos en el caso hipotético citado con antelación, al funcionario que se le ocurriera cometer ese tipo de acciones ilícitas, en la actualidad se le condenaría por los delitos derivados de haber mal utilizado la información contenida en las bases de datos y no específicamente por violar el derecho a la privacidad de los ciudadanos. Es por eso que, sería una buena iniciativa tipificar

estas conductas para que se les finque la responsabilidad penal correspondiente a los funcionarios que hagan mal uso de la información de carácter personal.

4.3.3. Elementos normativos, en el ámbito del derecho a la información, que se requieren para instrumentar en México una participación activa de la sociedad civil en la verificación y auditoría de las bases de datos del Estado.

El caso de México, aún es incierto, a pesar de que existe preocupación nacional por el escandaloso manejo de enormes bases de datos, como la electoral a nivel nacional, la de personas con licencia para conducir en la capital del país y la de registro vehicular, por mencionar algunas. Se necesita una ley que ponga fin al vergonzoso desorden en la materia de datos personales y una sociedad no gubernamental que verifique y apoye a los ciudadanos a que se las autoridades respeten su derecho a la intimidad.

En nuestro país no existen organizaciones civiles especializadas exclusivamente en la promoción y defensa jurídica de los derechos de privacidad. Existen, por otra parte, diversas asociaciones y centros dedicadas al estudio, publicación y promoción de la transparencia, el derecho a saber y el acceso a la información pública, tales como: Libertad de Información México (“LIMAC”); Fundación Información y Democracia (“FIDAC”); Proyecto Atlatl; la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Facultad de Derecho; el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE); el Programa Iberoamericano de Derecho de la Información (“PIDI”) de la Universidad Iberoamericana (UIA), la Asociación Mexicana de Derecho a la Información, (AMEDI), entre otros, se ocupan del estudio de estos aspectos.

Lo que falta hoy, es que la sociedad civil promueva y fomente entre los propios ciudadanos, el derecho que tienen de gozar de una protección a sus datos personales.

Al existir una Ley de Protección de Datos Personales, a la sociedad civil le correspondería, afrontar el reto de vigilar que las reglas, para que verdaderamente sirvan, sean ampliamente conocidas; exigiendo su cumplimiento y denunciando su inobservancia, así como exigir su permanente actualización, de acuerdo a los avances tecnológicos que se produzcan.

Asimismo la sociedad civil podría comprometerse a:

- 1) Impulsar la discusión pública sobre el cumplimiento de las garantías relacionadas con la protección de datos personales
- 2) Evaluar y documentar las violaciones a los preceptos legales en materia de datos personales.
- 3) Promover el ejercicio pleno del derecho a la privacidad en materia de datos personales.
- 4) Promover los derechos, pero sobre todo las obligaciones del Estado, de los responsables de las bases de datos y de los encargados de estas.
- 5) Promover el respeto absoluto a la privacidad de los ciudadanos que impida exhibirlos ante la sociedad a través de datos falsos o incorrectos.
- 6) Promover la constitución de órganos con participación social en la vigilancia de la normatividad relacionada con los datos personales.
- 7) Establecer relaciones solidarias con todo tipo de organizaciones nacionales y extranjeras que lleven a cabo actividades similares.

El derecho a la protección de datos personales es un derecho, en el que el interés público está presente. En este sentido, nadie mejor que la propia sociedad para promover su ejercicio, vigilar su aplicación y estimular su debida actualización jurídica.

CONCLUSIONES

1. Los pilares sobre los que se asentó el liberalismo, tanto político como económico en la segunda mitad del siglo XVIII, fueron la igualdad, las libertades civiles y las libertades públicas. El desarrollo de la prensa, con el poder social y político que adquirieron, asumieron incluso funciones de interés público por lo que, obligó al legislador a regular jurídicamente una relación cada vez más estrecha entre la sociedad, el poder político y los medios. Apareciendo las primeras leyes de prensa durante todo el siglo XIX, con modelos permisivos o limitadores, pero siempre teniendo en cuenta las prevenciones ante los abusos de la imprenta por lo que, todo ello creó un derecho universalmente reconocido a la libertad de información.
2. Los derechos del hombre son considerados como algo inherente a la naturaleza humana; se advierte una relación cada vez más evidente e innegable entre el respeto y la protección de los derechos humanos entre los Estados, incluidas las libertades de expresión e información como derechos fundamentales y el mantenimiento de la paz internacional, movimientos que se convierten en exigencia inexcusable en las relaciones entre los Estados y que se plasman en una serie de declaraciones y convenios ampliamente reconocidos en el ámbito internacional.
3. Señalamos que el *derecho de la información* es la rama del derecho público, cuyo objeto es el estudio de las normas jurídicas que regulan los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información a través de cualquier medio. En tanto que el *derecho a la información* contiene tres facultades jurídicas básicas las cuales son: la facultad de investigar, difundir y recibir información. Son facultades que se pueden ejercitar

conjunta o separadamente y determinada por tres factores: su finalidad, su estructura y su objeto propio.

4. El derecho a la información, ha sido estudiado por los máximos órganos jurisdiccionales de países como España, Colombia, Argentina y México, quienes han coincidido en interpretar que: el *derecho a la información*, es un derecho fundamental de las personas que, implica la posibilidad de ejercer diversas facultades, y en esta medida está ligado a la posibilidad de recibir, buscar, investigar, almacenar, procesar, sistematizar, analizar, clasificar y difundir informaciones. De forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer información o recibir una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

5. Existen diversas definiciones de *base de datos*, concepto que ha sido usado para referirse tanto a un conjunto de tarjetas índice como a los millones y millones de datos que un gobierno recopila acerca de sus actividades. Desde un *punto de vista informático* son: una colección de datos interrelacionados almacenados en conjunto sin redundancias perjudiciales o innecesarias; su finalidad es la de servir a una aplicación o más de la mejor manera posible; los datos se almacenan de modo que resulten independientes de los programas que los usan; se emplean métodos bien determinados para incluir datos nuevos y para modificar o extraer los datos almacenados.

Jurídicamente es: un conjunto organizado de datos personales objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

6. Respecto a la clasificación de las bases de datos señalamos que estas se constituyen siguiendo cinco criterios generales que son:

- Por la identificación del titular del dato.
- Por la confidencialidad de la información.
- Por la mayor o menor complejidad para lograr el dato.
- Por la subjetividad o pertenencia del dato.
- Por el secreto que guardan.

Los aspectos particulares que integran estos criterios, son determinados por el ente que genera la base de datos de acuerdo a aspectos técnicos y criterios de aprovechamiento de la información.

7. Para programar y construir bases de datos, deben seguirse los principios básicos que a continuación se detallan:
 - Principio de legalidad.
 - Principio de finalidad.
 - Principio de congruencia.
 - Principio de corrección.
 - Principio de seguridad.
8. La utilidad económica derivada de la construcción de bases de datos, desempeña un papel importante en el mundo globalizado; dichas bases son una herramienta muy significativa para la concreción de los más variados fines comerciales pero, no hay que olvidar que el Estado debe usar esas bases de datos para desempeñar sus funciones y nunca verlas como una mercancía con la cual se puede lucrar.
9. El concepto de *acceso a la información*, es el derecho subjetivo público que tiene todo ciudadano en ejercicio de sus garantías constitucionales para acceder a la información en poder de las instituciones públicas, ya sea por medio de la información genérica o de oficio que aquellas generan y publican.

Así mismo señalamos que, la *transparencia* es el compromiso que establece una organización gubernamental por dar a conocer al público que lo solicite la información existente sobre un asunto público. Significa que la información que existe y fluye en el gobierno está también a disposición del público, con excepción de aquella clasificada como confidencial.

10. La figura jurídica del *Hábeas Data*, es un derecho de acceso a las bases de datos que, a su vez engendra determinados derechos muy especiales entre los que podemos contar: el derecho de rectificación, de oposición, de actualización, de cancelación y de confidencialidad de los datos personales.
11. Resultó interesante señalar que, en países como España y Argentina, se encuentra garantizado el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales, mediante una ley específica en la materia, además de que los Altos Tribunales de estos países, han pronunciado jurisprudencia al respecto.
12. Respecto a la responsabilidad administrativa o penal de los servidores públicos o empresas privadas que administran y construyen bases de datos en España, la Ley Orgánica de Datos Personales española indica ciertas pautas que deben tenerse en cuenta en el momento de graduar una sanción tales como: la naturaleza de los derechos personales afectados, el volumen de los tratamientos involucrados, los beneficios obtenidos, el grado de intencionalidad, la reincidencia, los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas y cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

Por su parte, la Ley de Protección de los Datos Personales de Argentina establece nuevas figuras delictivas que protegen la

veracidad de la imagen personal y la confidencialidad en materia de datos. En ambos casos agrava la sanción el hecho de que la conducta sea producida por un funcionario público ya que, se determina la aplicación como pena accesoria la inhabilitación para desempeñar cargos públicos.

13. En la llamada sociedad de la información el derecho a la intimidad está seriamente amenazado ya que, los medios tradicionales de protección a la vida privada han sido desbordados por las nuevas modalidades de adelanto científico y tecnológico. Por lo que el papel del derecho frente a todo avance tecnológico es el de servir como eje central del proceso y corresponde ahora regular el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos para salvaguardar el derecho a la intimidad de las personas.
14. La función del derecho fundamental a la protección de datos es garantizar a toda persona el poder de control sobre sus datos personales, tanto su uso como su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y la potencial vulneración de la dignidad del afectado; esto lleva implícito el poder de disposición sobre sus datos.
15. El IFAI cumple con algunas de las funciones en cuestiones de control de los derechos de protección de datos sin afirmar que exista en México un verdadero procedimiento en el tema al estilo de lo que se ha denominado el *Habeas Data* como mecanismo de protección y defensa del ciudadano que se ve lesionado en su derecho a la protección de datos.

En virtud a lo anterior, señalamos que la figura del Hábeas Data para que sea un verdadero mecanismo de protección de datos personales en México, debe ser una especie de amparo, para enfrentar inmediatamente actos u omisiones de autoridades

públicas o de particulares que en forma inminente lesionen, restrinjan o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho a la privacidad de los datos. Así también, que permita a toda persona interesada acceder al conocimiento de sus datos que consten en bases de datos públicas o privadas y a exigir su derecho de rectificación, cancelación, oposición, actualización o confidencialidad de estos, en caso de falsedad o discriminación.

16. En ejercicio de sus atribuciones las dependencias de la Administración Pública Federal recaban datos personales por lo que, los servidores públicos deben ser los primeros obligados al cumplimiento de la ley para promover el uso responsable de las nuevas tecnologías de la información, atendiendo a los principios internacionalmente conocidos en materia de protección de datos personales.
17. El derecho a la protección de datos personales es un derecho en el que el interés público está presente; en este sentido, nadie mejor que la propia sociedad para promover su ejercicio, vigilar su aplicación y estimular su debida actualización jurídica.

PROPUESTA

México vive actualmente en espera de una legislación específica, por lo que es conveniente y apremiante que este garantizado en una Ley de Datos Personales el derecho de los ciudadanos a proteger de forma efectiva e inmediata su información personal, con la finalidad de que no haya ningún tipo de intromisiones en su vida privada ya sea por parte de otros ciudadanos ó por parte del propio Estado.

En razón de lo antepuesto, consideramos esencial que, un marco jurídico en la materia debe considerar las propuestas siguientes:

PRIMERA.- Reconocer el derecho a los particulares de conocer el tipo de información personal que se encuentre almacenada en bases de datos que detenta el Estado; así como la finalidad y el tratamiento de la misma.

Como vimos en el capítulo tercero, permitirle a los ciudadanos ejercer su legítimo poder de disposición y control, sobre los datos de carácter personal que se encuentren registrados en bases de datos de titularidad de terceros, les permite salvaguardar su derecho a la privacidad, como un derecho humano fundamental.

SEGUNDA.- En los casos donde se presuma falsedad, inexactitud o desactualización de la información personal, el titular tenga derecho a la cancelación, rectificación o actualización de esta y cuando corresponda sea sometida a confidencialidad.

En relación a lo estudiado en el capítulo segundo y tercero, se advierte que los derechos aludidos en el párrafo anterior, son indispensables ya que obligan a los encargados de las bases de datos a mantenerlas actualizadas para evitar cualquier tipo de discriminación por contener datos obsoletos o caducos.

TERCERA.- Incorporar los principios rectores de protección de datos personales, reconocidos internacionalmente tales como: el de licitud, calidad, acceso y corrección de información, seguridad, custodia y consentimiento para su transmisión.

En virtud a lo señalado en el capítulo segundo, al ser incorporados estos principios, los datos personales que se recojan deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.

CUARTA.- Proporcionar un instrumento jurídico a manera de *Hábeas Data*, con la finalidad de proteger los datos personales frente a cualquier intromisión arbitraria o excesiva que pudiera implicar una violación a la intimidad de los gobernados.

Como lo señalamos en los capítulos tercero y cuarto, es necesario implementar en México mecanismos jurídicos equivalentes al *Hábeas Data* con el prototipo de Argentina, a fin de que haya una protección inmediata y eficaz de los datos personales.

QUINTA.- Incluir nuevas figuras punibles, con la finalidad de sancionar penalmente a los funcionarios públicos que hagan mal uso de la información a la que tienen acceso en ejercicio de sus atribuciones. Además de que se apliquen como pena accesoria la inhabilitación para desempeñar cargos públicos y la multa.

De acuerdo a lo desarrollado en el capítulo tercero y teniendo como ejemplo la legislación Argentina, es preciso tomar en cuenta la penalización por la violación de secretos con relación a los datos personales.

SEXTA.- Implementar mecanismos de indemnización, a favor de los ciudadanos que hayan sufrido algún daño o perjuicio en sus bienes o derechos, como consecuencia del incumplimiento a las actividades

que están obligados a realizar los responsables ó encargados de las bases de datos.

Lo anterior con la finalidad, de que cuando exista la posibilidad de resarcir el daño ocasionado, los gobernados puedan exigir este derecho por haber invadido su intimidad.

En virtud de lo expuesto, podemos puntualizar que un gobierno democrático es aquel que, garantiza un mínimo de libertades constitucionales a través de una regulación jurídica, explícita, absoluta y consistente.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Almuzara Almada, Cristina Fanny Coudert y otros. Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal. Lex Nova, Valladolid 2005.
- 2.- Armagnague, Juan F., Maria G. Abalos, Oga P. Arrabal de Canals y otros. Derecho a la información Hábeas Data e Internet. Ediciones la Roca, Buenos Aires 2002.
- 3.- Azurmendi Adarraga, Ana. El derecho a la propia imagen su identidad y aproximación al derecho a la información. Fundación Manuel Buendía: Universidad Iberoamericana, México, D. F. 1998.
- 4.- Bel Mallén, Ignacio, y Corredoira y Alfonso, Loreto. Derecho de la Información. Editorial Ariel, Barcelona, España 2003.
- 5.- Cámpoli, Gabriel Andrés. Derecho penal informático en México. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2004.
- 6.- Carpizo, Jorge y Miguel Carbonell. Derecho a la información y derechos humanos estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2000.
- 7.- Carranza Torres, Luis R. Hábeas Data, La Protección Jurídica de los Datos Personales. Alveroni Ediciones, Argentina 2001.
- 8.- Cowart, Robert. El ABC de Base de Datos IV. Traductor: Yazmin Juárez Parra. Ventura Ediciones, Estados Unidos de América, 1992.
- 9.- Díaz, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Taurus, Madrid 1981.
- 10.- Escobar De La Serna, Luis. Principios del Derecho de la Información. Editorial Dykinson S. L., Madrid 2000.
- 11.- García Murillo, José Guillermo. Derecho a la información: Consideraciones jurídicas para reglamentarlo en México. Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, México 2004.
- 12.- Gils Carbó, Alejandra M. Régimen Legal de las Bases de Datos y Hábeas Data, Editorial la Ley, Argentina 2001.
- 13.- Gómez Martínez, Carlos. Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid 2004.
- 14.- González Montenegro, Rigoberto. El derecho de acceso a la información y la acción de Hábeas Data un estudio legislativo. Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, Panamá Konrad-Adenauer-Stiftung 2004.
- 15.- Gozaini Osvaldo, Alfredo. Hábeas Data Protección de Datos Personales. Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, Argentina 2001.
- 16.- James, Martin, Organización de las Bases de Datos. Traducción y adaptación Adolfo Di Marco, Ingeniero Mecánico Electricista, Prentice-Hall Hispanoamericana S. A., México 1997.
- 17.- Junco Esteban, Maria Alicia. El derecho a la información. Editorial Porrúa, México, 2003.

- 18.- Kroenke, David M. Procesamiento de Bases de datos Fundamentos, diseño e instrumentación. Traducción Miguel Ángel Martínez Sarmiento. Traductor profesional; Ingeniero Gabriel Sánchez García e Ingeniero Mecánico Electricista UNAM, Prentice-Hall Hispanoamericana S. A., 5ª edición, México 1995.
- 19.- López Ayllón, Sergio. El derecho a la información, Presentación Jorge Carpizo, Editorial Porrúa, México 1984.
- 20.- Lopez Ayllon, Sergio. El derecho a la información como derecho fundamental, en el Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva, UNAM, Interamericana Mc Graw-Hill, México 1997.
- 21.- Loreti, Damian. El derecho a la información, Editorial Paidós, Buenos Aires 1995.
- 22.- Medina Guerrero, Manuel. "La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación". Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- 23.- Novoa Monreal, Eduardo. " Derecho a la vida privada y libertad de información: Un conflicto de derechos" México, Siglo XXI, 1979.
- 24.- Ortega Gutiérrez, David. " Derecho a la información "versus" derecho al honor" Prologo de Pedro J. González-Trevijano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- 25.- Puccinelli, Oscar Raúl. "Protección de datos de carácter personal", Astrea de A. R. Desalma, Ciudad de Buenos Aires 2004.
- 26.- Ríos Estavillo, Juan José. " Derecho a la información en México", Editorial Porrúa, México 2005.
- 27.- Riquert, Marcelo Alfredo. "Protección penal de la intimidad en el espacio virtual" Ediar, Buenos Aires 2003.
- 28.- Robles Guadalupe. "Derecho de la Información y Comunicación Pública", Origami Editorial, México 2004.
- 29.- Romero Coloma, Aurelia Maria. " Derecho a la información y libertad de expresión", Editorial Bosch, Barcelona 1984.
- 30.- Ruiz Carrillo Antonio. "Manual práctico de protección de datos", Editorial Bosch, Barcelona 2005.
- 31.- Ruiz Martínez, Esteban. " Los informes comerciales y el derecho a la información". Editorial Depalma, Buenos Aires 2000.
- 32.- Slaibe, Maria Eugenia, "Hábeas Data Doctrina-Legislación, Jurisprudencia Aspectos prácticos", Editorial la Ley S. A, Buenos Aires Argentina 2000,
- 33.- Soria Saiz, Carlos. "Derecho a la información y derecho a la honra", Barcelona Ate, 1981.
- 34.- Tellez Valdez, Julio. "Derecho informático", Editorial Mc Graw Hill, México 2004.
- 35.- Thomas S. Blanton, Ernesto Villanueva, Kate Doyle. "Derecho de acceso a la información publica en América", Editorial Sigfrido Bañuelos L., México 2003.
- 36.- Villanueva, Ernesto. "Derecho de acceso a la información publica en Latinoamérica", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003.

37.- Villanueva, Ernesto. "Hacia un nuevo derecho de la información", Universidad Iberoamericana, Fundación Honrad Andenaver, México 2000.

38.- Villanueva, Ernesto. "El Derecho de acceso a la información, visiones desde México y la experiencia comparada", Universidad Iberoamericana, México 2001.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Acta Final de Helsinki. 1 de agosto de 1975.
- 2.- Carta de las Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.
- 3.- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre de 2000.
- 4.- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 4 de noviembre de 1950
- 5.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 18 de julio de 1978.
- 6.- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 26 de agosto de 1789.
- 7.- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.
- 8.- Ley Federal de Acceso y Transparencia a la Información Pública Gubernamental. 12 de julio de 2002.
- 9.- Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. 14 de diciembre 1999.
- 10.- Ley 25.326. Protección de los Datos Personales. 03 de diciembre de 2001.
- 11.- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 4 de noviembre de 1946.
- 12.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3 de enero de 1976.
- 13.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976.
- 14.- Tratado de Ámsterdam. 2 de octubre de 1997.

PAGINAS CONSULTADAS EN INTERNET

- 1.- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>
- 2.- <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/12260843118006070754624/ima0239.htm>
- 3.- <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>
- 4.- http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm
- 5.- <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-tribunaleuropeodhumanos-cedh.htm>
- 5.- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

- 7.- <http://www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-8/rev3.htm>
- 8.- http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- 9.- <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>
- 10.- <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html>
- 11.- http://www.constitution.org/cons/costa_rica/costa_rica.htm
- 12.- <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>
- 13.- <http://www.presidencia.gov.co/constitu/titulo1.htm>
- 14.- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/PF/Lo15-99.htm>
- 15.- <http://www.corteidh.or.cr/>
- 16.- <http://www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=jurisprudencia>
- 17.- <http://www.protecciondedatos.com.ar/ley25326.htm>
- 18.- <http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/348E5526-C007-4439-B8C9-D435BCD6BCA1/0/175731.pdf>
- 19.- <http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/AD902D24-F6F7-4F3F-8DCB-6CC209230BB/0/178271.pdf>
- 20.- http://www.ifai.org.mx/test/new_portal/lftaipg.htm
- 21.- <http://www.jornada.unam.mx/2007/03/12/index.php?section=politica&article=003nlpol->