

Y que nos dejen en paz

Apuntes sobre el derecho a la privacidad

Fernando Escalante Gonzalbo

Preliminar

El derecho a la privacidad es algo bastante obvio y que, de entrada, no necesita argumentarse mucho. No está en duda ni resulta polémico: nadie lo discute, nadie tiene problemas para saber de qué se trata. Sin embargo, resulta casi inasible en la legislación mexicana. No está definido en ninguna parte, no aparece en la constitución salvo de modo oblicuo y no es fácil saber qué límites tiene ni qué obligaciones impone.

Sabemos que nadie puede irrumpir sin mandato judicial en nuestro domicilio, sabemos que están protegidas la correspondencia y las conversaciones telefónicas, sabemos que no se pueden hacer públicos datos confidenciales, pero el derecho a la privacidad es más que todo eso. Si se piensa un poco, tampoco es tan extraña esa relativa indefinición, porque corresponde a la naturaleza cambiante de la privacidad. Seguramente no es posible dar una definición completa, exacta y detallada, pero acaso tampoco haga falta. Se podría pedir, en

cambio, y sería muy útil, una idea más concreta del bien jurídico que se quiere proteger cuando se habla de la privacidad.¹

Empiezo por lo más elemental. Ningún derecho es absoluto. El derecho a la privacidad, incluso en la forma más o menos inarticulada en que existe en la legislación mexicana, forma parte de un sistema y se define a partir de un conjunto de fronteras, obligaciones y derechos. Aparece como problema, en particular, en el campo en que coinciden el derecho a la información, la libertad de prensa y la vida privada. Es un terreno muy problemático, en el que es difícil encontrar soluciones definitivas en caso de conflicto; puede haber un arreglo de límites, por decirlo así, pero será siempre provisional, tentativo, polémico, porque en los tres temas se tiende a dar una interpretación cada vez más amplia de los derechos: de la información que se puede exigir al Estado, de lo que pueden publicar y difundir los medios de comunicación, y del espacio que las personas pueden preservar como privado.

Insisto: el arreglo es difícil, pero no imposible. Y sí es necesario darle alguna claridad. Por razones que no hace falta ni siquiera enunciar, durante mucho tiempo, en México, nos hemos preocupado sobre todo de garantizar el derecho a la información y proteger hasta donde es posible la libertad de expresión. Se ha dejado de lado, como cosa secundaria, el derecho a la privacidad y la intimidad. Tanto que ni siquiera está enunciado de un modo inequívoco en la constitución ni en la legislación federal. Y el resultado es un arreglo de límites incompleto,

¹ Inevitablemente, en lo que sigue reitero algunas de las ideas que expuse hace un par de años, también en un texto publicado por el IFAI. Fernando Escalante Gonzalbo, *El derecho a la privacidad*, México: IFAI, 2004.

que ocasiona problemas: la ley de imprenta no es el recurso más adecuado para resolver los conflictos que pueden surgir al respecto, y en la mayoría de los casos es perfectamente inútil e inaplicable.

Hay otros campos problemáticos, desde luego. Me interesa subrayar de entrada éste porque se trata de derechos incluidos en la constitución, en el conjunto de garantías individuales, y es necesario arbitrar sus límites con tanta claridad como sea posible.

1. La reforma del artículo sexto.

El propósito fundamental de la reforma del artículo sexto constitucional del 13 de junio de 2007 es garantizar el acceso a la información pública, e incluir en el título doctrinal de la constitución el derecho a la información. No tiene sentido pedirle otra cosa a la reforma si se ha de evaluar con seriedad, por sus méritos. Es decir: en lo que sigue no discuto ni la importancia de la reforma, ni su sentido ni su redacción, tampoco sus consecuencias en lo que se refiere a su primer propósito. Me interesa lo que se omite y lo que se deja para la legislación secundaria en un aspecto muy concreto, el derecho a la privacidad, que no estaba entre los objetivos de la reforma.

No está del todo ausente, sin embargo. Durante la discusión de la iniciativa varios legisladores hablaron de la necesidad de proteger los datos personales de que disponen las diferentes dependencias del estado, y lo hicieron todos con las mismas razones y casi con las

mismas palabras. En la exposición de motivos del proyecto original se menciona como uno de los principios básicos de la reforma:

El segundo principio, tiene que ver con el entendido de que no existen derechos ilimitados, dado que estos hayan su acotamiento, en la protección de intereses superiores, que para el caso en concreto se refiere a la protección de la intimidad de las personas, por lo que la información que se refiera a la vida privada y los datos personales, deberá considerarse como confidencial, y será de acceso restringido en los términos que fijen las leyes.

Se explica también en el análisis de la iniciativa, en términos muy enérgicos pero no enteramente claros:

La fracción segunda. En ella se establece una segunda limitación al derecho de acceso a la información, misma que se refiere a la protección de la vida privada y de los datos personales. Esta información no puede estar sujeta al principio de publicidad, pues pondría en grave riesgo otro derecho fundamental, que es el de la intimidad y la vida privada.

Es fundamental esclarecer que aunque íntimamente vinculados, no debe confundirse la vida privada con los datos personales. La primera se refiere al ámbito de privacidad de las personas respecto de la intervención tanto del estado como de otros particulares. Los datos personales, en cambio, son una expresión de la privacidad.

La redacción no es muy afortunada. Sobre todo porque ese “derecho fundamental” a la “intimidad y la vida privada” no está consignado en la constitución. Está claro que la protección de la privacidad es un principio general, que incluye la confidencialidad de los datos personales, pero no está claro el apoyo jurídico concreto de la argumentación.

El límite es enteramente lógico. Si la ley obliga al estado a hacer pública casi cualquier información que le sea solicitada por los ciudadanos, también debe hacer la salvedad de que eso excluye la

información personal que, de modo confidencial, reciben las diferentes dependencias públicas para el desempeño de sus funciones: historias clínicas, datos fiscales, financieros, escolares, familiares, laborales, que no podrían publicarse sin riesgo de perjudicar a los interesados y cuya difusión difícilmente podría considerarse de interés público en la mayoría de los casos.

Hay por esa razón una línea en el texto del nuevo artículo sexto que abre el proceso legislativo para definir y garantizar el derecho a la privacidad. Es la fracción segunda. Literalmente dice: “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”. Es poco. Es insuficiente no ya para asegurar, sino siquiera para enunciar el derecho a la privacidad, porque no hace más que señalar una excepción al derecho a la información que remite al principio general de privacidad, que no figura en la ley. A partir del contexto, además, puede inferirse que se trata exclusivamente de “la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”, según el enunciado de la fracción primera. Es poco, pero al menos se reconoce y se señala el problema.

En términos prácticos, el principio que justifica esa línea es fácil de enunciar: las autoridades obtienen información personal que es indispensable para muchos propósitos –censo, hacienda, educación, salud—pero no pueden usarla de modo discrecional, ni entregarla a otras personas o instituciones. De hecho, no podrían siquiera recabar esa información o no tan fácilmente si existiera el temor de que pudiera

hacerse pública o usarse para otros fines. Es decir: hacía falta, y está bien hecho, darle también rango constitucional a la protección de datos personales, si se le da al derecho a la información. El principio tiene que explicarse y delimitarse en la legislación secundaria, donde habrá que definir lo que son datos personales, señalar responsabilidades, obligaciones, límites y sanciones concretas. Pero ésa es sólo una parte del problema, y no la más interesante.

Me explico. Es fácil que se diga en la ley que el historial clínico de los funcionarios debe estar protegido, porque es información personal; pero es obvio que el estado de salud del presidente de la república es un asunto de interés público. La situación familiar, la información sobre cuentas bancarias y relaciones amistosas o de parentesco de los funcionarios son datos personales, pero no son irrelevantes si pueden implicar un conflicto de intereses en el área específica de su encargo. Lo malo es que nunca puede saberse de antemano qué clase de información será relevante.

De nuevo, en el análisis de la iniciativa se señala el problema y se explican las excepciones, pero resulta evidente que no puede haber un criterio general que sirva para todos los casos:

La fracción segunda establece también una reserva de ley en el sentido que corresponderá a ésta, determinar los términos de la protección y las excepciones a este derecho. Así es perfectamente posible considerar que cierta información privada o datos personales, que adquieran un valor público, podrán ser divulgados a través de los mecanismos que al efecto determine la ley. Este es el caso, por ejemplo, de los registros públicos de la propiedad, de los salarios de los funcionarios públicos o bien de la regulación del ejercicio del consentimiento del titular de la información para que esta pueda ser divulgada. En otras palabras, existen circunstancias en que, por ministerio la ley, los

datos personales podrán ser divulgados sin el consentimiento del titular.

En otros casos, la ley deberá prever la posibilidad de que, algunos datos personales, puedan ser divulgados cuando un órgano jurisdiccional o administrativo determine que existen razones particulares que justifiquen su divulgación, previa garantía de audiencia del implicado. De cualquier forma, las autoridades deberán realizar una cuidadosa ponderación que justifique el hecho de que una información que pertenece al ámbito privado, puede ser divulgada por así convenir al interés público.

En varios artículos de la constitución se alude a la protección de la privacidad y la intimidad. Y digo bien: se alude, porque nunca aparece como derecho, de un modo explícito. Se puede inferir a partir de la redacción de los artículos cuarto, sexto o vigésimo cuarto, pero no está dicho. La enunciación más clara es la del artículo decimosexto, pero es bastante ambigua. Dice, literalmente: “Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. A continuación, aparte de explicar los procedimientos judiciales que pueden justificar aprehensiones y cateos, se dice que “las comunicaciones privadas son inviolables”, y se argumentan y enumeran las excepciones.

La redacción del párrafo primero del artículo —es importante— es copia literal, palabra por palabra, de la que tenía en la constitución de 1857. Eso explica, en parte, sus insuficiencias. No están claros los límites ni el principio en que se apoya la prohibición, pero tampoco está claro a quién obliga. No está claro en qué consiste el derecho protegido, es decir, qué clase de obligaciones impone a quiénes, ni cómo se resuelven las tensiones —que son inevitables— entre ese derecho y la

libertad de expresión, por ejemplo. Da la impresión de que se refiere a las “molestias” ocasionadas por la autoridad, a policías e inspectores, que sí podrían intervenir “en virtud de mandato escrito de la autoridad competente”. No es, hoy en día, ni la más grave ni la más frecuente de las molestias.

El tema tiene muchas aristas. Remite a campos muy distintos, desde el secreto bancario hasta la libertad de conciencia o la igualdad de trato. Por cuya razón, para poner algún orden, es indispensable saber es el bien jurídico que se quiere proteger y por qué razón se protege. Lo digo una vez más: no estaba entre los propósitos cuando se discutió la reforma del artículo sexto, pero es uno de los temas que inevitablemente tendrán que discutirse para elaborar la legislación secundaria. Y que acaso amerite también una reforma constitucional.

2. El espacio privado y la dignidad humana.

No es extraño que la distinción entre lo público y lo privado no aparezca de un modo explícito en la constitución. Está en todas partes, porque es uno de los principios básicos de estructuración del orden jurídico: tan básico, tan obvio que ni siquiera necesita decirse porque corresponde al sentido común.

La distinción atraviesa todo el conjunto de las garantías individuales y buena parte de la legislación federal, en asuntos fundamentales. Aparece en ámbitos muy distintos, en formulaciones

que a primera vista no tienen relación alguna entre sí. Está muy obviamente en la idea de propiedad privada, que no se define en la constitución, pero también en la inviolabilidad de la correspondencia o en la libertad de conciencia. Digámoslo así: toda la estructura constitucional depende de la existencia de dos ámbitos claramente distintos, uno privado y otro público, que no se explican ni se justifican salvo donde hay excepciones.

Hay una idea básica, a la que responde el conjunto: debe haber ámbitos de actividad libres de cualquier clase de interferencia.² Son muchos y distintos, pero el principio es siempre el mismo. Siempre se trata, en el plano más abstracto, de proteger la dignidad. Rara vez se explica en esos términos, pero el argumento no tiene ningún misterio: se supone que la dignidad humana implica la posibilidad de elegir en libertad, y se supone que el Estado debe garantizarla, para todos por igual. La traza está en el sistema de garantías individuales. Libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de trabajo, libertad de tránsito, libertad para decidir el número de hijos. En conjunto se dice que cada persona tiene derecho a hacer su vida.

Aunque sea más o menos obvio, no sobra decirlo: privado no significa inexpugnable. Están siempre como límites los derechos de los demás y el interés público: con palabras muy parecidas se repite en casi todos los artículos que definen las garantías individuales. Ahora bien, no se puede delimitar de modo definitivo el ámbito de lo privado, porque

² Es lo que en el texto clásico Isaiah Berlin llamaba la “libertad negativa”, es decir, la no-interferencia. Ver Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty”, en Berlin, *Liberty* (Henry Hardy, ed.) Oxford: Oxford University Press, 2002.

siempre será discutible el alcance del interés público, el momento en que se justifica una intervención de la autoridad; también cambia con el tiempo el contenido concreto de los derechos de los demás, cambia el orden de prioridades. La ley interviene hoy para regular asuntos que en otro tiempo se consideraban enteramente privados, como la educación de los hijos en casa, el trato entre los miembros de la familia, pero también se abstiene de sancionar conductas que antes eran castigadas.

Es un tema complicado, interminable. Lo que me interesa subrayar es que en el corazón del ámbito privado están el domicilio, la correspondencia, las relaciones personales, y el derecho a mantener ante los demás la imagen que uno quiera dar de sí mismo. Esto es, no sólo el derecho a decidir sobre la propia vida: lo que uno quiere hacer, pensar, creer, sino el derecho a pasar desapercibido o, según la conocida expresión del juez Brandeis, el derecho de que lo dejen a uno en paz. Digo que eso está en el corazón del ámbito privado no sólo porque sea lo más personal y cercano, sino que sirve de garantía para las demás libertades.³

Trato de explicarme. En primer lugar, es evidente que el derecho de que lo dejen a uno en paz no se refiere sólo al Estado, sino a cualquiera; de hecho, las intromisiones más cotidianas y frecuentes, las que pueden afectar a la mayoría en su vida diaria, no son las de las autoridades, sino las de amigos, familiares, vecinos, compañeros de

³ Sobre la importancia de la intimidad para la configuración de la identidad y la autoestima en las sociedades contemporáneas, vale la pena ver Anthony Giddens, *The Transformation of Intimacy, Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford: Stanford University Press, 1992.

trabajo, compañías de seguros, bancos, empresas.⁴ Y en segundo lugar, se refiere sobre todo a la información, a lo que uno quiere mantener fuera de la mirada de los demás, por cualquier razón. El motivo es casi obvio. En el orden jurídico puede establecerse la libertad de conciencia, por ejemplo, puede prohibirse la discriminación por motivos de credo, militancia política u orientación sexual, pero eso no significa que efectivamente desaparezca toda forma de discriminación en la sociedad: hay muchas cosas permitidas por la ley que siguen siendo *mal vistas*. Es inevitable, en la medida en que el campo de la moral es siempre más extenso que el de la legalidad. Hay muchas materias con respecto a las cuales el derecho no se pronuncia, pero que la gente sí valora y sanciona, y eso no puede cambiarse.

La sociedad –familia, empresas, iglesias, sindicatos—puede ejercer presión sobre los individuos en esos terrenos e imponer un sistema de creencias o un modo de vida, aunque no sea más que con la presión informal. Lo más a lo que puede llegar el Estado, aparte de prohibir las formas más flagrantes de segregación, es garantizar a todos el derecho de mantener su vida fuera de la mirada del prójimo, para evitar cualquier clase de presión. Sin eso, sería muy difícil el ejercicio efectivo de las libertades consagradas en la ley.

No es el único problema. La información acerca de la vida privada puede usarse para desacreditar a alguien o hacerlo avergonzarse, para ejercer presión, también para obtener alguna ventaja, como recurso de

⁴ Sirve de referencia la definición de Hayek: la libertad es “aquella condición de los hombres en cuya virtud la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo.” Friedrich Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961, Vol. I, p. 61.

extorsión o de persecución política. Hay muchas instituciones que tienen datos personales: médicos, académicos, laborales, fiscales, financieros, familiares, judiciales, que nadie quisiera ver publicados; aunque no haya en esa información nada ilegal ni nada particularmente embarazoso, cualquiera se sentiría vulnerable —expuesto— si circulase entre otras gentes, aparte de quienes la tienen confiada por razones profesionales, administrativas o legales.

3. La libertad de los modernos

La existencia de un espacio privado protegido legalmente es un hecho relativamente reciente.⁵ En el plano jurídico es uno de los rasgos típicos del Estado moderno, que reconoce para empezar la libertad de conciencia. Materialmente, es resultado del orden urbano: sólo tiene sentido proteger el derecho a la privacidad si ésta puede de hecho quedar al amparo de la mirada de los demás. Y eso sólo sucede en las ciudades. Por otra parte, la mayor parte de las amenazas para la privacidad son también producto de la vida moderna, en particular del desarrollo tecnológico.⁶

Vayamos por partes. La mayoría de las actividades que hoy consideramos privadas eran asuntos de interés público en cualquier sociedad hace doscientos o trescientos años: las creencias religiosas, el

⁵ Una historia emocionante sobre la formación del espacio íntimo y su importancia en el orden burgués puede leerse en Peter Gay, *Schnitzler's Century. The Making of a Middle Class Culture: 1815-1914*, Nueva York: W. W. Norton, 2002.

⁶ Las amenazas de la vida moderna para la autonomía personal eran ya motivo de preocupación a principios del siglo XX (ver, por ejemplo, John Dewey, *Viejo y nuevo individualismo*, Barcelona: Paidós, 1984). Son cada vez más y más serias.

orden de la vida familiar, las prácticas sexuales; también los oficios, el régimen de propiedad o el derecho de residencia. Sólo cuando el Estado suprime todas las demás jurisdicciones –de Iglesia, corporaciones, gremios, estamentos—y adopta una definición laica, se comienza a configurar el espacio privado que conocemos, como ámbito de decisión individual libre más o menos extenso. Es aproximadamente lo que Benjamin Constant llamaba la “libertad de los modernos”.⁷

Ahora bien: ese tipo de libertad sólo puede darse, materialmente, en un espacio urbano, en condiciones de relativo anonimato, donde hayan perdido fuerza los mecanismos tradicionales de control social. En las pequeñas comunidades rurales no puede existir en la práctica, salvo con muchas dificultades y de un modo precario, un ámbito privado: todo se hace a la vista de los demás, es conocida y comentada la vida de todos. Aunque la ley diga otra cosa, la presión social impone un esquema de comportamiento general que es difícil evadir.⁸

El Estado moderno no puede impedir que la sociedad valore las conductas, que prefiera una determinada religión, un tipo de familia, o que condene algunas prácticas, desde la homosexualidad hasta la brujería. El Estado produce, legalmente, lo que se podrían llamar *espacios de indiferencia*, a partir de una trama de derechos individuales:

⁷ Según Constant, la libertad de los antiguos –pensaba en Grecia y Roma concretamente—consistía en “ejercer colectiva y directamente varias de las funciones de la soberanía”, mientras que la libertad de los modernos es, en estricto sentido, la “libertad individual”, es decir, el derecho de pensar, hablar, actuar en el espacio privado sin interferencia de ninguna autoridad. Ver Constant, Benjamín, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », en Constant, *Écrits politiques* (Marcel gauchet, ed.), Paris : Gallimard / Folio, 1997.

⁸ Es uno de los temas más clásicos de la sociología: el cambio en los sistemas de control social en el proceso de urbanización. Para la primera escuela de Chicago –Park, Thomas, Znaniecki—era la pieza clave para entender el orden moderno. Véase, por ejemplo, entre lo más conocido, a Robert Ezra Park, *On social control and collective behavior*, Chicago: The University of Chicago Press, 1967, *passim*.

son espacios en los que el poder público suspende el juicio, no se pronuncia ni a favor ni en contra, y permite que cada quien decida libremente, sin otro límite que los derechos de los demás. Dicho de otro modo, en esos espacios nadie está obligado a tomar en cuenta los sentimientos ni las ideas morales de otros. Pero no por eso dejan de existir. Y eso significa que en las decisiones de la vida privada hay siempre el riesgo de incurrir en la desaprobación social: sólo resulta tolerable si se puede contar con un relativo anonimato.

Vale la pena insistir: la libertad no significa que no haya límites, sino que los límites sean explícitos, conocidos y objetivos, de modo que se pueda actuar con seguridad dentro de ellos. Esa importancia tiene garantizar el derecho a la privacidad.

Para decirlo en una frase, el Estado moderno define y protege el ámbito de lo privado *en contra de la sociedad*, en contra de la inercia por la que de modo natural tenderían a imponerse las ideas, valores y creencias de la mayoría, y ese sistema de protección es parte del proceso de la civilización, en la medida en que la civilización implica el respeto de los espacios de indiferencia que permiten ampliar el campo de la libertad individual.⁹

Desde luego, cuando se incluyen en las primeras constituciones modernas, de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, las declaraciones de derechos individuales, y se configura un ámbito privado mediante garantías para la libertad de conciencia, la libertad de

⁹ Esa inercia no desaparece nunca: hay siempre, incluso en las sociedades contemporáneas, la tendencia a imponer normas de conducta y legislar para restringir los “ámbitos de indiferencia”. Ver, por ejemplo, James A. Morone, *Hellfire nation. The politics of sin in American History*, New Haven: Yale University Press, 2003.

expresión, la inviolabilidad de domicilio y correspondencia, en ese primer momento se piensa sobre todo en limitar el poder del Estado. Se trata de poner límites definitivos a la arbitrariedad de los funcionarios públicos y, en particular, de las policías. Por ese motivo, asociado a los derechos individuales, inseparable, está el sistema de garantías procesales, por ejemplo. No obstante, conforme se consolida la idea del Estado moderno: secular, laico, individualista, liberal, la amenaza pública pasa a un segundo plano. El peligro está, cada vez más, en la sociedad: en comunidades que no admiten la disidencia religiosa, por ejemplo, en empresas que discriminan por motivos de militancia política u orientación sexual, en compañías que utilizan la información personal que tienen de empleados y clientes. En esa situación estamos.

Para poner un poco de orden, digamos que la protección del derecho a la privacidad tiene que enfrentar problemas de dos clases: la confidencialidad de los datos personales cuando forman parte de un archivo, y la publicación y difusión de información personal, cualquiera que sea la fuente.

En los dos casos, las amenazas son básicamente consecuencia del desarrollo tecnológico: de los nuevos recursos de identificación y vigilancia, de la naturaleza de información médica disponible, de la capacidad para almacenar y procesar información de todo tipo, del alcance de los medios de comunicación. Eso quiere decir que la legislación, tan detallada como se quiera hacer, será pronto y casi inevitablemente rebasada en su contenido material.

4. Mínimo panorama

Para tener una mejor idea del problema, vale la pena una mirada panorámica: ¿en dónde, cómo, por qué está amenazada la privacidad? Hay una gran cantidad de información personal en registros públicos de todo tipo. Salvo en lo más general, es decir, en algunas restricciones básicas, no se pueden manejar del mismo modo todos ellos, porque sirven a distintos propósitos; hay archivos que sólo pueden abrirse mediante orden judicial, los hay que pueden compartirse con otras autoridades o incluso con empresas privadas, abogados, familiares.

En primer lugar está la documentación del Registro Federal de Electores, que es el más cercano equivalente mexicano a un documento nacional de identidad. Incluye información de edad y domicilio, fotografía, firma y huella digital. Tiene que ser accesible para los representantes de los partidos políticos, que están autorizados para verificar el padrón electoral. Está también la licencia para conducir, expedida por la autoridad responsable de transporte y vialidad de cualquiera de los estados: en la licencia aparece el nombre, el registro federal de causantes, fotografía, firma y huella digital, y en la base de datos figuran también el domicilio y el registro de infracciones de tráfico. La Secretaría de Relaciones Exteriores tiene también, por supuesto, la información a partir de la que se elaboran los pasaportes: acta de nacimiento, descripción física, domicilio, firma, fotografía, huella digital.

Aparte de eso está toda la información del Registro Civil: actas de nacimiento, actas de matrimonio, divorcio y defunción, con todos los detalles necesarios sobre la situación familiar en cada caso. También está el Registro Público de la Propiedad, con información sobre cualquier operación con bienes raíces, que aparte de la filiación consigna el monto de las operaciones, la fecha, las partes contratantes. En la Secretaría de Hacienda se guarda el registro de la información fiscal, que incluye domicilio, estado civil, dependientes, ingresos, ocupación, estados financieros, relaciones contractuales, justificación de deducciones.

Son apenas los documentos básicos, necesarios para la vida cotidiana de casi cualquiera. Aparte de ellos, hay que contar con el registro público de cualquier actividad: educación, deporte, salud, trabajo, litigios y procedimientos judiciales, cuyos datos son manejados por la autoridad responsable en cada caso, y que están en los archivos de la Secretaría de Educación, del IMSS, la Secretaría de Salud, de la Procuraduría General de la República, etcétera.

Una ley de protección de datos personales tiene que comenzar por regular la administración de todos esos archivos, bajo custodia de la autoridad. Entre otras cosas, porque existe la capacidad técnica para cruzar las bases de datos. Pero es sólo una mínima parte de la información personal clasificada para identificación.

Demos sólo un vistazo a lo demás. Las empresas tienen, lógicamente, archivos personales de sus empleados, que pueden incluir no sólo filiación y domicilio, sino historia laboral y clínico, evaluaciones

sicológicas, experiencia profesional, estado financiero, situación familiar, sueldo, evaluaciones de desempeño. También pueden tener información sobre sus clientes: compras, créditos, ingresos, domicilio, teléfono. Los bancos en particular tienen registro de empleo, sueldo, historial de crédito, situación fiscal, propiedades, operaciones financieras. La lista sería interminable: hospitales, escuelas, universidades, todas las empresas e instituciones tienen documentación personal con toda clase de datos más o menos pertinentes para su trabajo.

Sería necesario también regular esa clase de información: lo que puede o no puede preguntar una empresa o una organización cualquiera, lo que está autorizada a hacer con sus archivos, la responsabilidad que adquiere al organizar y clasificar la información, las condiciones en que puede compartirla. Ahora bien: incluso así, tomando en cuenta los archivos privados con datos personales, ofrecidos voluntariamente por empleados y clientes, tenemos sólo un panorama incompleto.

Es necesario tener presente también toda la información personal que se puede obtener sin que los afectados puedan siquiera darse cuenta. Pensemos, para empezar, en lo más obvio: todos los sistemas de vigilancia mediante cámaras de video, que hay dondequiera; pueden ser auxiliares utilísimos para la administración de justicia y la seguridad, sin duda, para eso se han establecido, pero también podrían usarse para muchos otros fines. Más: los sistemas de identificación por tecnología biométrica, que permiten determinar con exactitud la

identidad de cualquier persona a partir de una imagen fotográfica, y saber por ejemplo quién asistió a una manifestación de protesta, quién estuvo en un banco, en una oficina. Insisto: todo eso puede servir de apoyo para la administración de justicia, si se usa bien, pero también puede servir para intimidar, extorsionar o perseguir a quien sea.

Es mucho más delicada es la información que se puede obtener a partir del ADN: no sólo sirve como recurso de identificación, sino que mediante el análisis del genoma –tal como empieza a ser posible— permite hacer estimaciones sobre el estado de salud, capacidades, propensión a cierta clase de dolencias; sería difícil exagerar las consecuencias que podría tener su uso si estuviese disponible para agencias de seguros, bancos o empresas, y se usara como criterio para decidir contrataciones o el otorgamiento de créditos, por ejemplo.

La tecnología permite captar, organizar, almacenar y cotejar información con enorme facilidad, sin necesidad de que nadie lo sepa. Las tarjetas de crédito, pongamos por caso, dejan un rastro muy detallado y que automáticamente se incorpora a un archivo personal en que se registran los lugares que alguien frecuenta, días y horas, las cantidades que se gastan, los gustos; y todo eso puede utilizarse –se utiliza—mediante sistemas bastante sencillos de análisis, para establecer patrones de consumo, por ejemplo, en lo que puede parecer más inofensivo, que son inapreciables para que las empresas diseñen sus estrategias de publicidad y mercadeo. Igualmente pueden servir para muchos otros propósitos, menos inocentes. Las llamadas telefónicas también dejan un rastro, y se identifican y registran

automáticamente: en todo momento las compañías telefónicas pueden saber qué llamadas se hicieron desde cualquier número.

El uso de Internet presenta toda otra gama de problemas que parecen, directamente, inmanejables. Acaso un símil ayude a entenderlo. El modo de ingresar a la red ofrece la ilusión de que uno puede asomarse al mundo, mirar desde una ventana la información que se genera en cualquier otro lugar, sin salir de casa; es sólo una parte de la verdad: en los hechos, esa ventana sirve para que casi cualquiera, desde cualquier lugar, se asome para mirar lo que uno hace, son los demás los que pueden entrar en nuestra casa; la tecnología permite registrar todos los movimientos en la red: las páginas que uno visita, los correos que envía, las listas de comunicación más frecuente, las operaciones comerciales, cualquier cosa. El detalle lo conoce cualquiera que sepa un poco del tema: los “virus” son una mínima parte, y no la más interesante; las páginas que se visitan dejan una huella, algunas dejan “ganchos” o indicadores, series de instrucciones para registrar los movimientos ulteriores, para retener la información personal. En ocasiones son *hackers*, o piratas informáticos quienes lo hacen, la mayoría de las veces son empresas comunes y corrientes, incluso oficinas públicas.

Si se piensa en los recursos de difusión disponibles, a través de los que puede hacerse pública toda esa información, el problema es muy parecido. Las restricciones mediante las que se trata de regular la libertad de expresión para proteger la intimidad corresponden al mundo tradicional de la imprenta: libros, panfletos, revistas y periódicos. Son

medios de rotación lenta, con un bajo índice de capitalización y circulación bastante limitada. Los medios electrónicos representan una amenaza mucho mayor y son más difíciles de controlar: a través de la radio, la televisión o Internet se puede llegar a un público incomparablemente mayor, de un modo inmediato, y se pueden difundir conversaciones telefónicas, fotografías, grabaciones de video, cuyo daño para la imagen de cualquiera puede ser bastante más grave que la información escrita.

5. Para legislar

Para pensar en una legislación razonable, y razonablemente eficaz, no sería poca cosa comenzar por admitir que no es posible poner límites claros y definitivos al derecho a la privacidad. Y acaso tampoco sea deseable. Es posible, sin duda, poner en blanco y negro algunos criterios básicos, algunas prohibiciones, regular el manejo de los datos personales, establecer obligaciones, responsabilidades y sanciones concretas. Pero sin perder de vista que se trata de un campo problemático, en el que pueden entrar en conflicto el derecho a la información, la libertad de expresión y las exigencias de seguridad pública y administración de justicia. Y que en muchos casos será necesaria una solución judicial, no legislativa.

Se dirá que son casos límite, y es verdad. No son excepcionales ni insólitos. Por esa razón, y porque se trata de derechos fundamentales, inscritos en la constitución, haría falta tener claro, de entrada, cuál es

el *bien jurídico* que se quiere proteger cuando se habla del derecho a la privacidad, y a qué categoría pertenece. En las páginas anteriores he tratado de hacer una reconstrucción conjetural del significado del derecho a la privacidad y de su importancia, pero no pasa de ser eso: una reconstrucción, con un apoyo bastante precario en el texto constitucional. Algo se puede inferir a partir de la redacción del artículo sexto, algo también de algunos párrafos del decimosexto, pero acaso no fuese una mala idea modificar esa redacción para establecer con claridad qué bien jurídico se quiere proteger, por qué es un bien, en qué circunstancias podría verse amenazado, qué obligaciones impone.

Esa definición podría ahorrar muchos problemas, y sobre todo serviría de base para la resolución judicial en casos de conflicto.

Si he leído correctamente los textos, el principio básico que justifica el derecho a la privacidad en la legislación mexicana es la dignidad personal. El criterio es asegurar la autonomía en aquellos campos en que la ley no se pronuncia, lo cual implica brindar seguridad contra cualquier clase de intromisión que pueda afectar al ejercicio de las libertades. En términos prácticos significa garantizar la confidencialidad de los datos personales, quienquiera que sea el que los maneja, y garantizar el derecho de todo individuo de preservar su imagen personal, aparte del secreto de sus comunicaciones y la seguridad del domicilio. Y no es muy difícil que se entienda o se aclare que el derecho a la privacidad no ampara las actividades públicas, o que no puede ser obstáculo para la administración de justicia.

Serviría de orientación –es lo más claro y concreto que hay al respecto—una sentencia de la Suprema Corte, de julio de 2007:

El derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; así este derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Existen una serie de derechos destinados a la protección de la vida privada, entre ellos el del honor, que es un bien objetivo que permite que alguien sea merecedor de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve y, por ello, cuando se vulnera dicho bien, también se afectan la consideración y estima que los demás le profesan, tanto en el ámbito social como en el privado. En esta tesitura se concluye que cuando se lesiona el honor de alguien con una manifestación o expresión maliciosa, se afecta su vida privada.¹⁰

Como término de referencia, el ejemplo estadounidense tiene interés. Toda la extensa, elaborada legislación sobre privacidad tiene como apoyo básico la cuarta enmienda de la constitución, es decir, un texto de 1792, de redacción similar a nuestro artículo dieciséis:

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

La interpretación vigente le confiere una amplitud mucho mayor, y deriva de la argumentación del juez de la Suprema Corte, Louis Brandeis, en su voto disidente en la sentencia del proceso *Olmstead vs. U.S.*, de 1928. En el párrafo central dice:

Los redactores de nuestra constitución trataron de garantizar las condiciones más favorables para la búsqueda de la felicidad.

¹⁰ Es la resolución de un amparo directo en revisión por parte de la Primera Sala de la SCJN (402 / 2007) Semanario del Poder Judicial de la Federación, Tomo XXVI, julio 2007, p.272. Debo la referencia a Pedro Salazar y Miguel Carbonell.

Reconocían la importancia de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y su inteligencia. Sabían que sólo una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida se encuentra en las cosas materiales. Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sensaciones. Les confirieron, frente al gobierno, el derecho a que se les deje en paz: el más comprehensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados. Para proteger ese derecho, toda intromisión injustificada del gobierno en la privacidad del individuo, cualesquiera que sean los medios empleados, debe considerarse una violación de la cuarta enmienda.

Se refiere, en particular, a la grabación de conversaciones telefónicas por parte del gobierno en un procedimiento judicial, pero sobre todo le importa dejar asentada la amplitud del derecho a la privacidad y su fundamento. En un pasaje muy interesante subraya que las buenas intenciones no pueden usarse como justificación para interferir con la vida privada:

La experiencia nos enseña que debemos estar mucho más atentos para proteger la libertad cuando los propósitos del gobierno son buenos. Los hombres nacidos libres están naturalmente alerta para rechazar la invasión de sus libertades por parte de gobernantes inicuos. Los mayores peligros para la libertad acechan en los abusos de hombres fervorosos y bien intencionados, pero sin inteligencia.

El sistema jurídico estadounidense permite que una exposición así sirva de fundamento para resoluciones judiciales posteriores, y para argumentar una enorme variedad de iniciativas de ley. También sería posible en México: una resolución de la Suprema Corte podría establecer el sentido en que deben interpretarse algunos artículos de la constitución, para preservar la intimidad; no obstante, dada la complejidad que tiene el tema hoy, y los posibles conflictos con otros

derechos fundamentales, garantizados de modo explícito, no sería redundante una definición un poco más concreta.

Sirve de ejemplo el sistema español, que tiene más afinidades con el nuestro, y que consigna el derecho a la privacidad en la constitución, explícitamente:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. 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.

De ahí se deriva una serie de leyes orgánicas pensadas para proteger el derecho a la intimidad en todos los aspectos enunciados, empezando por una Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal sumamente extensa y detallada, que obliga tanto a las instituciones públicas como a los particulares.

Comoquiera que se defina el principio general, hay cuatro campos fundamentales para la privacidad como hoy la entendemos: la imagen personal, el espacio material del domicilio, las comunicaciones – postales, telefónicas—y los datos e información de carácter personal. Su protección requiere, de un lado, regular la integración de archivos y bases de datos personales, el uso de las tecnologías que permiten identificar personas, grabar e interferir comunicaciones, etcétera, y de

otro lado, regular la difusión pública de información personal de cualquier tipo.

Es un campo extraordinariamente extenso y complejo, que requiere varias leyes, algunas de contenido material muy detallado y a veces técnico. No es difícil captar su fundamento común o entender por qué se apoyan recíprocamente, y son necesarias todas ellas.

Parece razonable comenzar por una ley de protección de datos personales. Y las líneas generales de su estructura no ofrecen mucha duda. En primer lugar, tendría que referirse a todas las bases de datos con información personal, sea quien sea el que las integra: dependencias oficiales, empresas, bancos, hospitales, escuelas o cualquier otra institución, puesto que el principio es la protección de los datos personales y no tendría sentido restringir el alcance de la ley a los archivos en posesión del Estado. En segundo lugar, tendría que establecerse como criterio general que sólo podrán solicitarse los datos indispensables para la finalidad de la organización que integra el archivo, y que éstos en ningún caso podrán legalmente utilizarse para otro propósito, ni divulgarse ni cederse a ninguna otra persona u organización. Y se debe incluir también, desde luego, la información personal que se obtiene sin el consentimiento expreso del interesado: la de las líneas telefónicas o las tarjetas de crédito, por ejemplo. Igualmente, como garantía de la libertad de conciencia y la libertad de asociación, la ley debería prohibir de modo expreso que se pida información sobre creencias, ideas o militancia política de nadie. Parecería lógico que se incluyera también la obligación de definir

responsabilidades concretas, porque el único modo de hacer efectivo judicialmente el derecho es atribuir a una persona en particular la obligación de proteger los datos.

Hay que decirlo una vez más: eso sería sólo en principio. Y lo más sencillo de hacer, por otra parte. Faltaría aún la regulación sobre el uso de imágenes y grabaciones, la publicación y difusión por cualquier medio de información personal, el funcionamiento de Internet. Son terrenos cada vez más resbaladizos y problemáticos. En cuanto a la publicación, por ejemplo, es imposible –por descontado—cualquier forma de censura previa o “regulación de contenidos”, como suele decirse, y también parece difícil imaginar un sistema eficaz y razonable para sancionar los abusos de los medios de comunicación; mucho menos en los tiempos que corren, en que se ha vuelto casi cotidiana la difusión de grabaciones clandestinas, fotografías comprometedoras, chismes más o menos escandalosos, cuyo interés es por lo menos discutible muchas veces. Ahora bien: esa tendencia significa una degradación de la vida pública, que nos afecta a todos. No es sensato pasarla por alto o dejar que todo dependa de una improbable moderación espontánea de los medios de comunicación.

Ninguna ley va a solucionar todos los posibles conflictos. Seguramente los casos más problemáticos tendrán que resolverse en sentencias judiciales, y algunos extremos sólo podrán aclararse en la Suprema Corte. No sería poca cosa si el derecho a la privacidad e intimidad estuviese definido en alguna parte de un modo claro, explícito, más o menos completo.

Sumaria orientación bibliográfica

Lo que sigue es una lista mínima de lecturas aconsejables para aproximarse al problema de la privacidad desde diferentes perspectivas; vale la pena tomar en cuenta no sólo los textos jurídicos o la discusión filosófica (tal como aparece en Constant, Mill, Berlin o Hayek), sino también las miradas sociológicas e históricas (como en Dumont, Gay, Giddens o Habermas).

Berlin, Isaiah, *Liberty* (Henry Hardy, ed.) Oxford: Oxford University Press, 2002.

Constant, Benjamín, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », en Constant, *Écrits politiques* (Marcel gauchet, ed.), Paris : Gallimard / Folio, 1997.

Dewey, John, *Viejo y nuevo individualismo*, Barcelona: Paidós, 1984.

Dumont, Louis, *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid: Alianza Editorial, 1988.

Elias, Norbert, *El proceso de la civilización*, México: FCE, 1984.

Escalante Gonzalbo, Fernando, *El derecho a la privacidad*, México: IFAI, 2004.

Gay, Peter, *Schnitzler's Century. The Making of a Middle Class Culture: 1815-1914*, Nueva York: W. W. Norton, 2002.

Giddens, Anthony, *The Transformation of Intimacy, Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford: Stanford University Press, 1992

Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona: Gustavo Gilli, 1981.

Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1961, 2 vols.

Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid: Aguilar, 1981.

Morone, James A., *Hellfire nation. The politics of sin in American History*, New Haven: Yale University Press, 2003.

Park, Robert Ezra, *On social control and collective behavior*, Chicago: The University of Chicago Press, 1967.

Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*, México: Paidós, 2002.