

PROTECCION DE DATOS PERSONALES

*Juan Carlos Cervantes Gómez

*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigador “A” del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

Introducción

El avance de la ciencia ha traído mayores niveles de bienestar social, al tiempo que ha puesto contra la pared algunos derechos fundamentales como lo es el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución, ya que si bien la protección de datos personales ha estado presente desde hace varios años, los avances en materia de informática y genoma humano permiten obtener información sumamente precisa sobre las características de la persona y su identidad, lo que inicialmente puede traer un gran beneficio, sin embargo la ausencia de una regulación adecuada permite abusos en el uso de los datos personales que se obtienen por medios informáticos y en contrapartida no prevé que puedan practicarse pruebas de ADN para poder establecer: vínculos en materia de paternidad o bien la responsabilidad por la comisión de algún delito.

Con el avance de la tecnología y la creación de enormes bancos de datos públicos y privados un desconocido deja de serlo en cuestión de minutos lo cual implica el beneficio de la interrelación económica política y social. Un hombre con afán de desarrollo busca ser aceptado socialmente por lo que no puede quedar aislado del resto de su comunidad, debe suministrar sus datos personales a terceros con el fin de obtener créditos, servicios o bien oportunidades laborales, sin embargo esta información puede utilizarse para un fin distinto al original, lo que deja en evidencia la urgente necesidad de regular la recopilación, tratamiento, transmisión y publicación de datos personales no con el fin de entorpecer las actividades comerciales que de esto se derivan pero si establecer un equilibrio entre el derecho a la protección de datos y el desarrollo comercial.

En nuestro país la protección de los datos personales es una asignatura pendiente, ya que si bien se han presentado importantes avances a nivel local como es la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Colima y desde luego en materia Federal como son la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley de Sociedades de Información Crediticia, esta legislación solo garantiza la protección de la información en poder de los órganos del Estado y las sociedades que recaban y procesan información crediticia por lo que la que se encuentra en poder de los particulares en general, hoy día no esta protegida por ordenamiento alguno garante de derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y a la dignidad humana.

Partiendo de las anteriores consideraciones en este trabajo se realiza un análisis de los datos personales a fin de delimitar el concepto, asimismo se analiza como su protección puede afectar el ejercicio de otros derechos. Por otra parte se aborda el tema de los mecanismos para exigir la rectificación y actualización de datos que no corresponde con la realidad y que puede causar un serio perjuicio al titular de los datos a fin de identificar mecanismos que en otros países latinoamericanos ya han sido desarrollados. Adicionalmente se realiza un breve análisis de la legislación nacional en materia de protección de datos personales a nivel constitucional, legal y también local.

Por otra parte se aborda el tema de la regulación de la aplicación de pruebas de ADN para la obtener la identidad genética de un individuo aún sin su consentimiento, lo cual desde luego constituye un dato personal de los llamados íntimos o sensibles. En este tema se ha detectado la ausencia de regulación -por lo que la jurisprudencia ha sido la encargada de tratar de resolver esta laguna jurídica- lo cual ha generado un problema social que se complica cada vez mas. La utilidad de este tipo de pruebas para determinar con gran exactitud la presunta paternidad en materia civil y una probable responsabilidad penal es inobjetable, sin embargo, en este punto nos volvemos a encontrar con el problema de la protección de datos personales frente a protección de otros derechos como el de los niños a saber la identidad de su progenitor y recibir de él recursos económicos para su manutención. Tema sobre el que los legisladores deben pronunciarse.

Finalmente el trabajo aborda las distintas propuestas legislativas que en materia de datos personales se han presentado en las últimas Legislaturas a fin de conocer su contenido y estado de avance.

I. Datos personales

La globalización es un fenómeno mediante el cual un país que pretenda desarrollarse debe estar económica y políticamente interconectado con otros, fenómeno que se traslada a los habitantes quienes buscan mejorar su situación y por tanto buscan la mayor interacción posible con su comunidad y la de otros países en la cual el intercambio de datos juega un papel fundamental.

Una persona que busque ser aceptado socialmente no puede quedar aislada del resto de su comunidad, en este rubro el avance de la tecnología y la creación de enormes bancos de datos públicos y privados ha generado que un desconocido deje de serlo en cuestión de minutos, lo cual implica el beneficio de la interrelación económica política y social.

Como vemos actualmente la informática es indispensable para el desarrollo de la actividad social, hoy en día se facilita reiteradamente información personal a terceros la cual se procesa con la finalidad de utilizarla en forma más eficiente, lo cual representa un importante avance ya que mediante la utilización de las computadoras se puede procesar un enorme cúmulo de información con lo cual la atención del solicitante de algún servicio puede demorar solo minutos. Sin embargo, es importante destacar que este proceso debe realizarse con el consentimiento de la persona y solo en relación con el fin para el que le fueron requeridos los datos, es decir la solicitud de un crédito, una compra, una reservación, etc. En la mayoría de los casos la persona no autoriza que los datos que se le solicitan sean relacionados con otras fuentes de información ya que por este medio se pueden obtener informes más fidedignos de su comportamiento crediticio o de otras características sociales, lo cual desde luego representa una información sumamente personal.

No obstante de no contar con autorización para correlacionar bases de datos en nuestro país es una práctica recurrente. Esta forma de invasión a la privacidad mediante nuevas estrategias comerciales esta proliferando considerablemente.

La protección de datos personales no aparece como consecuencia del avance tecnológico, ya que ésta se tutela desde la declaración de los derechos del hombre de 1789, no obstante regímenes autoritarios en distintas épocas se encargaron de borrar este derecho fundamental, regímenes en los que las clases dominadas no tuvieron el menor derecho sobre sus propia persona por lo que su intimidad y por tanto sus datos personales no existían. Lo que el avance de la tecnología ha hecho necesario es una regulación de mayor alcance, al generar la posibilidad de una intromisión cada vez mayor en la vida privada de las personas, intromisión que debe ser regulada y limitada.

1. Definición

Una de las más concretas definiciones sobre datos personales la encontramos en el artículo 2 del Capítulo I de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo,¹ que señala que: se entenderá por datos personales: *toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.* En nuestro país la fracción II del artículo 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, define como datos personales, *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*

Por otra parte de acuerdo con Carlos Paladella, existen diversas definiciones de datos personales que engloban contenidos que si bien no coinciden con exactitud, si hacen alusión a que se trata de información que reviste características identificatorias de las personas o que puede ser imputable a ellas los cuales pueden clasificarse en dos ramas: los datos personales íntimos y los datos personales de alcance público.

Entre los denominados datos íntimos se encuentran: la afinidad política, las creencias religiosas, episodios de naturaleza especial (violaciones, vejaciones, etc.), enfermedades padecidas, tratamientos psicológicos y preferencias y comportamientos sexuales. Datos que revisten características específicas que los hacen merecedores de una mayor protección. Se trata de información relativa al fuero interno de las personas, es decir, que identifica los sentimientos, la personalidad, las creencias y pensamientos de orden privado de las personas. Se trata de partes del ser que se revelan exclusivamente de forma particular e individual, y rara vez son objeto de tratamiento público. Este tipo de datos también se denominan datos sensibles y su contenido se refiere a “cuestiones privadas cuyo conocimiento general puede ser generador

¹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de Noviembre de 1995, n° 281, serie L.

de perjuicios”.² Esta información, debe ser protegida para evitar su publicidad, con excepción de que existan actividades claras de la persona que determine que las cuestiones no son “sensibles” para ella o que ella misma se encargue de hacerlo público.

Por otra parte entre los datos personales de alcance público se encuentran el nombre y apellidos, domicilio, filiación, número de teléfono, patrimonio, créditos obtenidos. Es información sensible que circula en diversas formas y consta en numerosos registros (públicos y privados, en papel y cada vez más en medios electrónicos).³ Con respecto a este tipo de datos Juan José Ríos, comenta que no pertenece a la intimidad lo que se contiene en archivos y registros públicos, puesto que de hecho ya ha trascendido, y consecuentemente puede ser conocido. Sin embargo, el hecho de que legislación de diversos países establezca límites al acceso de dichos archivos y su difusión implica el reconocimiento de que no todo lo que contienen los archivos públicos es difundible, sin tratarse necesariamente de información de carácter íntima.⁴ Como puede observarse estos datos son referencias que permiten identificar o situar a las personas individuales, razón por la que la ley debe buscar proteger a la persona contra el uso indebido de esta información, al mismo tiempo que deben ordenar su tratamiento.

Los avances tecnológicos en materia de tratamiento de datos permiten recoger gran cantidad de información, almacenarla y disponer de ella directamente o bien cederla, venderla, o publicarla sin prácticamente ningún límite debido a que no existe legislación que regule exhaustivamente esta actividad.

Por otra parte debe señalarse que existe discrepancia en la doctrina acerca de si la protección de datos es un concepto autónomo o es solo una derivación del derecho a la intimidad que de acuerdo con Juan José Ríos, incluye la facultad de vedar la obtención y utilización de información personal,⁵ que es un concepto semejante al adoptado por la Red Iberoamericana de Protección de Datos personales que en la declaración de México, señala que el derecho a la protección de datos atribuye a la persona un poder de disposición y control sobre los datos que le concierne, partiendo del reconocimiento de que estos van a ser objeto de tratamiento por responsables públicos y privados y que dicho

² Perini, Alicia Hábeas Data, Derecho a la intimidad. Editorial Universitaria. Buenos Aires. Pág.24.

³ Paladella Salord, Carlos. Datos Personales contenidos en Bases de Datos y Registros Electrónicos. Revista Electrónica de Derecho Informático - Número 7 Febrero de 1999.

⁴ Ríos Estavillo, Juan José. Libertad Informática y su relación con el derecho a la información. Derecho a la Información y Derechos Humanos. UNAM. México. 2000. Pág. 198

⁵ Ibidem. Pág. 195

tratamiento impone a los responsables una obligación positiva al objeto de que se lleve a cabo con respeto al sistema de garantías propio de este derecho fundamental. Además de que le reconoce una naturaleza autónoma distinta al derecho a la intimidad que de acuerdo con este documento se caracteriza como el derecho a ser dejado solo y evitar injerencias en la vida privada.⁶

2. La protección de datos personales en contraposición a otros derechos.

Distintos grupos de interés han manifestado que la protección de datos es una barrera para el ejercicio de otras garantías constitucionales como son la libertad de información, la transparencia y acceso a la información del Estado.

Las autoridades actúan por delegación y están obligadas a rendir cuentas de su administración, por lo que cualquier limitación al acceso a la información pública debe ser eliminada como son los procedimientos engorrosos y las prohibiciones sin fundamento, ya que los datos públicos deben estar permanentemente al alcance de los ciudadanos a fin de generar un control social sobre la administración. Estos controles tienen como fin garantizar que la actuación de los funcionarios públicos sea la más conveniente para los intereses del Estado, lo cual puede traducirse en un interés político, basado en la supuesta necesidad de dar respuestas a los electores sobre la actuación del gobierno. Por otra parte los particulares también pueden solicitar información que se encuentre en poder de las autoridades a fin de contar con datos acerca de un área económica o política para estar en condiciones de tomar buenas decisiones y así beneficiar a la colectividad. El Estado en muchas ocasiones está obligado a recavar datos para conocer con certeza las condiciones de determinado sector ejemplo de esto es la información estadística y geográfica recabada por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática.

Como puede observarse el acceso a la información de Estado es determinante para asegurar su buen funcionamiento. No obstante lo anterior, debe tomarse en cuenta que gran parte de la información que está en poder del Estado es información de los particulares que fue otorgada para fines diversos, sin que esto implique la autorización de su publicación, difusión o intercambio. Razón por la cual un límite a la transparencia, lo constituye el derecho de los particulares a la protección de los datos personales que proporciona a las

⁶ Declaración de México de la Red Iberoamericana de Protección de Datos. Suscrita en el marco del IV Encuentro Iberoamericano de Protección de datos personales. Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005

autoridades. Por lo que es necesario alcanzar un punto de equilibrio entre la protección de los datos personales y el acceso a la información pública.

Para otros sectores la desmedida búsqueda de información tiene una justificación económica y se sustenta en “darle a cada uno el producto que necesita”. Sin embargo estas justificaciones no son suficientes para restringir el derecho a la protección de los datos personales, ya que estos solo pueden emplearse para el comercio con autorización expresa del titular. Si bien la protección de datos no debe impedir el aprovechamiento de la información, esta debe darse en forma correcta.

Una de las razones que se argumentaron para rechazar la minuta de Ley de Protección de Datos Personales en la Cámara de Diputados, fue “el elevado costo que la propuestas generaría para la economía, en particular para las empresas y entidades públicas con necesidades de información, además de que su efecto principal sería detener el flujo de datos personales, afectando innecesariamente importantes actividades económicas”,⁷ el mismo dictamen señala que si bien la propuesta busca fundamentalmente proteger la privacidad de las personas, olvida las razones por las que éstas pueden beneficiarse de compartir información personal.

Si bien, es cierto que el flujo de datos es necesario para generar distintas actividades económicas, también lo es que se ha caído en excesos por lo que se requiere urgentemente de una regulación garante de los datos personales que los particulares hacen del conocimiento de otros particulares. En esta materia es necesario alcanzar el equilibrio entre la protección de datos y el flujo de información de interés comercial.

Finalmente debemos señalar que en contraposición a la protección de datos personales, concretamente de la información genética que se encuentra entre la información sensible de una persona, encontramos el derecho los menores de conocer a su progenitor y recibir de él los gastos de manutención, este es un debate que recientemente se ha incorporado, sin embargo a dado lugar a un gran número de interpretaciones misma que analizaremos más adelante, en este mismo rubro encontramos a las pruebas genéticas para establecer la responsabilidad penal de una persona.

3. Rectificación

Cuando los datos personales de un individuo sean incorrectos o esten

⁷ Dictamen de La Comisión de gobernación, en sentido negativo de la Minuta con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del 14 de diciembre de 2005.

incompletos y con esto se puede provocar una lesión o agravio a sus derechos es necesario contar con un instrumento jurídico que permita primero tener acceso a esa información para poder verificar su contenido y segundo dotar de medios para exigir su rectificación o actualización.

En los hechos actualmente resulta sumamente difícil el resistirse a aportar datos personales, ya que esto generaría un impedimento para tener acceso a oportunidades laborales, créditos o algunos otros servicios para los que es necesario que el prestador cuente con un mínimo de datos del solicitante. Por lo anterior es necesario establecer como un deber de quien recabe y procese estos datos, permitir el acceso a sus archivos o bases de datos al titular de la información para poder conocerla y en su caso solicitar su actualización o corrección. La negativa al acceso debe generar responsabilidad y mas aún cuando además de esto hubiere inexactitud en los datos que puede ocasionara algún perjuicio.

En nuestro país la rectificación de datos solo puede solicitarse cuando se trata de información registrada en bases de datos públicas o de materia crediticia, lo que es sumamente desventajoso, ya que debe tenerse en cuenta que existe un importante número de bases de datos privadas que concentran información personal a las que no se tiene acceso, mismas que pueden contener información inexacta que pueden causar un perjuicio a la persona registrada.

4. Actualización

En la actualidad se esta generado una pugna para definir la información que puede comunicarse y aquello que puede afectar privilegios personales, información entre la que se encuentran los historiales crediticios o los registros de antecedentes penales. Es decir el derecho a la intimidad en contraposición a la libertad informática, la cual de acuerdo con Oscar Puccinelli es aquella protección del principio valor libertad que se cristaliza en el derecho de colectar toda la información cuyo conocimiento o registro no esté legalmente prohibido.⁸

Tomando en cuenta los impresionantes avances tecnológicos en materia de manejo de información, distintos países se ocuparon en la década de los 70 de crear los primeros instrumentos que protegieron a las personas del mal uso de su información con apoyos informáticos. A través de disposiciones constitucionales se estableció que todas las personas tienen derecho a su

⁸ Citado por Juan José Ríos, en libertad Informática y su relación con el derecho a la información. Derecho a la Información y Derechos Humanos. UNAM. México. 2000. Pág.204.

intimidad personal y familiar y a su buen nombre por lo que el Estado debe no solo respetarlos sino hacerlos respetar. De lo anterior se deriva el derecho de las personas a conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ellas en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas.⁹

Gran parte de las regulaciones actuales en materia de protección de datos recogen principios como el de la exactitud y actualización de la información, de forma que los datos reflejen con veracidad la situación real del titular, y derechos de los individuos como el de rectificación y cancelación en el caso de que los datos sean inexactos, o cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido registrados.

En resumen la conservación de los datos sensibles como pueden ser los antecedentes penales o los historiales crediticios debe estar limitado en el tiempo es decir solo debe ser conservados hasta que sean alcanzados los fines perseguidos.

a. El derecho al olvido

El Convenio 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, establece una serie de principios básicos destinados a la protección de datos de tal naturaleza, entre los que se encuentra el principio de Derecho al olvido. Sobre este Principio Juan Armangue, señala que los datos deben desaparecer una vez realizadas las actividades para las cuales fueron específicamente solicitados.¹⁰

En otras legislaciones también se le conoce como la actualización de datos la cual se refiere: “tanto a la finalidad, a la producción de nuevos acontecimientos y/o al olvido de los mismos por el tiempo transcurrido o por las circunstancias del caso.”¹¹ Proporcionar datos sin aclarar las fechas, circunstancias, y pormenores significa dar una versión parcial e inexacta de la verdad, no obstante que estos sean ciertos, ejemplo de esto informar antecedentes penales prescritos o una condena referida a un hecho que ya no se considera ilegal. Esta información pierde utilidad en el momento que la sociedad determinó que la legislación en cuestión no se aplique más; por el contrario, deberían rectificarse esas bases de datos y eliminarse todo registro referido a ellos.

⁹ Ríos Estavillo, Juan José. Op Cit. Pág. 205-206.

¹⁰ Armangue, Juan F. Derecho a la Información, hábeas data e Internet. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2002. Pág. 380.

¹¹ Perini, Alicia Hábeas Data, Derecho a la intimidad. Editorial universitaria. Buenos Aires. Pág.21.

Ley Orgánica de Protección Datos de España en el inciso 5º del artículo 4º de la Ley Orgánica de Protección de Datos, dispone:

“Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Por otra parte en forma más específica con respecto a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial de crédito el artículo 29 en su apartado 4º señala que:

“Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos.”

Con respecto a esto Gabriel Freixas, señala que: El tratamiento de los datos facilitados por los acreedores no necesitan, obviamente, el consentimiento del interesado. Por ello, el apartado 4º del artículo 29 prevé dos garantías que utilicen los efectos negativos de esta información: que sólo se puedan registrar y ceder datos que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de 6 años, siempre que respondan a una situación de veracidad.¹²

b. Datos crediticios.

Con la expedición de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia publicada el 15 de enero de 2002 se dieron los primeros pasos para regular el intercambio de información crediticia entre entidades financieras. Posteriormente mediante una reforma del 23 de enero de 2004 fue incorporado a nuestra legislación el principio de derecho al olvido en el texto del artículo 23 de esta Ley, con que se estableció la obligación de las sociedades de eliminar la información en un lapso de siete años (84 meses).

En el dictamen del Senado de la Republica, publicado el 25 de noviembre de 2003, se establecía que: En cuanto al texto del artículo 23 de

¹² Freixas Gutiérrez, Gabriel. La protección de los datos de carácter personal en el Derecho Español. Editorial Bosch. Barcelona 2001. Pág. 269.

la ley, presentado en la iniciativa del Sen. Buganza Salmerón para reducir el tiempo de conservación de la información crediticia de los deudores de 84 a 60 meses (de 7 a 5 años), las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público; de Estudios Legislativos; y de Estudios Legislativos, consideraron que era conveniente asumir el concepto “Derecho al Olvido”, que cualquier deudor del sistema financiero puede reclamar, cuando los hechos motivo de incumplimiento quedan muy atrás en el tiempo, pero que las disposiciones legales respecto a la información crediticia obligan a conservar. Las comisiones tomaron en cuenta que el problema que enfrentaba un importante grupo de deudores, producto de la crisis de 1995, estribaba en que sus reportes permanecía información negativa de su desempeño crediticio 8 años después. Debido a que en la ley vigente, en el citado artículo 23 se establece que el plazo de 7 años comienza a correr hasta que el crédito es cerrado. Bajo esta hipótesis, es factible que un incumplimiento, por ejemplo, un crédito hipotecario a 20 años, de varias mensualidades en 1995, continúe apareciendo en el historial crediticio de un deudor, quien, superado ese bache, continúa cumpliendo regularmente, dado que éste sería saldado y cerrado hasta 2015, año a partir del cual comenzaría a correr el plazo. Por esta razón, las comisiones dictaminadoras consideraron que el ejercicio efectivo del mencionado “Derecho al Olvido” implica que únicamente se conserve la información crediticia (positiva y negativa) que tenga cuando más 7 años de haberse generado.

5. Habeas Data

La locución latina “habeas corpus” identifica a la institución por la cual se trata de determinar la situación de una persona en lo relativo a su libertad personal o ambulatoria, de esta locución se desprende la de “habeas data” que no está referido a una situación relacionada con lo corporal o ambulatorio como la libertad personal, sino que alude al interés de las personas de conocer en forma directa la registración de los hechos, es decir, el “dato” o la “información”. De ahí la posibilidad de ordenar la remisión de los registros o archivos de datos para constatar la autenticidad o corrección de lo expresado.¹³

La acción de Habeas Data es una modalidad de amparo prevista en distintos países iberoamericanos que permite a toda persona interesada tener acceso al conocimiento de los datos que consten en registros de datos ya sea públicos o privados y solicitar su eliminación, rectificación o actualización en caso de no coincidir con la realidad o provocar discriminación.

¹³ Perini, Alicia. Op cit. Pág.23.

Fue en la Constitución Brasileña donde por primera vez se incluyó la figura del Habeas Data,¹⁴ posteriormente diversos países latinoamericanos como Argentina, Paraguay, Perú, Colombia y Ecuador adoptaron esta institución la cual garantiza la protección a la dignidad humana y el derecho a la intimidad. En estos países la figura esta prevista como una garantía constitucional que se tutela jurisdiccionalmente.

Esta institución constituye uno de los más eficaces mecanismos para lograr el acceso a la información que pueda encontrarse en manos de una entidad encargada de recabar datos personales para comercializarlos o para hacer uso de ellos con fines mercantiles o de estudio y exigir su rectificación o actualización en caso de detectar que estos no corresponden con la realidad y pueda causar un perjuicio a su titular.

II. Regulación de la protección de datos personales

1. Constitucional

Desde la expedición de la Constitución de 1857, la inviolabilidad de la información personal ha estado garantizada a nivel constitucional. El artículo 16 de esa Constitución disponía: “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”, texto que pasó íntegro al artículo 16 de la Constitución de 1917 y al cual posteriormente en 1983 se incorporó un párrafo en el que se dispuso que: “la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo riesgo y su violación será penada por la ley” a fin de garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones vía postal y desde luego la protección de la información que era enviada por este medio, más tarde en 1996 como consecuencia del avance tecnológico en materia de telecomunicaciones y de la posibilidad de intervenir estas señales -lo cual era cada vez más recurrente- en el décimo párrafo se incluyeron disposiciones para salvaguardar la inviolabilidad y privacidad de las comunicaciones privadas.

Como puede observarse el apoderamiento de la información de los demás no es un fenómeno nuevo ni carente de regulación, sin embargo el acelerado avance de la tecnología en materia de procesamiento de datos y

¹⁴ Artículo 5 LXXII que dispone que: Se concederá “habeas data”: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo;

el capitalismo salvaje han sido la causa que generados nuevas formas para obtener sin el consentimiento de la persona, información privada o bien usarla la que se obtuvo con su consentimiento para un fin distinto al originalmente acordado, lo cual puede producir serias molestias y más aún daños a las personas al colocarla en una posición desventajosa con respecto al que posea información sensible, situación que atenta contra la libertad de la persona que es uno de los máximos valores que protege la Constitución.

En el caso de la información que se otorga en forma voluntaria la protección constitucional tiene su principal antecedente en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, plasmado en el artículo 4° la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, inspirado en el pensamiento de John Locke quien señaló que: “la razón natural enseña a todos los hombres, si quieren consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie debe perjudicar a otro en su vida, en su libertad, en su bien”, pensamiento que se incluye en el sistema constitucional mexicano y que actualmente se encuentra en el artículo 5° de la Constitución, del cual se desprende la tutela del buen uso de la información voluntariamente otorgada de un particular a otro, ya que dispone la obligación del Estado de no permitir que se lleve a cabo ningún acto que tenga por objeto menoscabar la libertad de la persona, como puede ser el hacer pública información personal que pueda lesionar sus intereses.

La Constitución ordena a los órganos del Estado proteger a todo individuo de actos que pueden vulnerar su libertad, como sería el caso del apoderamiento de la información personal sin su autorización, en virtud de que mediante la obtención de esta se puede tener una visión sumamente amplia de la persona es decir de sus preferencias, situación patrimonial, opiniones políticas, datos familiares y de su salud por citar algunos ejemplos, información que puede lesionar su reputación o colocarlo en un estado de discriminación frente a los demás

No obstante que la base constitucional para garantizar la protección de los datos personales existe, la regulación secundaria es deficiente toda vez que solo se regula y protege la información que el Estado obtiene de los particulares y no se establecen normas que regulen la obtención de información por parte de particulares y que garanticen su confidencialidad y buen uso, a diferencia de otros países en la que este tipo de normas proviene de la década pasada.

Por otra parte en contra partida al derecho que tiene el individuo para que el Estado garantice la confidencialidad de su información personal existe información que puede constituir un factor determinante en la resolución de un proceso jurisdiccional y que sin embargo no puede obtenerse sin el consentimiento de la persona como es la información genética, que

representa un elemento de la persona sumamente sensible pero constituyen un mecanismo inequívoco para determinar alguna responsabilidad penal y en materia civil el reconocimiento de paternidad.

Con fundamento en el texto del artículo 16 constitucional nadie puede ser obligado a practicarse una prueba que permita identificar su código genético, no obstante el precepto constitucional posibilita a que por una causa de interés superior se haga una excepción a este impedimento, lo que ha suscitado a nivel doctrinal una importante polémica.

2. Legal

Existen distintos ordenamientos legales que regulan la obtención y protección de datos personales principalmente en el ámbito público como es el caso de la Ley del Instituto Nacional de Geografía e Informática y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y en el ámbito de instituciones privadas la Ley de Sociedades de Información Crediticia.

Si bien la Ley de Transparencia establece la protección de datos personales esta solo se ocupa de la información en posesión de los órganos del Estado excluyendo la información contenida en bancos de datos de particulares a los que en la mayoría de los casos no se tiene acceso, -salvo el buró de crédito regulado por la Ley de Sociedades de Información Crediticia-. Asimismo la Ley del INEGI solo protege la información que recaba el Instituto. En lo concerniente a la reparación del daño derivado de la publicación de información personal sin consentimiento, la legislación civil establece la figura del daño moral en el artículo 1916 del Código Civil Federal, el cual define como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.” que de acuerdo con este mismo precepto se presume cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Este marco normativo encargado de garantizar la protección de datos es insuficiente debido entre otros factores a fenómenos como la “globalización” en el que un individuo es inducido a tener mayor interrelación con su comunidad en la que las operaciones comerciales juegan un papel determinante -por consiguiente la formación de un historial crediticio es fundamental- y el enorme avance en materia procesamiento y difusión de información, la cual en muchas ocasiones ha sido obtenida sin el consentimiento de la persona o para fines distintos a su difusión.

Como puede observarse a nivel legal la tutela de la información

personal por parte del Estado requiere de desarrollos legislativos acordes con la problemática social y los avances tecnológicos en la materia.

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

No obstante que el fin de esta Ley es garantizar el acceso a los particulares a la información en posesión de los órganos del Estado, como ya ha sido comentado, es una norma determinante en materia de protección de datos personales debido a que en los archivos públicos se encuentra una gran cantidad de información que constituyen datos personales aportados por los particulares mismos que requieren de protección. Sin embargo la protección de la información que esta Ley prevé va más allá de los datos personales toda vez que existe información que puede corresponder a personas públicas o privadas, morales o físicas o al Estado, las cuales en ocasiones es conveniente mantenerse en secreto debido a que su publicación puede traducirse en un perjuicio irreparable de alguna de éstas, entre estos tipos encontramos la información considerada reservada y la información confidencial.

La Ley restringe el acceso a la información en dos supuestos, cuando se trata de información confidencial y cuando se trata de información gubernamental reservada, supuesto que nos permitimos analizar.

La información confidencial esta prevista en el artículo 18 de esta Ley que determina que se considera como información confidencial: I La entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, y II Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley. En este mismo artículo se señala que no se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.

Como puede observarse prácticamente toda la información que se recaba de los particulares por parte del Estado es protegida por esta regulación.

Por otra parte la información gubernamental reservada, es la información no referida a las personas en sí, sino a los requerimientos del propio Estado como persona colectiva, cuya publicación puede ir en contra del interés público. Concretamente, cuestiones de defensa nacional, seguridad nacional, judiciales (en un proceso que se investiga) que están sujetas a restricciones legales.

En los casos en que un interés superior como lo es el del Estado pueda ser vulnerado puede darse una excepción al deber de informar. La

Constitución establece este tipo de excepciones que pueden equipararse a la expropiación, figura en la que el derecho de propiedad de un particular se ve limitado por la el interés público. Es el caso que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental la Información reservada puede clasificarse como aquella cuya difusión pueda:

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano;
- III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país;
- IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o
- V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

Asimismo el artículo 14 de la misma Ley señala que también se considerará como información reservada la que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, es decir que se da una doble prohibición para hacer públicos este tipo de datos, ya que la información denominada confidencial por esta y otras leyes también se le da la categoría de reservada imprimiendo una doble prohibición para hacerlos públicos.

En relación con la excepción prevista en el artículo 18 con respecto a la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público se ve limitada por lo dispuesto en el artículo 14, ya mencionado que dispone que “tendrá el carácter de información reservada “...La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada.” Un ejemplo de esta limitación lo encontramos en Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática que cuenta con fuentes que por su naturaleza son de acceso público, pero que sin embargo no puede proporcionar la información que su Ley califica como confidencial no obstante sea parte de registro público. Concretamente es el caso del artículo 38 de la Ley del INEGI que prevé limitaciones al Instituto con respecto a la información que puede hacer pública a los usuarios las cuales consisten en: El impedimento para divulgar

la información estadística que se refiera a datos relacionados con menos de tres unidades de observación. Este mismo artículo autoriza al Instituto a divulgar la información estadística que proporcionen los particulares o que provengan de registros administrativos o civiles, siempre y cuando se preserve el anonimato de los informantes y se tome en cuenta los principios de confidencialidad y reserva.

3. Local

La legislación en materia de protección de datos personales ha tenido un mayor desarrollo a nivel local en especial en el estado de Colima en el que el 21 de junio de 2003 se expidió la Ley de Protección de Datos Personales, que de acuerdo con su artículo 1º tiene por objeto reglamentar la fracción VI del artículo 1º de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, a fin de proteger y garantizar los derechos de protección de los datos de carácter personal, como uno de los derechos humanos fundamentales.

Esta Ley establece la figura del Habeas Data –no obstante esta se ejerce a través del órgano de control dispuesto por la Ley y no por el Poder Judicial– así como los siguientes derechos a las personas físicas o morales cuyos datos de carácter personal sean integrados a un archivo.

- Solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal y del origen de esos datos;
- No verse sometidas a decisiones con efectos jurídicos o que le afecte, que se hayan basado exclusivamente en datos de carácter personal destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad;
- Impugnar actos administrativos o decisiones privadas que solamente deriven de valoraciones de sus características y personalidad obtenidas de datos de carácter personal, en cuyo caso tendrán derecho de obtener información sobre los criterios de valoración usados. Con respecto a esto se adiciona que la valoración del comportamiento de un individuo basada en el tratamiento de datos de carácter personal, sólo tendrá valor probatorio a petición del interesado;
- Solicitar y que se realicen gratuitamente las rectificaciones o cancelaciones de los datos de carácter personal que le correspondan y que no se apeguen a la Ley o que resulten inexactos incompletos.
- Recibir una indemnización proporcional al daño o lesión ocasionada en sus bienes o derechos; y
- Conocer gratuitamente el contenido del Registro de Protección de

Datos un máximo de dos veces por año.¹⁵

Con la expedición de esta ley el estado de Colima se convierte en la primera entidad en regular esta materia

III. Regulación de pruebas de para obtener información genética

Mediante pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) puede establecer la identificación genética de un individuo, es decir, la culpabilidad o inocencia de una determinada persona en actos criminales, o el diagnóstico de paternidad en casos civiles.¹⁶ Estas pruebas pueden determinar con un alto grado de exactitud la identidad genética de un individuo, dejando al criterio de los juzgadores la decisión final sobre la posible vinculación.¹⁷

No obstante las ventajas que representa, nuestra legislación no prevé la obligatoriedad de someterse a este tipo de pruebas por el contrario existen tesis jurisprudenciales que determinan que la admisión de la prueba pericial para determinar el ADN constituye, por sí misma, una afectación directa e inmediata a los derechos sustantivos de quien queda sujeto al trámite del desahogo de esta prueba, ya que queda obligado a someterse a los exámenes de laboratorio que sean necesarios para desahogarla, los cuales constan por lo menos de la toma de una muestras de sangre, por lo que no se considera como una afectación meramente adjetiva o procesal, en virtud de que se trata de una orden que no solamente se circunscribe a los derechos procesales del afectado, sino que trasciende de éstos, afectando sus derechos sustantivos, como lo es el respeto a la integridad física y a la libertad para resolver si se somete o no a la práctica de los estudios referidos afectación que no podrá ser resarcida aun cuando se obtenga sentencia favorable en el juicio; por lo que el Tribunal Federal resolvió que la resolución reclamada debía considerarse como de imposible reparación.¹⁸ No obstante este es el criterio preponderante

¹⁵ Artículo 7 de la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de Colima.

¹⁶ Ghersi Carlos, prueba de ADN, Genoma. Editorial Universidad. Buenos Aires. Pág. 23.

¹⁷ Artículo 288 del Código de procedimientos Penales. Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso. Artículo 211 del Código de procedimientos civiles.- El valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del tribunal.

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Página: 1319, Tesis: XXII.2o.13 C, Tesis Aislada, Materia: Civil. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Prueba pericial en química para determinar el ADN. Su admisión afecta los

existen tesis que abren la posibilidad de practicar estas pruebas aún en contra de la voluntad del procesado.

1. En materia penal

En materia penal resulta evidente la utilidad de la información que se deriva de este tipo de pruebas ya que actualmente con los avances tecnológicos es posible relacionar el material genético que se ha encontrado en el lugar donde se ha cometido un ilícito con un sujeto determinado, información que puede ser determinante en el establecimiento de responsabilidades penales.

No obstante como ya lo hemos comentado nuestra legislación no prevé la obligatoriedad de estas pruebas, por lo que si el sujeto no otorga su consentimiento no es posible practicar estas. El Código de Procedimientos Penales (CPP) no establece la posibilidad de practicar pruebas periciales en contra de la voluntad del presunto responsable de un delito que permitan identificar su código genético, no obstante el artículo 206, señala que “Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad. En el título sexto de CPP de la prueba no se prevé la obligatoriedad de este tipo de pruebas.

En este caso nos encontramos nuevamente frente a un conflicto de intereses entre el derecho a la protección de los datos íntimos de un individuo y el derecho de los terceros que fueron afectados mediante la comisión de un delito y mas aún de la sociedad en su conjunto, razón por la cual es necesario establecer en la ley penal si es o no posible obligar a este tipo de pruebas.

2. En materia civil

El problema del reconocimiento de la paternidad en los últimos años ha cobrado mayor importancia lo cual ha traído como consecuencia graves problemas sociales y la falta de oportunidades para los hijos cuya manutención recae únicamente en la madre.

Con respecto a esta problemática la Legislación Civil establece en el artículo 360 del Código Civil Federal, la posibilidad de reconocer hijos derechos sustantivos del quejoso.

fuera del matrimonio aún mediante sentencia judicial, asimismo el artículo 382 autoriza la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, “Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre”, con lo cual puede obtenerse el reconocimiento de hijo de acuerdo con el artículo 389, lo que atribuirá a este los siguientes derechos: I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca; II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan; III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley.

Sin embargo, como ya se ha mencionado la legislación procesal civil no establece la obligatoriedad de las pruebas genéticas que pueden contribuir determinadamente en la resolución de esta controversia.

La falta de regulación ha generado distintas tesis jurisprudenciales sobre el particular algunas en el sentido de determinar la obligatoriedad de la prueba pericial en genética en virtud de considerarla un elemento de convicción idóneo para demostrar la paternidad en los juicios donde se reclama el reconocimiento de un menor, por lo que se establece que no es un requisito para su desahogo la anuencia del demandado, (ya que la ley no lo prevé, según se desprende de los artículos 351 al 359 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que rigen la prueba pericial;) se argumenta que de estimarse lo contrario no se podría verificar dicha probanza y, consiguientemente, se impediría al menor justificar su acción, lo que se traduciría en privarlo de llevar el apellido de su progenitor, ser alimentado por éste, a percibir la porción hereditaria, etcétera.¹⁹

Por otra parte otra tesis señala que tratándose de la investigación para determinar el desconocimiento o reconocimiento de paternidad, debe prevalecer, el conocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor que se deriva del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etcétera, así como la obligación común de ambos padres de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarios para el pleno y armonioso desarrollo intelectual y físico de un menor por encima del derecho a la intimidad o privacidad.²⁰ Si bien es cierto que la protección a la

¹⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVIII, Agosto de 2003. Página: Novena Época. 1806. Tesis: III.5o.C.48 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Prueba pericial en genética. Para su desahogo no se requiere el consentimiento del demandado. Quinto tribunal colegiado en materia civil del tercer circuito

²⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Noviembre de 2005 Tesis: II.2o.C.501 C Página: 911 Materia: Civil Tesis aislada Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente. Pericial en genética. Su desahogo es preponderante en un juicio de desconocimiento o recono-

intimidad se puede verse afectada con el desahogo de la prueba genética, cuya idónea científica y biológicamente para demostrar la relación paterno filial es incuestionable, esta implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio traducidos en la toma de muestras de tejidos con las que pueden obtenerse información sobre otras características genéticas, como diversos aspectos patológicos o de conducta que nada tengan que ver con la paternidad que se busca establecer, por lo que la propia tesis establece que es necesario que para preservar el derecho a la intimidad que el desahogo de dicha probanza se debe limitar mediante niveles de control y acceso a esa información confidencial, es decir, que el juzgador ha de velar porque en la práctica dicha pericial se lleve a cabo con las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor. Por lo que señala que la información que se obtenga de dicho procedimiento científico debe ser concreta y objetiva, y se debe utilizar para resolver el asunto para el cual fue solicitada la prueba.

No obstante el criterio señalado por el Tribunal de Circuito, la primera sala de la Suprema Corte ha generado una tesis que imprime una nueva interpretación a la protección del derecho a la intimidad, ya que considera que cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, esta debe ser considerada como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto.

La primera sala consideró que por la especial naturaleza es posible determinar la correspondencia del ADN, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.²¹ No obstante la misma Primera Sala ha señalado con respecto al artículo 5, apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, -que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, y a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres cimiento de paternidad, con independencia del derecho a la privacidad o intimidad.

²¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Abril de 2003 Tesis: 1a./J. 17/2003 Página: 88 Materia: Civil Jurisprudencia Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente. Prueba pericial en genética. Su admisión y desahogo tienen una ejecución de imposible reparación susceptible de afectar derechos sustantivos de la persona.

y a conocer su origen genético-, que este precepto se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no implica que dicho artículo autorice la práctica de la citada probanza de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, porque no establece la correlativa obligación de los supuestos padres a someterse a la práctica de la citada prueba pericial, de manera que éstos, en todo momento, pueden negarse a que dicha probanza se lleve a cabo, en cuyo caso, en términos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, la paternidad y la maternidad, según sea el caso, se presumirá, salvo prueba en contrario.²²

Como puede observar en la evolución de las tesis jurisprudenciales estas se han inclinado por privilegiar el derecho a la intimidad sobre el derecho de los menores de conocer a su progenitor y recibir de él los gastos de manutención, no obstante la última tesis de la Primera Sala convalida la posibilidad de imponer una carga procesal en el caso de que el presunto padre se niegue a que se le practique la prueba.

No obstante, el esfuerzo que ha realizado el Poder Judicial para resolver este tema es necesario que el Legislativo se pronuncie al respecto y resuelva la controversia que se ha generado entre el derecho a la protección de datos personales íntimos por un lado y el derecho de la sociedad a que se establezcan las responsabilidades que se deriven de la comisión de un delito y se impongan las penas correspondientes, así como el derecho de los niños a conocer a su progenitor y recibir de él sustento.

IV. Propuestas de reforma en esta materia de protección de datos y derecho a la intimidad.

La mayor parte de los problemas abordados en este trabajo ya han sido motivo de alguna propuesta legislativa, razón por la que en los últimos años se han presentado avances importantes como lo es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, sin embargo aún hace falta crear la legislación que regule la protección de datos personales y defina si es conveniente o no obtener esta información en contra de la voluntad del

²² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Enero de 2006 Tesis: 1a. CCXVIII/2005 Página: 736 Materia: Civil Tesis aislada. Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN). ante la posibilidad de los presuntos padres de negarse al desahogo de dicha probanza, se presumirá su paternidad salvo prueba en contrario (artículo 5, apartado b), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal).

titular cuando esta sea determinante para proteger un derecho que puede considerarse de mayor jerarquía como puede ser el interés público.

Desde el año 2001 se han presentado distintas iniciativas sobre protección de datos personales en poder de los particulares sin que a la fecha se haya aprobado ninguna entre estas se encuentra la presentada por el Senador Antonio García Torres del grupo parlamentario del PRI para expedir la Ley Federal de Protección de Datos Personales, presentada al 14 de febrero de 2001²³, propuesta que reviste una especial importancia, ya que fue dictaminada y aprobada por el Senado de la República el 30 de abril del año 2002 y enviada el 5 de septiembre del mismo año a la Cámara de Diputados que la turno a la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública para su análisis y dictamen, misma que rechazó la propuesta, lo que fue confirmado por el Pleno el 14 de diciembre de 2005.

No obstante la negativa del la Cámara de Diputados el Senador García Torres, ha insistido en su propuesta, ya que considera que es viable razón por la que la presentó nuevamente el 2 de febrero de este año con modificaciones pero respetando la estructura original del proyecto.

La iniciativa original proponía la creación de una regulación de la protección de datos personales para lo cual: otorgaba una serie de derechos a los titulares de los datos, obligaciones para los responsables de los registros, así como la creación del Instituto Federal de Protección de Datos Personales, un catalogo de sanciones para los infractores de esta Ley y en el capítulo final se desarrolló todo un procedimiento para ejercer una acción de protección de datos personales que constituye una especie de *Habeas data*. Tras el rechazo el proyecto original sufrió algunas modificaciones, las cuales de acuerdo con el autor son necesarias debido a la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que contiene disposiciones sobre protección de datos personales,-cuya iniciativa fue presentada diez meses después-, y debido a que el proceso legislativo que culminó con el desechamiento de la propuesta llevó cinco años.

En la nueva iniciativa da cuenta de los argumentos que la Comisión de Gobernación de la Cámara de Diputados tomó en cuenta para desechar y que contra argumenta de la siguiente forma: Señala que es una falacia que la Constitución no otorgue facultades al Congreso de la Unión para legislar en la materia de datos personales, y tan es un argumento falaz que en la misma LFAIPG existen diversas disposiciones sobre protección de datos personales, como existen en otras, baste citar a modo de ejemplo la

²³ Presentada ante la Comisión Permanente. Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del 15 de febrero de 2001.

Ley Federal de Protección al Consumidor y agrega que la competencia del Congreso de la Unión para legislar en la materia se encuentra en el artículo 73, fracción XXX por lo que el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar sobre datos en las materias que son competencia de la Federación. Con respecto a que el proyecto no tomó en consideración “los avances de las legislaciones expedidas con posterioridad -a la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal, *española* de 1992- y que no recoge la mejor práctica internacional y los principios generalmente aceptados en la materia”, destaca que resulta incorrecto, primero al afirmar que el proyecto se basó en la LORTAD *española* de 1992 y luego al decir, implícitamente, que no se recurrió a una comparación más profunda, pues bastaría decir que el proyecto de LFPDP rechazado tomó en consideración diversos instrumentos internacionales y que contrario a la LORTAD, acogió experiencias latinas como la acción protectora de datos personales o *habeas data*, o bien que, fruto de un estudio comparado, había recogido de la legislación *italiana* la postura de reconocer que las personas morales tienen derecho a la protección de los datos personales, sino en los mismos términos que las personas físicas, si en un sentido diverso. En cuanto a la objeción que consiste en la falta de estudios de impacto económico de la ley, señala que ello no es certero, pues el fundamento económico de la iniciativa se encuentra en la idea base de que una regulación que garantice a las personas la seguridad en el tratamiento de los datos personales, generará confianza, precisamente en ese tratamiento, y que gracias a ello, las inversiones económicas se verían incentivadas, siendo esta la postura de los diversos instrumentos internacionales en la materia. Con respecto a posibilidad de que el actor elija el juzgado en que promoverá la acción protectora de datos personales; señala que este argumento no necesariamente es válido frente a una acción de tipo personal, más bien parece que debió dar lugar a una modificación y no a un rechazo de la iniciativa.

Tomando en cuenta algunas de las objeciones planteadas en el dictamen de la Comisión de Gobernación y la aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información se realizaron adecuaciones al proyecto original sin embargo no se consideró que el IFAI fuera la autoridad garante de la protección de datos personales, y se propuso nuevamente la creación del Instituto Federal de Protección de Datos Personales como órgano regulador.

Posteriormente a la presentación de la mencionada proyecto se han presentado otros sobre la misma materia, es el caso de la iniciativa presentada por el Dip. Jesús Martínez Álvarez, Convergencia para expedir la Ley Federal

de Protección de Datos Personales. Presentada 1 de diciembre de 2005,²⁴ La presentada por el Dip. David Hernández Pérez del PRI para expedir una Ley con la misma denominación presentada el 23 de febrero de 2006,²⁵ finalmente la diputada Sheyla Fabiola Aragón Cortés del PAN presentó una tercera iniciativa para expedir una Ley con idéntica denominación el 22 de marzo de 2006,²⁶ Iniciativas que coincide en distintos puntos como son: La regulación de los datos sensibles, la exclusión de las bases de datos en materia periodística, la propuesta de que el órgano de Control sea el Instituto Federal de Acceso a la Información (previsto en la ley de transparencia), a fin de evitar gasto innecesario y aprovechar la estructura que ya existe, la propuesta de crear un registro de bases de datos y la incorporación de figuras similares al Habeas data. En el caso de la Iniciativa del Dip. Hernández Pérez, se excluyen de la aplicación de la Ley propuesta desde luego a los sujetos obligados por la Ley de Transparencia o por otra Ley garante de la protección de datos personales como la Ley de Sociedades de Información Crediticia, así como los sindicatos y asociaciones profesionales. En el caso de la iniciativa de la Dip. Aragón Cortés exime de esta regulación a las agrupaciones sociales o religiosas, los partidos políticos y las personas físicas o morales de derecho privado que recaben datos para uso exclusivamente personal y sin fines de divulgación o comercialización además de que con respecto a los medios para garantizar la protección de los datos personales propone que en caso de controversia sobre la protección de datos se debe llevarse acabo mediante un procedimiento administrativo a cargo del IFAI y no un recurso de Habeas Data.

En general todos los proyectos coinciden en la urgente necesidad de regular la protección de datos personales que se encuentre en poder de particulares sin embargo proponen distintos mecanismos y alcances considerando que esta regulación no debe entorpecer las actividades comerciales que se derivan de la recopilación y divulgación de información.

Por otra parte debe darse cuenta de algunas iniciativas que proponen la penalización del uso indebido de datos personales como es el caso de la propuesta por el Dip. Jesús Aguilar Bueno del PRI que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la cual incluye entre otras modificaciones: La adición de un segundo párrafo al artículo 211 Bis. A fin de aplicar la misma pena prevista para quien revele,

²⁴ Gaceta Parlamentaria del 1 de diciembre de 2005

²⁵ Gaceta Parlamentaria del 23 de febrero de 2006

²⁶ Gaceta Parlamentaria del 22 de marzo de 2006

divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada (seis años y trescientos a seiscientos días multa) a quien obtenga sin consentimiento o mediante engaños, datos personales de individuos para usarlos para cometer cualquier actividad ilícita, y para el que transmita, publicite, distribuya o haga disponible a través de sistemas o equipos informáticos, datos personales de terceros que no hayan expresado su consentimiento.

Finalmente en materia de acceso a información sensible como lo es el código genético de un apersona se han presentado iniciativas innovadoras como es la de la Dip. María de Jesús Aguirre Maldonado del Grupo Parlamentario del PRI que propone reformar los artículos 67 de la Ley General de Salud y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con el fin de hacer obligatoria la práctica de de pruebas genéticas para establecer la paternidad por orden judicial.

No obstante la importancia de las materias que pretenden regularse en estos proyectos salvo la del Senador García Torres ninguna ha sido dictaminada por lo que será responsabilidad de la LX Legislatura pronunciarse sobre estos importantes temas que implican la protección de algunas de las garantías fundamentales del hombre y que con el incesante avance de la tecnología se encuentran cada vez más expuestas.

Bibliografía

-**Armangue, Juan F.** Derecho a la Información, Hábeas Data e Internet. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2002.

-**Freixas Gutiérrez, Gabriel.** La protección de los datos de carácter personal en el Derecho Español. Editorial Bosch. Barcelona 2001.

Ghersi Carlos. Prueba de ADN, Genoma. Editorial Universidad. Buenos Aires.

-**Paladella Salord, Carlos.** Datos Personales contenidos en Bases de Datos y Registros Electrónicos. Revista Electrónica de Derecho Informático - Número 7 Febrero de 1999.

-**Perini, Alicia.** Hábeas Data, Derecho a la intimidad. Editorial Universitaria. Buenos Aires.

-**Ríos Estavillo, Juan José.** Libertad Informática y su relación con el derecho a la información. Derecho a la Información y Derechos Humanos. UNAM. México. 2000.

-Declaración de México de la Red Iberoamericana de Protección de Datos. Suscrita en el marco del IV Encuentro Iberoamericano de Protección de datos personales. Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005.