

## Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información y en el entorno TIC\*

*Rights to privacy and information in the  
information society and in the ICT environment*

Wilma Arellano Toledo\*\*

Ana María Ochoa Villicaña\*\*\*

### RESUMEN

*En la era de la sociedad de la información y con el uso creciente de las tecnologías de información y comunicación (TIC) los derechos de información, de intimidad y de autor deben ser especialmente protegidos, ya que se trata de derechos fundamentales, con lo que su vulneración o transgresión puede conllevar lesiones a la esfera más personal de un individuo. También es posible que existan colisiones entre estos derechos, precisamente como consecuencia del uso de la tecnología. En este trabajo se abordarán los principales avances en el derecho positivo, sobre todo en México (aunque con algunas referencias a la legislación de otros países) para hacer frente a la situación mencionada y vislumbrar los retos y oportunidades que aún se tienen legal y constitucionalmente para mejorar la protección de esos derechos.*

**PALABRAS CLAVE:** TIC, derecho a la intimidad, derecho a la información, derecho de autor.

### ABSTRACT

*In the era of the Information Society and with the increasing use of the Information and Communication Technologies (ICT), the right to information, privacy and copyright must be specially protected as fundamental rights since their transgression or violation may injure the most intimate sphere of the individual. In addition, these rights may collide precisely as a consequence of using technology. In this research paper, we will discuss about the main advances in positive law carried out in Mexico (with some references to legislation in other countries) channeled to face this situation and to glimpse the legal challenges and opportunities aimed at improving the protection of such rights.*

**KEY WORDS:** ICT, right to privacy, right to information, copyright.

\* Recibido: 28 de julio de 2012. Aceptado: 3 de septiembre de 2012.

\*\* Investigadora de INFOTEC, centro público de investigación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México, México ([wilma.arellano@infotec.com.mx](mailto:wilma.arellano@infotec.com.mx)).

\*\*\* Maestra en Derecho de la Información por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México ([ovam68@hotmail.com](mailto:ovam68@hotmail.com)).

## Sumario

1. Introducción
2. Los derechos fundamentales relacionados con la información personal
3. El reconocimiento legal de los derechos fundamentales relativos a la información personal
4. Derechos de la personalidad frente al desafío de la sociedad de la información
5. El derecho a la información y el servicio universal
6. La seguridad, elemento esencial en la protección de los derechos fundamentales
7. Conclusiones

## 1. Introducción

Los derechos humanos que han sido positivados en las Constituciones de los distintos países, de acuerdo con la teoría del garantismo, son aquellos que pueden considerarse fundamentales.<sup>1</sup> La Constitución mexicana, en Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, ha reformado la denominación de su primer capítulo como “De los derechos humanos y sus garantías”, por ello, cuando se haga alusión al reconocimiento constitucional de estos derechos, tendremos en cuenta este punto.

La Constitución mexicana reconoce como derechos humanos o fundamentales<sup>2</sup> relacionados con la información y, por tanto, con la sociedad de la información,<sup>3</sup> principalmente los siguientes: el derecho a la información (artículo 6 constitucional) y el derecho a la protección de datos personales (artículo 16); además de la libertad de expresión y de imprenta (artículo 7), y la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 16). Los derechos de autor y de propiedad inte-

<sup>1</sup> Hablaremos de derecho fundamental “en un sentido formal, como derecho subjetivo garantizado en una Constitución normativa”, al igual que VIDAL FUEYO, CAMINO. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005/2, p. 427.

<sup>2</sup> De acuerdo con CARBONELL, “el más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado, por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado —sostendría esta visión— tales derechos son fundamentales” (CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL. *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 2).

<sup>3</sup> “Desde nuestra perspectiva, entendemos por sociedad de la información aquella que mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) impulsa el desarrollo de los sectores que la conforman (sociedad, gobierno, empresas), potencia las actividades de los mismos y obtiene el mayor beneficio de la información para convertirla en conocimiento y así transitar hacia una sociedad de la información y del conocimiento” (ARELLANO TOLEDO, WILMA. “Los derechos fundamentales en la sociedad de la información”, *La sociedad de la información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*, Fondo de Información y Documentación para la Industria Infotec, México, p. 44).

lectual aparecen mencionados en la norma fundamental como referencia a que su existencia no debe considerarse un monopolio (artículo 28).

Por tanto, estos derechos y algunos otros que se encuentran vinculados con la información personal, como el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor y a la propia imagen —que si bien no aparecen directamente reconocidos en la Constitución, lo están a través de los tratados internacionales suscritos por este país—,<sup>4</sup> son los que abordaremos para su estudio en este trabajo. Las razones de esta delimitación (que podría parecer muy amplia) se fundamentan en que existe una conexión entre todos ellos y que, dada la utilización creciente de las TIC (que son soporte del desarrollo de dicha sociedad de la información), pueden ser vulnerados en conjunto o colateralmente y no de manera aislada. Un ejemplo de ello es la conexión que existe entre el derecho a la información y la libertad de expresión con respecto al derecho a la intimidad. En diversas ocasiones colisionan, y en otras casi son complemento el uno del otro.

El análisis se realizará describiendo la regulación o protección que hay en México de esos derechos y comparándolos en algunos casos con las normas de otros países o regiones. Todo ello para que a través de un breve ejercicio de *lege ferenda* detectemos de manera esquemática los retos que siguen pendientes en México. Asimismo, se hablará de estos derechos de cara a los desafíos que implica la sociedad de la información y el conocimiento (sic). Todo ello, sobre todo en cuanto a su protección, ya que al mismo tiempo que esos derechos son esenciales y núcleo de aquélla, también su impacto los coloca en un plano de riesgo permanente que se incrementa ante la falta de una eficaz y oportuna protección jurídica o de autorregulación.

También se señalará la importancia de las medidas de seguridad de la información que algunos países han pretendido o sugerido adoptar, con el fin de controlar el flujo de información que la sociedad recibe por la red, sus beneficios y perjuicios respecto a derechos como el de la información o el de la privacidad.

Por otro lado, en relación con el servicio universal, del que también hablaremos, hay que decir que en la doctrina se alude a éste como una de las vías para hacer realidad otros derechos fundamentales, como el de la información o el de acceso a Internet o a la sic. El servicio universal es aquel que aparece en las legislaciones de telecomunicaciones de diversos países, aunque no así en el caso mexicano, en cuya Ley Federal para este sector solamente se habla de cobertura social, como veremos en su momento.

<sup>4</sup> Precisamente, tras la reforma constitucional mencionada, el artículo 1 establece que "en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

## 2. Los derechos fundamentales relacionados con la información personal

Diversos derechos fundamentales y de la personalidad guardan relación entre sí, pero son diferenciables, por lo que es necesario hacer una distinción entre ellos. De este modo, se deben enlistar derechos vinculados pero no iguales, como son los derechos al honor, a la propia imagen, a la intimidad o a la privacidad,<sup>5</sup> a la protección de datos, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, pese a que el bien jurídico que cada uno de ellos tutela es diverso, no pueden ser tratados de manera aislada, y menos cuando se analizan en el marco de una sic que interconecta muchos aspectos.

El entramado legal de los derechos de la personalidad tiene también una relación con un principio de derecho reconocido en la Declaración de Derechos Humanos, y que es el de la dignidad humana. La Comunidad Europea ha elevado ésta a bien jurídico fundamental y, por tanto, teniendo en cuenta la gran cantidad de información personal que circula por las redes, es evidente que la situación resultante de ello puede incidir específicamente en este bien.

El derecho a la protección de datos está íntimamente ligado al de la intimidad y a la privacidad, pero goza de autonomía propia (según interpretación jurisprudencial) ya que si bien el derecho a la intimidad ha sido derivado del reconocimiento a la libertad personal en la primera generación de derechos, fue hasta la tercera generación<sup>6</sup> que, en “respuesta al fenómeno de la denominada ‘contaminación de las libertades’ (*liberties’ pollution*)”,<sup>7</sup> el derecho a la intimidad alcanzó mayor auge, lo que originó que éste se viera precisado a ampliar su espectro a través del reconocimiento de nuevas vertientes del mismo, para ahora tener una ramificación de derechos incorporados a él, tales como el derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada (en su acepción más amplia), a la protección de datos personales, e incluso, para un sector de la doctrina, a la libertad informática.

<sup>5</sup> Dependiendo del país o región de que se trate o del convenio o tratado internacional al que se aluda, se habla de un derecho a la intimidad o de un derecho a la privacidad. En algunas ocasiones su contenido es semejante y por tanto serían derechos análogos. La doctrina, sin embargo, suele diferenciar entre ambos, entendiendo que la esfera de la intimidad es mucho más cerrada que la de la privacidad.

<sup>6</sup> “Pues la segunda generación corresponde a los derechos económicos, sociales y culturales, traducidos en derechos de participación, que requieren de una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos” (PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *La tercera generación de derechos*, Thomson, Navarra, 2006, p. 28).

<sup>7</sup> Término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación sufrida por los derechos fundamentales ante los usos de las nuevas tecnologías (*ibidem*, pp. 28-29).

Así, el derecho a la protección de datos personales se construye a partir del derecho a la intimidad y, además de implicar la obligación del Estado de garantizar la protección de la información personal contenida en archivos, bases de datos, ficheros o cualquier otro soporte, sea documental o digital, concede al titular de tal información el derecho de control sobre ella, esto es, a acceder, revisar, corregir y exigir la omisión de los datos personales que un ente público o privado tenga en su poder. Este derecho, conforme a lo que mencionamos antes, y según GALÁN, también se vincula con derechos o principios constitucionales y de derecho de gran valor, tales como la dignidad humana, la libertad individual, la autodeterminación y el principio democrático. Por lo que la autora mencionada sostiene:

La protección de datos personales, aun reconociendo la dinamicidad de su contenido objetivo, derivada de los cambios tecnológicos, garantiza a la persona un poder de control —de contenido positivo— sobre la captura, uso, destino y posterior tráfico de los datos de carácter personal. Por tanto, este derecho abarca aquellos datos que sean relevantes para el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar.<sup>8</sup>

Por su parte, el derecho al honor, a la propia imagen y aun las garantías constitucionales de inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones privadas, guardan estrecha relación con la información personal, puesto que todos se refieren a información relativa a las personas, al aspecto físico de una persona (imagen), a la contenida en el seno de su domicilio, o en las comunicaciones que ella emite.

### 3. El reconocimiento legal de los derechos fundamentales relativos a la información personal

Como mencionamos antes, y según la teoría de los derechos fundamentales (en particular la del garantismo,<sup>9</sup> de Luigi FERRAJOLI), los derechos humanos que

<sup>8</sup> GALÁN JUÁREZ, MERCEDES. *Intimidad, nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 212.

<sup>9</sup> De este modo, FERRAJOLI explica que "en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las Constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y correctamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto corresponde a la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos" (FERRAJOLI, LUIGI. "Sobre los derechos fundamentales", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 15, 2004, p. 115).

han sido positivados constitucionalmente son aquellos que pueden definirse como fundamentales. Uno de los atributos esenciales de esos derechos, según su origen y elementos filosóficos inspiradores, es su universalidad. De ahí que aparezcan reflejados en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y en otros similares, aunque la nominación de estos otros cuerpos jurídicos no integre el adjetivo “universal”.

En este sentido, la universalidad conlleva una fuerte influencia *iusnaturalista* del primer constitucionalismo. Es así que se pensaba que si los derechos enunciados eran, justamente, naturales, entonces tenían que ser reconocidos a todas las personas, teniendo en cuenta que todas ellas conllevan idéntica “naturaleza”. En palabras de RIALS, citado por CARBONELL, “si existe un orden natural racional cognoscible con evidencia, sería inconcebible que fuera consagrado con variantes significativas según las latitudes”.<sup>10</sup>

Desde esa perspectiva, podríamos decir que en el derecho positivo mexicano, el derecho a la protección de datos personales y las garantías de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones privadas están expresamente reconocidos en la Constitución (artículo 16), pero no así el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor y a la propia imagen, como se precisará a continuación.

El reconocimiento directo al derecho a la protección de los datos personales se hace en el artículo 16 constitucional,<sup>11</sup> en el que se incorporó, en el párrafo segundo, en reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009, el reconocimiento del derecho de toda persona a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición. Asimismo, el literal decimosexto dejó el establecimiento de los términos para el ejercicio de este derecho y los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos (por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros) para ser fijados por la ley que en la materia llegare a promulgarse (lo cual tuvo lugar al año siguiente).

La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP) de 2010 es la legislación de desarrollo del precepto constitucional recién

<sup>10</sup> CARBONELL, MIGUEL. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina”, en *Pensamiento Constitucional*, No. 14, 2008, p. 13.

<sup>11</sup> El referido literal expresa que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas, o para proteger derechos de terceros [...]”.

citado, y en su texto se define dato personal como “aquella información referente a persona identificada o identificable”, alineándose, de este modo, por decirlo de alguna manera, a la definición internacional más común y en particular a la de la norma española en la materia.<sup>12</sup> Evidentemente, la legislación mexicana se ocupa de definir los principios y criterios para hacer efectivo ese derecho y los procedimientos para llevarlo a efecto. El Reglamento de la LFPDPPP viene a desarrollar con más plenitud todos estos rubros.

Se debe mencionar, asimismo, que varios años atrás ya existía una legislación que regulaba algunos aspectos del tratamiento de datos personales, pero la misma sólo aplica al ámbito público. Se trata de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el ya mencionado órgano oficial el 11 de junio de 2002,<sup>13</sup> que define lo que para los efectos de esa Ley se debe entender por datos personales en su artículo 3, fracción II,<sup>14</sup> ajustándose bastante a lo que después reflejaría la legislación aplicable a ficheros de titularidad privada.

No obstante, aunque existen estos desarrollos específicos, como decíamos, los derechos a la privacidad y a la intimidad no aparecen expresamente mencionados en la norma fundamental mexicana. Sin embargo, podría entenderse su reconocimiento a través de una interpretación *lato sensu* del primer párrafo del artículo 16 constitucional, en donde expone: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. En efecto, de ello se puede desprender alguna protección a esos derechos, aunque es menester mencionar que el resto del contenido de este literal se refiere básicamente al ámbito procesal. Lo mismo sucede con el contenido del artículo 7 constitucional, que instituye el respeto a la vida privada como límite de la libertad de imprenta.

Aunado a lo anterior, debemos decir que aun estimando que existe una falta de reconocimiento constitucional de los derechos humanos antedichos, en la actualidad esto no es un obstáculo para reclamar su protección y práctica, ya que

<sup>12</sup> Artículos 3 de la Ley mexicana y 3 de la Ley 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, de España.

<sup>13</sup> Esta Ley es la que desarrolla lo relativo al derecho de acceso a la información pública, en cuya fracción II del artículo 6 constitucional se refiere a la protección a la información relativa a la vida privada, al disponer: “La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”.

<sup>14</sup> Así, se considera dato personal a “la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad”.

los mismos se pueden ejercer vía convencional, como lo establece actualmente el artículo 1 constitucional. En éste, como mencionamos antes, queda estipulado que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Este artículo también dispone que las normas relativas a los derechos humanos serán interpretadas de conformidad con la Constitución y con los tratados en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. Asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Es por ello que gracias a la protección que brinda el contenido de este artículo en su conjunto, el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar, por mencionar alguno —pero no restringiéndolo solamente a éste—, se garantiza por esa vía en este país.

Así, si se reconocen por la vía convencional esos derechos, los instrumentos internacionales aplicables y que mencionan expresamente el derecho a la privacidad y/o a la intimidad son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en su artículo 12)<sup>15</sup> y otros documentos diversos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

También destaca uno de los principales documentos internacionales que vinculan a México en la protección de los derechos fundamentales, y hablamos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José). Fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que tuvo lugar en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y que fue ratificada por México el 3 de febrero de 1981. Este instrumento especifica en su artículo 11, sobre “Protección de la honra y de la dignidad”, que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Con respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio que se contempla como garantía en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, también se establecen como excepciones las previstas en los párrafos decimoprimeros (órdenes

<sup>15</sup> El contenido es el siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

de cateo),<sup>16</sup> decimosexto (visitas domiciliarias)<sup>17</sup> y decimoctavo (alojamiento de militares en tiempos de guerra).<sup>18</sup>

Por su parte, el secreto de las comunicaciones tiene como principio nodal que lo comunicado goza de secrecía mediante la presunción *iuris et de iure* (que quiere decir que no admite prueba en contrario), lo que le imprime el carácter de incuestionable. En relación con el tema que nos ocupa, es importante mencionar que la jurisprudencia ha realizado distintas interpretaciones sobre este derecho en relación con las TIC (no restringiéndolo solamente a la correspondencia en papel), como es el caso de España, en donde por sentencia del Tribunal Constitucional (22/1984)<sup>19</sup> se ha entendido que ese postulado no excluye a ningún medio tecnológico, por lo cual es aplicable al entorno de la sociedad de la información.

Ampliando la explicación sobre este derecho, en México, el literal 16 constitucional establece que “las comunicaciones privadas son inviolables”<sup>20</sup> (párrafo decimoprimer del citado numeral), aunque en el párrafo decimotercero<sup>21</sup> autoriza su intervención a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, quien debe fundar y motivar la causa legal de su solicitud, bajo las circunstancias y con las limitantes ahí expresadas. De lo anterior se sigue que, en México, hoy por hoy, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es absoluta, puesto que su intervención está constitucionalmente autorizada en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, que en ocasiones pueden ser subjetivas o discrecionales por parte de las autoridades que realizan la solicitud de intervención.

Es preciso mencionar que además de la legislación específica sobre privacidad y derechos de la personalidad, las legislaciones civil y penal han acusado reformas en distintos países, con el objeto de proteger otras esferas, manifestaciones

<sup>16</sup> Las órdenes de cateo (de registro o de allanamiento) sólo podrán ser expedidas por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público (Ministerio Fiscal).

<sup>17</sup> Sólo para la confirmación del cumplimiento de normas sanitarias (en donde aplique) o de disposiciones fiscales.

<sup>18</sup> En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

<sup>19</sup> Sentencia 22/1984 del Tribunal Constitucional español, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 9 de marzo de ese año.

<sup>20</sup> Así, se expresa que “las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas”.

<sup>21</sup> “Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando, además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”.

o conductas relativas a esos derechos. En algunos casos, los códigos civiles son el punto de origen de esos derechos y luego se promulgaron legislaciones específicas. En otros casos, el proceso ha sido a la inversa.

En España, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil han sufrido modificaciones<sup>22</sup> para garantizar la protección de la intimidad, específicamente la de los menores en medios de comunicación (protección que puede hacerse extensiva a Internet), además de su imagen y reputación. Este es un asunto que en México no hemos abordado suficientemente como problema jurídico y de discusión. Se han protegido algunos derechos en el contexto de la sociedad de la información, pero dentro de esa protección no se ha pensado en el tratamiento específico que deben tener los derechos de los menores, a excepción de lo relativo a la pornografía, que sí aparece tipificada en el Código Penal Federal mexicano.<sup>23</sup>

De lo hasta aquí expuesto se pone de manifiesto que el desarrollo teórico, doctrinal, jurisprudencial y de la legislación en materia de derechos relacionados con la información personal y la privacidad está poco avanzado en México con respecto a otros países, como es el caso de España. Esta situación se debe, en el caso del derecho a la protección de datos, a que los debates son recientes, pues la reforma al artículo 16 constitucional, en la que se reconoció este derecho, es de 2009 y su ley reglamentaria vio la luz recién en 2010. En contrapartida, el desarrollo de todos estos derechos en Europa y en España tuvo lugar por lo menos hace 20 años, y en algunos casos aun antes. Incluso existen resoluciones de la Unión Europea referentes a bancos de datos electrónicos y la protección de las personas y su privacidad desde 1973 y 1974.

Si bien otros derechos, como el de la información y las garantías de inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, no son tan recientes, lo

<sup>22</sup> En conjunto, constituyen la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 4 trata sobre el derecho al honor y la intimidad de los menores. Expone que "los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones [...] La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

<sup>23</sup> El artículo 85, inciso c, establece que no se concederá libertad preparatoria a los sentenciados por delitos de "corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad [...]".

cierto es que, a últimas fechas, en aras del argumento de la seguridad nacional y del Estado, se han visto restringidos, provocando —antes que un avance— un retroceso para su efectiva protección.

En España, por ejemplo, la situación es distinta en cuanto al reconocimiento pleno del derecho a la intimidad y no sólo de elementos que pueden formar parte de éste, como son los que hemos mencionado hasta el momento en el caso mexicano. Se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen en su literal 18 constitucional. Además, se ordena al legislador emitir lineamientos en materia de protección de datos cuando se expone 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”. Es así que con esto se “eleva a rango de derechos fundamentales los derechos de la personalidad reconocidos y protegidos hasta entonces por el derecho civil”.<sup>24</sup>

En el caso mexicano, el Código Civil Federal no reconoce ninguno de los derechos de la personalidad que hemos mencionado, con lo cual existe una gran asignatura pendiente al respecto. El único desarrollo que se puede mencionar es la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, evidentemente sólo de orden local.

Sobre esta ley, podemos decir que sus disposiciones son de orden e interés público y observancia en el territorio del Distrito Federal, y “se inspira en la protección de los Derechos de la Personalidad<sup>25</sup> a nivel internacional reconocidos en los términos de los artículos 1 y 133 de la Constitución”,<sup>26</sup> con lo que en dicho estado de la República se pretende estar a la vanguardia mundial. Es importante destacar también que el propósito de la ley es salvaguardar los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen, pensando en un equilibrio entre éstos y

<sup>24</sup> ARENAS RAMIRO, MÓNICA. “El reconocimiento de un nuevo derecho en el ordenamiento jurídico español: el derecho fundamental a la protección de datos personales”, *El iusinformativismo en España y México*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UMSNH, México, 2009, p. 46.

<sup>25</sup> La Ley de Protección de la Vida Privada y del Honor del Distrito Federal (de la que hablaremos ahora) define a los derechos de la personalidad como aquellos “bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas” (artículo 7). Sin embargo, algunos doctrinarios del derecho civil estiman que, aunque los derechos de la personalidad son patrimonio moral, al vulnerarlos, se puede dañar también el patrimonio económico de una persona. Así, “el objeto de los derechos de la personalidad es un bien jurídico tutelado por el derecho que si bien puede ser de contenido patrimonial, nada impide y en todo caso prevalece el supuesto de que en sí mismo carece de tal contenido; sin embargo, hemos de reconocer, puede traducirse en resarcimientos de carácter económico cuando fuere desconocido” (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Porrúa, México, 2008, p. 268).

<sup>26</sup> Aquí se puede interpretar que también en términos del artículo 1 constitucional, tras la reforma de 2011 que mencionamos al principio de este artículo, pero que no estaba vigente en el momento de aparición de la legislación que estamos comentando.

otros derechos de orden fundamental. En ese sentido, expresa que la legislación tiene “por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho a la información y de la libertad de expresión” (artículo 1), previniendo así la conocida colisión de dos derechos humanos<sup>27</sup> que puede tener lugar y que obliga a una ponderación de los mismos.

#### 4. Derechos de la personalidad frente al desafío de la sociedad de la información

Como adelantamos antes, conviene hacer una aclaración sobre lo que se considera derecho a la intimidad y lo que se denomina derecho a la privacidad. Desde algún punto de vista podrían utilizarse como sinónimos, pero en otros casos se entiende que la intimidad aparece en una esfera más restrictiva y propia del núcleo más personal del individuo. No es solamente al derecho a estar solo del que hablaban WARREN y BRANDEIS en su famosa tesis de jurisprudencia que se ha analizado durante décadas,<sup>28</sup> sino en un ámbito más íntimo y personalísimo del individuo.

“El derecho a la intimidad puede definirse como: una esfera de protección que rodea la vida más privada del individuo frente a injerencias ajenas o conocimiento de terceros, salvo excepciones muy concretas contenidas en la Ley. Dicha esfera protege tanto elementos físicos e instrumentales”.<sup>29</sup>

Ahora bien, el concepto que existe en Estados Unidos es el de *right to privacy*, que en su traducción al español no se corresponde totalmente con el concepto de derecho a la privacidad, puesto que *privacy* es una noción que tiene más relación con la intimidad, pero con ciertas diferencias jurídicas con respecto a los derechos protegidos en el ámbito europeo o español. Ese derecho a la privacidad “fue acuñado por una serie de decisiones de la Corte Suprema de Justicia”<sup>30</sup> y por la norma positiva, como en el caso europeo.

En la teorización del derecho a la intimidad y al tema de la privacidad, es digno de mención el impacto que ha tenido la aparición y proliferación de las TIC y

<sup>27</sup> Sobre el particular puede leerse la siguiente entrada en *Cyberlaw Clinic*: “Presunto culpable: ¿libertad de expresión vs. derecho a la intimidad? Cuando colisionan dos derechos”, disponible en: <http://cyberlaw.ucm.es/expertos/wilma-arellano/113-presunto-culpable-libertad-de-expresion-vs-derecho-a-la-intimidad-cuando-colisionan-dos-derechos/>.

<sup>28</sup> WARREN, SAMUEL D. y BRANDEIS, LOUIS D. “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, IV-5, 1890, pp. 193-219.

<sup>29</sup> SALGADO SEGUIN, VÍCTOR. “Intimidad, privacidad y honor en Internet”, en *Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, No. 85, 2010.

<sup>30</sup> GREGORIO, CARLOS. “Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina”, *Transparentar al Estado. La experiencia mexicana de acceso a la información*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 304.

el consecuente desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento (sic) con la posibilidad de vulneración del mismo. En este sentido, antes del desarrollo de Internet y la sic, “las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio”.<sup>31</sup> Esto porque no era fácil recordar en una línea temporal todos los acontecimientos ligados a la vida de una persona, y el tiempo que transcurría iba borrando el recuerdo de los hechos acaecidos en relación con ella. Ahí no era necesario invocar ese “derecho al olvido” del que ya hablaremos más abajo. En cuanto al espacio, con mucha más razón, ya que las fronteras físicas impedían que se conociera de una persona en otras latitudes, e incluso en la misma región en donde se vivía, cosa que es prácticamente imposible de evitar con las tic.

La problemática se amplía cuando notamos que la conceptualización y el contenido de un derecho difiere, dependiendo de la cultura jurídica de que se trate. En Europa, la tradición del *Civil Law* y la filosofía en pro de los derechos humanos de la región ha llevado a un tipo de protección que no ha tenido lugar en otras regiones del mundo. En Estados Unidos, por el contrario, la tradición jurídica del *Common Law* permite una conceptualización más relacionada con la idea privacidad, misma que se ha visto afectada por la situación de conflicto internacional que desembocó en atentados terroristas contra aquel país.

En este sentido, la aparición y evolución de la conceptualización de un derecho fundamental a la privacidad y de los datos de carácter personal en el sistema constitucional de América del Norte, “refleja la consideración de la privacidad de la información personal como un ‘valor constitutivo’ que coadyuva a la configuración de la identidad individual y a la conformación social en el paradigma de la sociedad democrático-tecnológica del siglo xxi”.<sup>32</sup>

No obstante, esta primera consideración ha tenido que modificarse precisamente debido al uso masivo de las tic y la emergencia y evolución de la sic. Las mismas tic funcionan como herramientas que impactan en medios de vigilancia cada vez más invasivos de la privacidad, en aras de la seguridad nacional, todo lo cual impide una participación ciudadana más acorde con las sociedades democráticas del siglo actual.<sup>33</sup>

De ahí que en países como Estados Unidos haya funcionado la fórmula de la autorregulación empresarial. Esto porque en la tradición liberal, el regularse a sí mismo en ciertas conductas es un imperativo, y dicha actitud no depende de la

<sup>31</sup> PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. “Códigos de conducta y espacio digital. Especial referencia a la protección de datos”, en *Datospersonales.org. La Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, No. 44, 2010.

<sup>32</sup> SALDAÑA, MARÍA NIEVES. “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, No. 18-2, 2007, p. 85.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 86.

legislación existente en la materia. Por ejemplo, en cuanto al asunto de la protección de datos, en España, en Europa y también en México, el mismo se considera un derecho fundamental. Así, su protección requiere “heterorregulación normativa, con un peso y protagonismo esencial de la ley”.<sup>34</sup> En contrapartida, en Estados Unidos, por ejemplo, el papel protagonista es el de la autorregulación, y ahí ni el texto constitucional ni, por ende, los textos legales establecen el derecho a la protección de datos propiamente dicho. La lógica es completamente contraria en un caso y en otro.

De hecho, esa autorregulación lo que pretende es que no se viole un derecho de la persona, pero no un derecho fundamental, sino otro que entra en el rango de los derechos de los usuarios o consumidores, cuando se viole alguna cláusula relativa a la contratación de un bien o un servicio, que implique un mal uso de la información personal. Así que, como puede observarse, la óptica es completamente distinta.

Como vemos hasta aquí, las problemáticas son diversas y por la propia naturaleza de la sic se agudizan, con lo cual el gran reto internacional es disminuir, en la medida de lo posible, las brechas que crean esas dificultades. La Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) tenía ese propósito medular y sus planteamientos giran también en torno a la persona como sujeto de derechos reconocibles a nivel supranacional. La CMSI “se inscribe en el principio de consolidar la confianza y la seguridad, tanto ética como jurídica, de la persona como usuaria y poseedora de derechos fundamentales”. De esta forma, el auge de las tecnologías de la información debe permitir el ejercicio del derecho de acceso universal a la información que sea incompatible con su “disfrute fraudulento o indebido”.<sup>35</sup>

Además, la CMSI perseguía un objetivo de llegar a acuerdos internacionales sobre determinados puntos. En cuanto al asunto que nos ocupa, ya se registran esfuerzos en materia de coordinación internacional para la protección de datos. En el año 2000, la Unión Europea firmó con Estados Unidos un Acuerdo del Puerto Seguro, que precisamente estaba orientado a conseguir el objetivo fundamental de que la nación americana protegiera la información proveniente de territorio europeo, como se hacía en el lugar de origen y no bajo las reglas estadounidenses, que son mucho más laxas en ese sentido.

Es así que se ha reconocido, en ese momento y hasta la fecha, la necesidad de llegar a convenios internacionales para conseguir una protección de datos personales a nivel global, más homogénea. En ese sentido se manifestó la Reso-

<sup>34</sup> PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. *op. cit.*

<sup>35</sup> ABAD AMORÓS, MARÍA ROSA. “Ciberseguridad. El compromiso de los Estados a partir de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información”, en *Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, No. 63, 2005.

lución de la *Privacy Conference 2009* (31a. Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada en Madrid del 4 al 6 de noviembre), en donde los países participantes proponen alcanzar una propuesta conjunta para el establecimiento de estándares internacionales sobre privacidad y protección de datos personales. En particular, se trataría de la realización de un convenio universal en la materia,<sup>36</sup> mismo que ya forma parte del programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

Para lo anterior, es de tomar en consideración que la seguridad convencional y las garantías que tradicionalmente habían operado en el medio físico, cuando se refieren a la utilización de las TIC, se conceptualizan como propios de la llamada “ciberseguridad”. Ésta, paulatinamente, está siendo aplicada a la protección no solamente de derechos patrimoniales y económicos, sino también de los fundamentales, entre los que el de la intimidad tiene un papel protagónico.

Se considera que en España, el concepto de ciberseguridad tiene anclaje incluso en la Constitución de 1978, ya que habla de esa limitación del uso de la informática protegiendo los derechos de la personalidad, que luego fue ampliada a través de las leyes correspondientes.<sup>37</sup> Ese desarrollo legal y, por supuesto, la positivización en el texto constitucional se constituyen como una carencia jurídico-filosófica que daría sustento a la ciberseguridad y a otros procesos similares.

En acciones concretas se pueden citar las iniciativas de la Comisión Europea, en donde se insiste en la necesidad de adoptar, mejorar y potenciar las llamadas tecnologías de mejora de la privacidad o PET (*Privacy Enhancing Technologies*). Esto es, el uso de las TIC para combatir las vulnerabilidades que las propias TIC suponen para la intimidad y privacidad personales, como complemento a los medios jurídicos existentes de protección. Obviamente, la citada autorregulación está llamada a ser el tercer complemento que fortalezca las medidas de seguridad necesarias, y en esa lógica, la adopción de códigos éticos, de conducta<sup>38</sup> y de buenas prácticas se hace primordial.

<sup>36</sup> Los derechos fundamentales, como hemos expuesto, son universales, y de ahí que las normas que los protejan deban tener esa condición también. Por ello, en cuanto a uno de los derechos más importantes, es necesario considerar que el “tratamiento de datos es un proceso a escala mundial y requiere la elaboración de normas universales para la protección de las personas por lo que respecta al tratamiento de los datos personales. El marco jurídico de la UE sobre esta cuestión ha servido a menudo de referencia a los terceros países para regular la protección de datos. Su incidencia y sus efectos, tanto dentro como fuera de la Unión, han revestido la mayor importancia. La Unión Europea debe, pues, seguir desempeñando un papel motriz en la elaboración y la promoción de las normas jurídicas y técnicas internacionales en el ámbito de la protección de datos personales, sobre la base de los instrumentos pertinentes de la UE y los otros instrumentos europeos relativos a la protección de datos. Eso es especialmente importante en el marco de la política de ampliación de la UE” (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Contribución de la Agencia Española de Protección de Datos a la consulta de la Comisión sobre un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea*, 2011, p. 18).

<sup>37</sup> ABAD AMORÓS, MARÍA ROSA. *op. cit.*

<sup>38</sup> Por la importancia de estos códigos y de la autorregulación empresarial es que “la Agencia Española de Protección

La misma Unión Europea considera como un reto el hacer frente a la globalización y mejorar las transferencias internacionales de datos, ya que son una constante y una realidad que no se puede ignorar. Sobre todo si se tiene en cuenta que a nivel empresarial y luego a nivel nacional se subcontratan otras compañías para el tratamiento de datos, y muchas veces las mismas se encuentran fuera de la jurisdicción del país al que afecta el manejo de datos de sus ciudadanos.

Uno de los desafíos pendientes que se puede anotar es a nivel de las autoridades reguladoras. Según el país de que se trate, hay autoridades reguladoras y garantes, cuya actividad tiene que ver con los derechos fundamentales. Así tenemos, por ejemplo, en México, el Instituto Federal de Acceso de la Información y Protección de Datos (IFAI/PAI), la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) —y las estatales—, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) y la Secretaría de Economía (en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de protección de datos de las empresas), entre otras. Todas estas instituciones velan, en su conjunto, para que se respeten y protejan distintos derechos fundamentales. El reto es garantizar esa protección en el contexto del uso creciente de las TIC y la evolución de la SIC. Por ello, esas autoridades deben fortalecerse, tener las atribuciones y recursos (humanos y materiales) para ejercer adecuadamente sus funciones. Además, deberían poder cooperar entre sí y trabajar coordinadamente para potenciar el alcance de sus actividades.

Finalmente, comentando una consulta de la Comisión Europea, la AEPD se manifiesta a favor de que se clarifique el llamado derecho al olvido, y sobre todo el derecho al olvido digital. Se denomina derecho al olvido digital a aquel que se refiere a que se nos garantice jurídicamente a los usuarios (y, por tanto, que se obligue a redes sociales, buscadores e ISP) que serán borrados todos aquellos datos que no deseemos que permanezcan *on-line* y que puedan afectar nuestro honor, privacidad y/o imagen. Se está reconociendo en países como España, Francia, y se discute su implementación en la Comunidad Europea.<sup>39</sup>

---

de Datos celebra la decisión de la Comisión de fomentar las iniciativas de autorregulación y la promoción de códigos de conducta. Estos códigos de conducta suponen un paso adelante para que los diferentes sectores se adapten a las particularidades de la protección de datos, teniendo en cuenta además el dinamismo de algunos de ellos. Los códigos de conducta pueden suponer una mayor facilidad para adaptarse a los cambios, y un instrumento de valor añadido tanto para los sectores como para los ciudadanos. Estos sistemas de autorregulación deben garantizar la representación del sector, gozar de credibilidad y garantizar la actualidad de sus disposiciones. Sería importante que existiera un mecanismo claro de acreditación de la adhesión a estos instrumentos, de forma que exista una transparencia y sean identificadas las entidades comprometidas" (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *op. cit.*, p. 7).

<sup>39</sup> Sobre el particular se puede leer la siguiente entrada en *Cyberlaw Clinic*, titulada "Derecho al olvido, Google y Facebook", y que está disponible en: <http://cyberlaw.ucm.es/expertos/wilma-arellano/122-derecho-al-olvido-digital-google-y-facebook/>.

El derecho al olvido digital es importante, y lo mencionamos porque guarda relación con los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales que hemos venido tratando, pero también con la seguridad en la sociedad de la información y, en este caso específico, en Internet, así como con los desafíos que todo ello representa. Guarda relación, entonces, con esos derechos fundamentales, pero asimismo permite una autodeterminación informativa e incluso un ejercicio de los derechos al honor y a la propia imagen.

La Agencia Española argumenta que en su país la normativa y el marco europeo de protección de datos ya ofrecen los elementos que podrían dar sustento a ese derecho al olvido. En el caso de México, con la reciente Ley de Protección de Datos, algunos de esos argumentos también están presentes.

En referencia al marco europeo, los factores de argumentación de un derecho al olvido digital pueden apoyarse en que una de las características fundamentales del consentimiento es que puede revocarse. También la Directiva de Protección de Datos en Europa<sup>40</sup> establece que los datos para el tratamiento no deben ser excesivos y que deben tomarse las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos puedan suprimirse o rectificarse, derecho que asimismo está reconocido a los titulares como parte de la autodeterminación informativa<sup>41</sup> y/o del ejercicio de los derechos ARCO (de acceso, rectificación, cancelación y oposición). Así, en resumen:

Todos estos mecanismos, adecuadamente combinados, deberían permitir un ejercicio efectivo del llamado "derecho al olvido". No obstante, el marco comunitario debe clarificar las posibilidades del ejercicio de dicho derecho a través de medidas de obligado cumplimiento para los responsables del tratamiento, que garanticen mecanismos sencillos para su ejercicio, la adopción de tecnologías que impidan la indexación de datos de carácter personal por motores de búsqueda y su aplicación efectiva en plazos perentorios.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, del 24 de octubre de 1995.

<sup>41</sup> En España se utiliza el concepto de autodeterminación informativa por parte de un sector de la doctrina, como aquel que engloba el conjunto de facultades para el ejercicio de los llamados derechos ARCO en México. El catedrático Lucas MURILLO DE LA CUEVA lo explica claramente cuando nos dice: "El control que nos ofrece este derecho fundamental descansa en dos elementos principales. El primero es el del consentimiento del afectado como condición de licitud de las actividades de captación y utilización de datos personales por terceros. Consentimiento inequívoco, libre e informado que permite a la persona a la que se refieren autodeterminarse informativamente [...]. Ahora bien, que por mediar cualquiera de ellos, sea lícito recogerlos y utilizarlos, no significa que el afectado pierda su capacidad de autodeterminación informativa". MURILLO DE LA CUEVA, PABLO LUCAS. "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa", en *Revista de Internet, Derecho y Política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya*, No. 5 monográfico: "III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas", 2007, p. 20.

<sup>42</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *op. cit.*, p. 4.

Para reforzar la eficacia del régimen de protección de datos se pueden establecer medidas más rigurosas en el régimen de sanciones en concreto. Se habla de medidas penales —ya que en Europa aún se tienen medidas de tipo civil y administrativo— en cuanto a las infracciones en protección de datos. En México, la Ley correspondiente ya establece medidas de tipo penal para las infracciones graves, que van de 3 meses a 10 años.<sup>43</sup>

## 5. El derecho a la información y el servicio universal

Al hilo de la argumentación sobre los distintos derechos fundamentales que pueden verse impactados en el entorno TIC y con el desarrollo de la SIC, aparece —también ligado en varios sentidos a los derechos a la intimidad y protección de datos personales— el derecho a la información. En la era de la información, como la han llamado algunos, se perfila como uno de los más importantes en el catálogo de los fundamentales, y evidentemente, en el contexto de dicha SIC, adquiere una relevancia especial. Este derecho fue incluido en la Declaración Universal de 1948 y se traduce en las tres facultades esenciales, que son la de recibir, la de difundir y la de investigar información,<sup>44</sup> lo que en la era reciente se convierte en básico para el desarrollo individual y colectivo.

En México, el derecho a la información fue incluido en la Constitución desde 1977 con una sola frase, en donde decía que el mismo sería garantizado por el Estado. Más tarde, una vez que se aprobó la Ley de Transparencia<sup>45</sup> se reforma el artículo 6 para configurar más bien un derecho de acceso a la información pública gubernamental,<sup>46</sup> lo cual podría considerarse, más que un avance, un

<sup>43</sup> Así, la Ley dice a la letra que "al que estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro, provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia" se le impondrán de 3 meses a 3 años de cárcel. A su vez, al que "con fin de alcanzar un lucro indebido, trate datos personales mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos", se le impondrán de 6 meses a 5 años de prisión. Finalmente, cuando los supuestos jurídicos mencionados se refieran a datos de tipo sensible, las penas se duplicarán, por lo que pueden llegar hasta los 10 años de cárcel (artículos 63-65).

<sup>44</sup> El artículo 19 de la Declaración expresa, en toda su amplitud, que "toda persona 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 limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión". Esta última aseveración conecta perfectamente con el ámbito contextual que estamos tratando, el de las TIC y la SIC, que integran diversos medios de expresión.

<sup>45</sup> Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que tiene por objeto "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" (artículo 1).

<sup>46</sup> Inmediatamente después de la frase de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, continúa el artículo 6 constitucional disponiendo que para "el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus competencias, se regirán por los siguientes principios y bases". Como se puede ver, en la segunda parte del artículo ya se habla de derecho de "acceso", evidentemente enfocado

retroceso, toda vez que no tenemos garantizado un derecho a la información con toda la amplitud con que lo describe la DUDH, y eso es una carencia en la carta magna mexicana. Sin embargo, como ya apuntamos en párrafos precedentes, la restricción en el reconocimiento constitucional de este derecho se ha superado en cierto sentido con la reforma que se hizo al artículo 1 constitucional que, se insiste, amplía el reconocimiento de los derechos humanos que en ella se hace a la forma en que se reconocen en los tratados internacionales cuando ello favorezca a la persona, es decir, que integra el principio *pro persona* a la interpretación de los derechos humanos.

En cuanto a las Constituciones, la española ofrece una definición muy clara del contenido del derecho a la información y, derivado de ello, lo garantiza en los amplios términos de la Declaración. Ahí se establecen con claridad las tres facultades mencionadas en su artículo 20,<sup>47</sup> en la sección relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Desde el punto de vista doctrinal, en el ámbito del derecho a la información existe una “necesidad de que el Estado intervenga en la regulación y delimitación de estos derechos”, es decir, los individuales vinculados con el derecho a la información. Y esto “no sólo para evitar el abuso, sino precisamente para lograr su pleno desarrollo y su eficacia práctica”.<sup>48</sup> En esto coincide CORREDOIRA<sup>49</sup> cuando expresa que el Estado también tiene una función muy clara en lo que al servicio universal se refiere, pues tiene “un deber político y jurídico de satisfacer el derecho de los ciudadanos a la igualdad de acceso a los servicios”. Aquí es en donde encontramos la vinculación entre el servicio universal, que garantiza un acceso a las telecomunicaciones, y otras redes TIC, con calidad y a un precio asequible. Al hacer realidad ese acceso, el derecho a la información se potencia. Ésa es la razón por la que en algunos países y en el estado mexicano de Colima se haya decretado el acceso a la sociedad de la información y el conocimiento como un derecho fundamental.

---

al ámbito público, por lo cual las otras facultades del derecho a la información prácticamente desaparecen, y por supuesto en cuanto a la información en general y no sólo la gubernamental.

<sup>47</sup> El literal 20 de la CE estipula que “se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, b) A la producción literaria, artística, científica y técnica, c) A la libertad de cátedra, d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Como puede observarse, aquí se habla de la información proveniente de los medios en general, con lo cual entraría Internet y los relativos a la sic. El acceso a la información pública en España está regulado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>48</sup> ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS. *Manual de derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 64.

<sup>49</sup> CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO. *Paradojas de Internet: reflexiones después de una comparecencia en la Comisión de Internet del Senado*, Editorial Complutense, Madrid, 2001, p. 25.

De este modo, CORREDOIRA nos explica que ya no sólo debe considerarse servicio universal al hecho de llevar el teléfono a aquellas zonas consideradas no rentables, sino “que algunos servicios, ‘como el acceso a Internet’, sean más baratos, por debajo del coste”. Es decir, se amplía paulatinamente el contenido del servicio universal. La autora resalta la importancia de que existan políticas “que fomenten la no-discriminación práctica mediante el derecho de inclusión en las TIC’s”, lo cual a su vez puede encontrar su concreción a través del “fomento del acceso”.<sup>50</sup>

La misma autora ha insistido mucho en esta postura con la que, como habíamos mencionado antes, considera posible una ampliación del servicio universal a un acceso universal, sobre todo a Internet, al que habría que pensar en un contexto más amplio, “como parte del derecho a la educación, así como del de acceso a la cultura”. En el libro en el que recoge su comparecencia en el Senado para hablar de estos temas, explica:

En el que podríamos llamar “derecho de acceso universal a Internet” para ampliar el concepto de “servicio universal” telefónico clásico, hay diversos planos: el de la infraestructura, el del acceso o conexión a la Red, y el del acceso a los servicios [...] [En resumen], lo que más bien considero que implicaría este “acceso universal” a Internet es el derecho de acceso a los servicios, a la información, al conocimiento.

Y así como el derecho a la información está restringido al acceso a aquélla, que es pública, el servicio universal también está ausente de la legislación mexicana en la materia. Solamente se cuenta con un apartado, en los artículos 51 y 52 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, pero también con restricciones, ya que se habla de cobertura social, que está directamente relacionada con el acceso (solamente uno de los elementos que contiene el servicio universal) y enfocado a las zonas rurales, de difícil acceso o desfavorecidas. El servicio universal, como hemos visto, se refiere a un acceso para todos, y precisamente de esa totalidad es que se argumenta la posibilidad de ejercicio del derecho a la información por su vía.

202

En contraposición a este derecho surge una medida que países como Chile han introducido en su Constitución, y en la Unión Europea se ha discutido mediante consulta pública convocada por la Comisión, que es la neutralidad de la Red. Lo que se trata de evitar con este principio es precisamente que los

<sup>50</sup> CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO. “Lectura de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva ‘sociedad de la información’. Estudio específico del artículo 19”, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 72.

ISP prioricen determinados flujos de información por sobre otros, discriminando tráfico que pudiera ser lesivo a los derechos de propiedad intelectual o similar.

De igual manera, puede discriminarse otro tipo de información o comunicación como se explica en las siguientes líneas:

Las nuevas técnicas de gestión de la red permiten establecer prioridades en el flujo de información. Los operadores suelen usar tales técnicas para optimizar el flujo y garantizar una buena calidad de servicio en periodos de explosión de la demanda o congestión de la red en horas punta. Sin embargo, la gestión del flujo de información podría utilizarse de forma anticompetitiva, dando ilegítimamente la prioridad a un determinado tipo de tráfico y ralentizando o incluso bloqueando otro.<sup>51</sup>

Es por esto que la Comisión Europea trabaja, precisamente, para establecer una serie de medidas que protejan a los usuarios, sus intereses y su derecho a la información, que podría verse limitado con actividades como la descrita recientemente. Asimismo, las medidas a adoptar deben poner énfasis en la calidad del servicio, ya que una degradación del mismo a través de este tipo de discriminación incidiría en aquélla. Además, se considera que las actividades que no respetan la neutralidad de la Red son contrarias a la competencia.

En cuanto al caso mencionado, es sumamente importante la iniciativa de Chile, que ha sido el primer país en legislar con respecto al tema que nos ocupa y ha garantizado la neutralidad de la Red en julio de 2010. El Congreso chileno aprobó la Ley de Neutralidad de la Red, tras ser votado el proyecto presentado y discutido desde 2007. El novedoso texto legal, que pone a la vanguardia a aquel país en este ámbito, prohíbe a los proveedores de servicios de Internet perseguir contenidos, sitios o programas, así como bloquear el acceso a informaciones o servicios que se ofrezcan en la Red.

La importancia de una ley de este tipo es notoria, y más aún cuando en varios países se ha debatido precisamente sobre los bloqueos que ejercen los proveedores de Internet, evitando que los usuarios instalen programas o visiten determinadas páginas, sobre todo de P2P y similares.

La garantía de esta ley chilena, entonces, es que se pueden consultar y publicar contenidos en Internet con toda libertad, evitando así lo que sucede en aquellos países que bloquean el acceso a ciertas aplicaciones, o bien que censuran contenidos, como es el caso de China o de Pakistán. Ahí, se puede sostener, el derecho a la información aparece acotado.

<sup>51</sup> UNIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Comunicación sobre las redes y la Internet del futuro* (com/2008/0294 final, p. 8).

## 6. La seguridad, elemento esencial en la protección de los derechos fundamentales

Definitivamente, ante todos los desafíos planteados, el problema de la seguridad aparece como uno de los temas centrales para enfrentar tales retos. Las medidas de seguridad que todos —empresas, gobierno y personas— deben adoptar son el punto clave mediante el cual se puede conseguir una protección adecuada de los derechos de las personas y usuarios en la sociedad de la información y el conocimiento. En particular, el derecho a la intimidad puede verse protegido utilizando la tecnología para combatir a la tecnología, por expresarlo de alguna manera.

Precisamente, las autoridades reguladoras recién mencionadas tienen una función esencial en este caso, toda vez que deben establecer políticas, lineamientos y asesoría a las empresas y personas para la adecuada adopción de medidas de seguridad. Éstas son parte de las funciones que la nueva Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares le asignó al IFAIPD. En España es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Observatorio para la Seguridad de la Información (INTECO) los que se encargan de realizar estudios en la materia y apoyar a las personas y al sector empresarial para el cumplimiento adecuado de la ley vigente y de los preceptos constitucionales.

La AEPD ha puesto mucho énfasis en las medidas de seguridad que se deben plantear en Internet y en la SIC en su conjunto. Por un lado, en cuanto a medidas físicas y de cifrado de la información personal que aparece en bases de datos u otros medios, pero también, por ejemplo, en cuanto a los modernos servicios en ese ámbito, tales como las redes sociales. Ha realizado estudios en donde destaca la importancia, nuevamente, de una autorregulación, en este caso social, para protegerse —a través de las medidas a adoptar para la privacidad de los perfiles—.

En cuanto a la protección de datos como tal, pensando en los desafíos pendientes, la AEPD ha opinado que sería deseable que la conceptualización de datos personales sea tan extensa y compleja como para “anticiparse a las posibles evoluciones<sup>52</sup> y cubrir todas las zonas grises existentes en su ámbito de aplicación, haciendo al mismo tiempo el uso legítimo de la flexibilidad”.<sup>53</sup>

La idea de la Agencia es adelantarse a las posibles situaciones que supongan las TIC, y en ese sentido propone, por ejemplo, que se acuñen símbolos o íconos

<sup>52</sup> Según esta noción, “el concepto de dato personal debería cubrir aquellas situaciones en las que se desconoce el nombre del sujeto, pero se tiene un perfil completo sobre él [...]. De este modo, la AEPD propone: que la identificabilidad no sea el único elemento a la hora de considerar el concepto de dato personal. Configurar la definición lo suficientemente amplia para anticiparse a las posibles evoluciones de la tecnología que incluya los procedimientos y técnicas para el tratamiento de la información que permitan singularizar a una persona o un usuario” (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *op. cit.*, p. 2).

<sup>53</sup> *Idem.*

informativos sobre el tratamiento de protección de datos (esto formaría parte, de hecho, de las PET). También que se promuevan actos informativos que impliquen la divulgación de la cultura de la protección y las medidas de seguridad dirigidas a los ciudadanos.

Además de lo anterior, la AEPD considera que debe reforzarse aún más la “consideración jurídica del deber de información” que tienen las empresas —todas, pero las que se mueven en el terreno de la sic parece que aún más— con respecto a sus clientes, consumidores o usuarios. Ese deber de información, adecuada y pertinente, es el pilar de la consecución de un “consentimiento válidamente otorgado”.<sup>54</sup> Como se explica en derecho civil, no deben existir vicios del consentimiento.<sup>55</sup>

Las medidas de protección y de seguridad que estamos mencionando aquí no implican que los derechos fundamentales objeto de la protección sean absolutos, ya que también conocen sus límites. Lo anterior refleja la importancia de que un régimen de excepciones sea proporcional en las limitaciones que imponga a un derecho fundamental. Si bien, por no ser el asunto central de este artículo, no se tratará aquí la cuestión de si los bienes jurídicos que protege el Estado y su seguridad están por encima de los derechos fundamentales y en qué medida, sí nos parece oportuna esa apreciación sobre los valores que deben darse a cada uno de los dos ámbitos. Por ejemplo, se limitan algunas vertientes de la autodeterminación informativa, por razones de seguridad nacional.

Es por eso que ante situaciones de este tipo y ante la colisión de dos derechos fundamentales, en aquellos casos en que sucede, se habla del principio de proporcionalidad.<sup>56</sup> La proporcionalidad mencionada debe estar presente en “las medidas limitadoras que se adopten. Ello, sin perjuicio de que en caso de

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Sobre el asunto del consentimiento, elemento central en cuanto al derecho de protección de datos y más aún con respecto a la sociedad de la información, debemos anotar dos cosas. Por un lado, que no debe estar “viciado” de origen. Así, el consentimiento es el primer elemento esencial del negocio jurídico. Se alude al consentimiento como acuerdo cuando es “con miras a todas las voluntades intervinientes; si, por el contrario, se hace referencia al consentimiento como aceptación, es en atención sólo a la voluntad que acepta, es decir, a la que consiente” (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *op. cit.*, p. 527). Asimismo, el Código Civil Federal mexicano establece en los artículos 1812 y 1823 los supuestos en que se incurre en vicio del consentimiento, ya que el mismo “no es válido si ha sido dado por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo”. En segundo lugar, decir que el mismo Código y el de Procedimientos Civiles han sido reformados para incluir el consentimiento dado por medios electrónicos, ópticos o cualquiera otra tecnología, como aquel que tiene plena validez jurídica. Esto es sumamente importante en el contexto de la sic.

<sup>56</sup> El principio de proporcionalidad se traduce en lo siguiente: “El reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y la vinculación directa que ejercen sobre todos los poderes públicos, constituyen uno de los pilares del Estado constitucional. Sin embargo, la estructura dinámica y fragmentaria del texto constitucional, el alto grado de generalidad y abstracción que resulta del tenor literal de cada uno de sus preceptos, hace que la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se agudice en este campo. Problemas de interpretación jurídica con los que se encuentra el legislador a la hora de desarrollar el contenido de un derecho fundamental, pero que adquieren una nueva dimensión cuando

conflicto con otros bienes y/o derechos constitucionales deban ceder ante otros intereses dignos de protección”.<sup>57</sup>

## 7. Conclusiones

En el presente trabajo se abordaron los principales derechos fundamentales relacionados con la información, la personalidad y el principio de la dignidad humana, así como la posible vulneración de la que pueden ser parte con el uso cada vez más generalizado de las TIC.

Se analizaron los desarrollos legales que, sobre todo en México, han tenido lugar en los últimos tiempos, como respuesta a los desafíos causados por la tecnología y en donde Internet tiene un papel central.

Asimismo, se vio la diferencia en reconocimiento y en conceptualización de los derechos a la intimidad, a la privacidad, a la protección de datos personales, a la información y al secreto de la correspondencia, entre otros. Se puso de manifiesto el camino que se transita y aún se debe transitar para dar debido cumplimiento a lo que la norma manda sobre derechos fundamentales, pero también se hizo alusión al complemento que la autorregulación puede suponer para una protección más amplia de esos y otros derechos. ■

---

es el juez quien, en defecto de ley de desarrollo, tiene que aplicar directamente el texto constitucional” (VIDAL FUEYO, CAMINO. *op. cit.*, pp. 427-428).

<sup>57</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS y OBSERVATORIO PARA LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN INTECO. *Estudio sobre la privacidad de los datos en las redes sociales*, 2010, p. 66.