

UNIVERSIDAD OLMECA

Rayz de sabiduría

Con reconocimiento de Validez oficial de estudios de la Secretaria de Educación Pública, según acuerdo No. 030496 de fecha 07 de octubre de 2003.

"PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SECRETO PROFESIONAL DE LA INTIMIDAD PERSONAL SOBRE SU INTERVENCIÓN POR EL ESTADO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN".

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESENTA

CESAR MANUEL LOPEZ TOSCA

Villahermosa, Tabasco. Septiembre de 2005

INDICE

INTRODUCCIÓN **4**
PREÁMBULO **7**
CAPITULO I **10**
DISPOSICIONES GENERALES DEL SECRETO PROFESIONAL **10**
1.1 CONCEPTUALIZACIÒN DEL SECRETO PROFESIONAL **10**
1.1.2 OBJETO DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO ***12***
1.2 El SECRETO PROFESIONAL **12**
1.3 DERECHO Y DEBER **14**
1.4 CLASIFICACION DEL SECRETO PROFESIONAL **15**
1.5. TEORÍAS QUE SUSTENTAN EL SECRETO PROFESIONAL **16**
1.6 TEORIAS QUE TRATAN DE EXPLICAR EL VÌNCULO ENTRE EL ABOGADO Y SU CLIENTE **24**
1.7 VÍNCULO JURÍDICO ENTRE EL ABOGADO Y EL CLIENTE **26**
1.8. TECNOLOGIAS Y PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS PARA OBTENER INFORMACION SECRETA. **28**
1.9 TIPOLOGÍA DE LA VICTIMA DE LA REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL **30**
CAPITULO II **34**
MARCO HISTÓRICO DEL SECRETO PROFESIONAL **34**
2.1 ANTECEDENTES GENERALES DEL SECRETO PROFESIONAL **34**
2.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO **36**
2.3 ANTECEDENTES EN AL HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO DEL SECRETO Y LA PROTECCIÓN A LAS COMUNICACIONES SECRETAS **37**
CAPITULO III **41**
MARCO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE SECRETOS Y LA INTIMIDAD EN MÉXICO **41**
3.1 DERECHO HUMANO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y ACCESO A LA INTIMIDAD POR PARTE DEL GOBIERNO ANTE EL NUEVO PANORAMA DE LA TECNOLOGÍA. **41**
3.2 DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EN MÉXICO Y VIOLACIÓN EN LAS COMUNICACIONES. ..**43**
3.3 LA LEY FEDERAL DE ACCESO Y TRANSPARENCIA EN AL INFORMACIÓN PUBLICA GUBERNAMENTAL **51**
CAPITULO IV **87**
CONFLICTO ENTRE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA INTIMIDAD PERSONAL, A SI COMO LA SALVAGUARDA DEL SECRETO PROFESIONAL EN LA ACTUALIDAD **87**
4.1.- BASES LEGALES QUE PROTEGEN LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL USO INDEBIDO DE ESTAS. **87**
4.2 INICIATIVAS DE LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN MÉXICO **92**

4.3 CONFLICTO ENTRE LA INTIMIDAD PERSONAL Y EL ACCESO LA INFORMACIÓN.....104
4.4 PROTECCIÓN DE DATOS EN MATERIA ELECTRÓNICA COMO FUENTE DEL SECRETO Y LA INTIMIDAD PERSONAL. 107
4.5 EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO 119
4.6. LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EN LA ERA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN 134
CONCLUSIONES..... 139
PROPUESTAS 143
BIBLIOGRAFÍA..... 145
GLOSARIO 149

INTRODUCCIÓN

México vive uno de sus momentos más difíciles en cuanto a la credibilidad de sus Instituciones, basado en la alta corrupción existente en el Servicio Publico y sobre todo en que ya no se confía en la seguridad que estas Instituciones nos puedan ofrecer, esto nos lleva a la reflexión de hasta donde influye el trabajo que los profesionales realizan en la vida cotidiana y en el ejercicio de su profesión en la sociedad contribuye a este fenómeno.

De ese modo es como se puede comenzar a plantear que es una obligación que el cumplimiento ético de los nuevos profesionales que pide esta nación se comporten a la altura de las circunstancias y correspondan a lo que la sociedad esta exigiendo, en este tenor es que el planteamiento del sigilo profesional tiene un papel fundamental en la fe, que los individuos depositan todavía en manos de otras personas.

Es de esta razón que el trabajo que se presenta hoy tiene como finalidad el buscar una protección eficiente de este derecho ciudadano a que se proteja su intimidad y con ello su seguridad jurídica.

La esfera jurídica de protección de Secreto Profesional es en ocasiones vulnerada de modo muy fácil a través de nuevos elementos que no se encuentran contemplados en nuestra legislación lo cual viene provocando un estado de indefensión en el individuo y la perdida de la poca fe que este ya tenia de las instituciones que le debían proporcionar seguridad.

A lo largo de este trabajo trataremos a grosso modo de explicar los riesgos a que se enfrenta el profesional ante el uso de la nueva tecnología en manos inadecuadas que solo buscan lucro no importando el daño que ocasionen en obtenerlo, como las nuevas tecnologías, van haciendo cada vez más fácil la invasión a la intimidad y con ello a los secretos que solo deberían ser parte del

individuo en su particularidad y de quien el decida.

Observaremos la evolución histórica que ha tenido la protección del Secreto Profesional pero sobre todo la manera de protegerlo en la actualidad y el prevenir en nuestra Legislación las posibles violaciones al secreto por parte de terceros a través de las nuevas tecnologías antes de que este sea irreversible.

Actualmente, el papel que juegan las técnicas de comunicación telemáticas frente a la sociedad, es dual, ya que por un lado, las tecnologías informáticas se han convertido en el instrumento más eficaz y eficiente para difundir los progresos del hombre; pero, por el otro, pueden convertirse en el ámbito más atentador de sus derechos y garantías.

El secreto es una institución jurídica que refleja la evolución de las costumbres y hábitos en una sociedad, ya que expresa con precisión la idea que uno tiene del hombre y sus relaciones con el entorno. El respeto al secreto individual está ligado al progreso y al respeto de los derechos del hombre en una comunidad.

De hecho, todas las reflexiones jurídicas, sociales o económicas contemporáneas, acaban por invocar la vieja razón de ser del Estado: la protección y el respeto del ser humano.

La cultura del derecho a la autodeterminación informativa. Ha llegado el momento de conscientizar a la sociedad sobre nuestros derechos en torno a nociones como derecho a la intimidad y la vida privada frente al manejo automático de la información, los potenciales daños y las violaciones de un manejo irresponsable producirá atentados graves a las garantías y libertades del hombre.

Dentro de esta cultura del derecho a la autodeterminación informativa, habrá que observarse los siguientes principios. El reconocimiento de cada

individuo del derecho a acceder a la información personal que le afecte, especialmente a la existente en los bancos de datos informatizados. El reconocimiento a cada individuo del derecho a controlar, de forma razonable, la transmisión de la información personal que le afecte.

Es fundamental que nuestra sociedad se conscientice en torno a los riesgos que representa, para el efectivo respeto de las garantías individuales y los derechos del hombre, el manejo de la información personal por medio de las tecnologías teleinformáticas, tanto en el ámbito de lo social, de lo económico y de lo político.

PREÁMBULO

Todo en esta vida tiene su tiempo y su momento: su antes y su después. Con precisión y exactitud, el sino se cumple y la maduración llega. En la formación de un Maestro, esta frase adquiere un sentido. Llegar a ser Maestro y Ser un Maestro, es un arte y una ciencia que se adquiere y que se debe vivir, para madurar y adquirir el refinamiento pleno que implica ser capaz de dar y darse a los demás por amor al mejor esfuerzo, al progreso de las ciencias y a la mejora de las condiciones de vida de nuestro entorno. Ser Maestro es un proceso evolutivo que marca profundamente la personalidad y genera cambios en la forma de ser, de conducirse, de vestir incluso, de elegir y de razonar. El conocimiento abre nuevas barreras de comprensión de lo humano y nos ayuda a tener una percepción más aguda de la realidad y de la forma en que podemos transformarla. El conocimiento da luz y esta a su vez, genera humanidad. Este proceso vivió con profunda dedicación, el Lic. César Manuel López Tosca, a cuya labor me honra escribirle un preámbulo.

El derecho a la protección de la intimidad es un tema nuevo e inexplorado en nuestro país. La regulación en materia de Transparencia Gubernamental que existe a nivel Federal y a la vez, la protección que la normatividad penal confiere al bien jurídico tutelado de la intimidad personales, han sido de vital trascendencia para el desarrollo del derecho positivo mexicano de la seguridad privada, apenas en formación en el México de la Transición. Este derecho es objeto de estudio y análisis en esta tesis que para obtener el Grado de Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Olmeca, presenta el licenciado César Manuel López Tosca, dilecto amigo y bellísima persona, quien ahora une a su faceta de poeta, escritor, artista, comunicador, abogado, una nueva actividad, la del naciente investigador del Derecho de la protección a la intimidad personal.

Cuando mi amigo César Manuel López Tosca inició este trabajo, se encontraba inspirado en las situaciones relacionadas con la guarda y custodia de

la ética profesional del abogado, la necesaria discreción que debe guardar hacia las necesidades y las confidencias del cliente que ha acudido ante él por asesoría jurídica, toda vez que estima que su Abogado domina esa Ciencia del Derecho, que aparenta ser tan oscura y tan enredada a los ojos de los profanos, y tan rica en matices a quienes aprenden a conocerlo y que, si lo ejercen con respeto, limpieza y honradez, se convierte en Arte y Ciencia Real, que inviste a quien lo ejerce del privilegio de llegar a ser un Maestro en su profesión. Pero que colma con el desprestigio y el deshonor a quien se vale de dichos conocimientos para explotar, extorsionar y agredir la intimidad del prójimo, así como denigrar a la Justicia corrompiéndola. Este aspecto es abordado con elegante sutileza y profunda experiencia humana por el sustentante de este trabajo de investigación tan arduamente logrado y de cuyo proceso de construcción y edificación he sido testigo presencial.

No obstante, este delicado y sutil trabajo también estudia con suma gentileza, la irrupción de la intimidad mediante el uso de medios tecnológicos de avanzada que pueden manifestarse a través de redes cibernéticas o mejor dicho, del muy conocido Internet. Quienes recurrimos a Internet como un medio para desempeñar sus actividades, debemos conocer cual es el nivel de seguridad al que debemos aspirar y hasta que punto debemos de confiar en dicho mecanismo para la transmisión de datos personales. El sustentante no solamente se contenta con exponernos el marco jurídico y su sentir respecto al derecho de la protección de la intimidad personal, sino que nos proporciona un listado muy importante de medios empleados para la realización de espionaje cibernético como lo son los virus creados artificialmente y los dispositivos de vanguardia al momento de revisión del documento final de la tesis que suelen ser empleados para la invasión de los secretos personales.

En esta nueva línea de investigación también destaca de forma sobresaliente, el tratamiento de la filtración de la medicación que, de acuerdo con

Olga Wormat, le es suministrada al C. Presidente de la Republica Vicente Fox Quesada y los datos relacionados con el divorcio eclesiástico su cónyuge la señora Martha Sahagún con respecto de su primer esposo. El Lic. César Manuel López Tosca nos da luces respecto a los límites que debe guardar la libertad de expresión frente a la intimidad personal y los linderos, que en el caso tan pormenorizadamente analizado, rozan los riesgos para la seguridad nacional. Toda vez, que debemos recordar, que la seguridad y estabilidad del titular del Poder Ejecutivo Federal son materia de Seguridad Nacional. Analiza este caso desde una perspectiva aún intocada en los medios de comunicación nacional y nos orienta hacia un enfoque diferente, más humano al plantearnos, lo que sentiríamos y pensaríamos todos si de nosotros se diera a conocer una situación de este genero.

Este trabajo es único en Tabasco. Es el primero de esta índole y consiste una garantía de que se ha formado y templado al calor del crisol un investigador muy prometedor, de alta calidad humana y profesional, cuya potencialidad a futuro todavía veremos. Auguro una larga carrera en este sentido al Lic. César Manuel López Tosca, excelente amigo, magnífico profesional y dedicado estudioso del Derecho Constitucional, campo en el cual nos dará luces y conocimientos ahora sí, como Maestro en Derecho Constitucional.

Es cuanto,

Sinceramente,

Maestra en Derecho Penal Cecilia Natalia Díaz Aguilar.

Villahermosa, Tabasco, Septiembre de 2005.

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES DEL SECRETO PROFESIONAL

En este capítulo, se abordara varios conceptos del secreto profesional, tipos, procedimientos y teorías que sustenten el tema en comento.
Por otra parte para poder definir el planteamiento que determinaremos durante el desarrollo de este trabajo debemos comenzar por definir los elementos de estudio del mismo por ello se necesita conocer la definición de secreto.

1.1 CONCEPTUALIZACIÒN DEL SECRETO PROFESIONAL

El Diccionario nos indica que el secreto profesional “es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”.

También menciona que el secreto profesional es “el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”.[1]

Escriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, señala respecto de los escribanos, que “se les llama secretarios, no sólo porque efectivamente lo son de los jueces y magistrados cuyas órdenes y decretos redactan, sino por razón del secreto que deben guardar en el desempeño de su oficio.”[2]

Para Roque Pondal, «es la obligación moral y profesional de guardar reserva de cuanto conozcamos y nos fuere confiado en el ejercicio de nuestro

[1] Varios Autores. (1.998). Diccionario Jurídico Venezolano D&F. Caracas: Editorial Texto. C.A. Tomo 1 –4.
[2] Idem

ministerio; aquello que sabemos a titulo confidencial o de otra forma y que llega a nosotros «de visu, et auditus, suis sensibus».[3]

Podría decirse, en términos generales, que consiste en no hacer público, o de conocimiento de terceros, aquellos hechos o circunstancias ajenas de las cuales se ha tomado conocimiento en razón del desempeño de la Función Profesional, ya sea por revelación de la parte, de terceros o por la propia actuación del profesional. Literalmente hablando, todo asunto que llega a nuestro conocimiento en ejercicio de nuestras funciones profesionales debe ser considerado siempre como confidencial y reservado. Cualquier indiscreción puede significar un daño, tanto más si la falta de sigilo fuere intencionada o maliciosa.

La prudencia y la reserva hacen el estilo de toda actividad profesional, dignifican la función y prestigian al funcionario otorgándole una solvencia moral indiscutida.

1.1.1 Concepto del Secreto Profesional.- Es también llamado silencio de oficio. Consiste en la información reservada o privilegiada que le confía el patrocinado o cliente a un abogado en razón del ejercicio de su profesión.

El secreto profesional no es un privilegio o prerrogativa, sino un deber de obligatorio cumplimiento, independientemente de sí de ello se derivan beneficios o perjuicios para el propio abogado o para el cliente.

Cardozo, (1.985) plantea: El secreto profesional del abogado tiene un triple carácter: natural, es el que abarca todo lo que debe mantenerse oculto, porque pertenece al fuero íntimo de la persona; confiado, el que abarca todo lo que el cliente le comunica con la condición expresa o implícita de que lo mantendrá oculto; y el de oficio que abarca todo aquello que el abogado se entera por razón

[3] Idem

de su profesión. [4]

1.1.2 Objeto del secreto profesional del abogado.- Son objeto del secreto profesional todas las circunstancias y situaciones conocidas por el profesional del derecho con motivo del ejercicio de su profesión. No es necesario que el abogado haya manifestado expresamente su promesa de guardar el secreto, pues ésta se considera implícita desde el mismo momento en que el cliente le hace su confesión. [5]

El abogado tiene un deber de fidelidad para con su cliente, debido a que no podrá revelar la información recibida con motivo del ejercicio de su profesión y mucho menos podrá usarla en beneficio propio o de un tercero y basta con que el abogado le dé una consulta o asesoría a la persona, aunque no se requiera la realización de otra conducta, como sería por ejemplo ejercer la representación de la persona en un juicio. [6]

1.2 El SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional es un deber del profesional, este le dice al profesionista que no tiene derecho de divulgar información que le fue confiada para poder llevar a cabo su labor, esto se hace con el fin de no perjudicar al cliente o para evitar graves daños a terceros.

El secreto profesional tiene que ver con el deber que deriva de la profesión en sí y en casos especiales como el Sacerdocio.

[4] Cardozo, M. (1.985). Ética en el Proceso Civil. Madrid : Editorial Paredes Editores.
[5] ibidem p. 145
[6] Idem.

¿Qué implica este secreto deontológicamente?; guardar secreto no es sólo no decir cosas, sino mantener una conducta discreta. Por otro lado, ¿qué implica guardar secreto?:

Guardar secreto de conversaciones.
Guardar secreto de documentos.
Guardar secreto de cosas que se han visto, de acciones…

¿Cuándo son secretas las reuniones o las conversaciones telefónicas? Cuando todos los interlocutores o participantes están de acuerdo con que lo sea. Con que uno solo discrepe ya no será secreto.

Se puede desvelar el secreto cuando si no se revela se puedan causar prejuicios irreparables o injusticias.

1.2.1 Donde esta la importancia de la ética Profesional.- El comportamiento ético no es un asunto exclusivo de los profesionales. Concierne, sin duda, a toda actuación humana; pero compromete con mayor énfasis a quienes han tenido el privilegio de una formación de nivel superior a costa de toda la sociedad que ha debido contribuir a ella y que espera, justificadamente, una actuación correcta de quienes han disfrutado de esa preferencia selectiva.

Sin perjuicio de sus fundamentos religiosos, la ética es un valor cultural, propio de la sociedad y el tiempo en que se vive. Esta es sólo su dimensión individual. También las profesiones tienen un fin social y éste consiste en servir adecuadamente cada una de las necesidades que la sociedad debe satisfacer para posibilitar el bien común. Así, las necesidades de educación, de salud, de justicia, de comunicaciones, de obras de ingeniería y arquitectura y tantas otras, encuentran cobertura en el correcto ejercicio de las respectivas profesiones.

1.3 DERECHO Y DEBER

La discreción y el secreto, en efecto, han de verse como una dimensión radical en la búsqueda de la verdad y en la comunicación, de modo que no podrá derogarse fácilmente ese derecho y deber de toda persona y de la sociedad. En cualquier caso, se ha de mirar en la formación de las conciencias a construir antes de nada un clima de veracidad, "que ha de entenderse como actitud de fondo.[7] A la que se oponen nerviosismo, desfachatez, la indiscreción en preguntar, el deseo de sensaciones o la simple curiosidad" (Premm-Bicklinger).

Por su parte, en particular, la sociedad deberá situarse como sujeto primero para garantizar junto a la información más amplia que sustraiga al peligro de subversiones, atentados, conjuras, otros., el respeto de la privacidad. Por tanto, nunca será lícita la corrupción, la delación, el uso arbitrario de viejas y nuevas tecnologías de información, aunque sea para ejercitar la justa vigilancia en beneficio del orden y de la paz. No será lícito, en nombre de la libertad de comunicación, la circulación de informaciones pornográficas y la delación o denigración escandalosa. Cualquier ámbito de la pública comunicación e información deberá encuadrarse en intervenciones legislativas que, sin ser censoras, habrán de responder a los criterios éticos.

A continuación se presentaran un conjunto de términos que en nuestra opinión resultan indispensables para lograr una comprensión más rápida y precisa de esta investigación, puesto que consideramos que con ello dejaremos claro cuál es la acepción de cada uno de ellos y a cuál se acoge esta investigación, evitándose así la equivocidad de los mismos, lo que resulta de mucha utilidad ya que son términos que se repiten durante el desarrollo de la investigación.

[7] Cabanellas, G. (2.001). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta. Tomo I – VIII.

1.4 CLASIFICACION DEL SECRETO PROFESIONAL

Desde el punto de vista moral existen tres clases de secretos: secreto natural, secreto prometido y secreto confiado.

1.4.1 E secreto Natural.- Es independiente de todo contrato, se extiende a todo lo que, ya sea descubierto por casualidad, por investigación personal o por confidencia, y no puede divulgarse. Aunque el depositario del secreto no haya prometido guardar secreto, ni antes ni después de habérsele manifestado el hecho o de haberlo descubierto, está obligado a callar, en virtud del precepto moral que prohíbe perjudicar a los demás sin motivo razonable.

1.4.2 El secreto prometido.- Este tipo de secreto nace de un contrato, de la promesa de guardar silencio después de haber conocido el hecho, ya sea por casualidad, por investigación personal o por confidencia espontánea o provocada. Un mismo secreto puede ser a la vez natural y prometido. Será natural cuando la cosa de suyo requiera sigilo, pero si además va acompañado de una promesa, también será prometido.

1.4.3 El secreto confiado.- También dimana de una promesa explícita o tácita hecha antes de recibir la confidencia de lo que se oculta. Se le comunica que previamente ha prometido, expresa tácitamente por la razón de su oficio o al menos de las circunstancias, guardar silencio, y le es participado lo que se mantenía oculto, añadiendo que se le revela confiado en su promesa bajo el sello del secreto. El secreto pasa entonces a ser estrictamente confidencial o profesional; confidencial, cuando la confidencia se ha hecho a un hombre que está obligado por razón de su oficio a prestar ayuda o a dar consejo. Profesional cuando se ha confiado, ya de palabra, ya en sus acciones, a un hombre a quien su profesión obliga a asistir a los demás con sus consejos o cuidados, por ejemplo: abogado, contador, médico, sacerdote, consejeros de oficio.

1.5. TEORÍAS QUE SUSTENTAN EL SECRETO PROFESIONAL

Por todos es conocido que el ejercicio de la abogacía se fundamenta en las diferentes disposiciones legales que garantizan la seguridad de una sociedad, pero también es cierto que el abogado no puede olvidarse de los principios y valores fundamentales del derecho, como lo son la justicia, la equidad, el bien común entre otros, que aún cuando no son considerados como fuentes directas o vinculantes del derecho, no puede negarse que contribuyen conjuntamente con la doctrina a formar el criterio jurídico de cada abogado, lo que le facilita al abogado en ejercicio la prestación de un mejor servicio y por consiguiente conlleva a una mejor relación con su cliente.

En vista de que la presente investigación pretende contribuir con la formación del criterio jurídico del abogado y por consiguiente con la Administración de Justicia, consideramos conveniente realizar un estudio general de los principios de la Deontología ya que en ésta se encuentran las reglas necesarias para que los deberes y los derechos del profesional y de los clientes tengan armonía y se logre el buen funcionamiento de las relaciones entre ambas partes.

La deontología contiene principios inspiradores que deben ser observados y aplicados en la conducta del profesional. Estos principios pueden resumirse en:

1.5.1 Principio universales de la deontologìa.- La deontología se caracteriza por dos principios universales que son aplicables a las profesiones intelectuales, dichos principios se refieren al comportamiento no técnico del profesional. [8]

Estos principios son:

✍✍Principio de obra según ciencia y conciencia: La ciencia se refiere

[8] Lega, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A. pag.283

al ejercicio efectivo de la profesión según las reglas técnicas de dicha profesión. Y la conciencia se refiere a la conciencia profesional que está vinculada con el conocimiento y la responsabilidad profesional. Entonces el profesional deberá actuar basándose no solamente en las normas técnicas de su profesión, sino también con conocimiento de las consecuencias de su aplicación e incluso fuera de los límites de su relación profesional, tomando en cuenta el interés del cliente y de la sociedad.

- Principio de la probidad profesional: La probidad se extiende a todas las profesiones intelectuales y libres. El deber del abogado de aplicar este principio de probidad profesional se extiende no sólo a su profesión, sino también a su conducta privada, ya que puede afectar de manera indirecta en su reputación personal y también rebaja el prestigio de su profesión.

1.5.2 Principios generales sectoriales.- Son aquellos principios que hacen referencia especial a una profesión en su función social.[9] Estos principios son:

- Principio de la independencia y libertad profesional: En cuanto al de independencia de la profesión, configura como uno de los bienes materiales de que es titular el ente profesional, que ha sido dotado del poder-deber de salvaguardarlo. En cuanto a la libertad profesional, ésta va referida a la libertad de auto-determinación del profesional de acuerdo a su comportamiento en el ejercicio de la profesión y a su libertad de comportamiento en relación con su cliente.

- Principio de la dignidad y decoro: Este principio encamina en su conducta profesional y privada al abogado, para que no influya

[9] Lega, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A. Pág.286.

negativamente en su reputación personal y tampoco disminuya el prestigio de la profesión, la que es reflejada por la generalidad de los ciudadanos que ejerzan dicha profesión.

Las conductas de indecorosidad e indignidad influyen en la esfera privada y algunas veces en la esfera familiar de la persona, cuando ciertos hechos íntimos sean del dominio público.

- Principio de información y de reserva: El principio de información va dirigido al deber que tiene el abogado de dar a conocer, al cliente y colegas interesados, la información que se refiere al caso cuyo patrocinio le ha sido confiado o al asunto que se le ha encargado. El abogado deberá pedir al cliente toda la información necesaria para ayudarlo y poder resolver el caso. La información dada deberá el abogado guardarla con discreción, reserva y diligencia.

- El principio de reserva: el abogado deberá no sólo mantener en secreto todo lo que haya llegado a su conocimiento con ocasión del ejercicio de su profesión, sino que también deberá tener una conducta basada en la reserva y discreción, a fin de inspirar confianza en las demás personas.

En principio, las confidencias que el cliente le haga al abogado sirven para la defensa de dicho cliente, por lo que podrían ser divulgadas; pero esto tiene una limitante, ya que el abogado deberá distinguir entre lo que es conveniente divulgar y lo que debe mantener en secreto.[10]

Por otra parte, consideramos que para estudiar el secreto profesional de manera sistemática y organizada, debemos partir de conocer lo que es el secreto en general, que bien podríamos definir como toda aquella información que se nos

[10] Código de Ética Profesional del Abogado Mexicano. (1.985).

confía con la advertencia de no divulgarla a nadie y que sólo la conocen uno sólo o unos pocos.

Antes de hablar del secreto profesional, convendrá decir cómo se guarda un secreto. No hay más que una manera de guardarlo: no diciéndoselo a nadie. En el mundo, el hombre más reservado y más discreto no confía los secretos a nadie, absolutamente a nadie más que a una sola persona, pariente o amiga de absoluta confianza que tampoco comunica lo que sabe a nadie... más que a otra persona de idénticas virtudes. La cual, a su vez, cuidará muy bien de no divulgar lo sabido y solamente lo participará a otra persona que jurará callarse como un muerto. En efecto, esta persona se dejará matar antes que decir lo que sabe a alguien... más que a otra persona por cuya fidelidad pondría las manos en el fuego. Ésta sólo se lo refiere a otra, y ésta a otra, y ésta a otra, y ésta a otra, con lo cual, dentro de los juramentos de la más perfecta reserva, acaba enterándose del asunto media humanidad. El que haya de guardar los secretos de esa manera hará muy bien no dedicándose a abogado.[11]

En nuestra opinión resulta muy acertado este comentario de Osorio, puesto que refleja la realidad de la cual somos testigos a diario en nuestra sociedad, donde al parecer reinan siempre los rumores, que generalmente son producto de esas informaciones que se confían a alguna persona a la que se le advierte que no debe revelarlo, quien desafortunadamente no sólo incumple con su compromiso, es decir, la divulga a terceros, sino que además le agrega detalles que mayormente tergiversan el contenido real de la información.

El ejercicio de muchas actividades profesionales implica, necesariamente, para quienes las desempeñan el tener que saber y conocer de parte de sus clientes algunos aspectos de su vida privada, pública o comercial, que asumen la calidad de íntimos y que, por lo mismo, nos les interesa que sean revelados o conocidos por terceros. Se hacen dichas confidencias por la sencilla razón de que

[11] Ossorio, A.(1.989). El Alma de la Toga. Buenos Aires: Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América

son imprescindibles para que el profesional pueda dimensionar el problema y responder en forma apropiada a la expectativa de solución que se le pide.

La resolución del asunto a satisfacción del confidente requiere que éste revele intimidades que de otra forma no haría.

Al profesional le interesa conocer el aspecto privado de la cuestión como una forma de imponer seriedad, responsabilidad y solvencia a su respuesta.

Y para que, entre cliente y profesional, exista la necesaria confianza que le permita a aquel explayarse libremente en sus consultas es condición que este último tenga la obligación, ética y jurídica, de ser celoso custodio de lo conocido en aquellas confidencias.

La obligación de guardar el secreto, dice Roque Pondal, "responde invariablemente al más agudo deber de lealtad para con quien deposita en nuestras manos su total confianza. Lo contrario es cometer el pecado de infidencia, una apostasía y una traición a la fe del pueblo". [12]

Dicho de otro modo, obedece la obligación de guardar secreto a razones más bien morales que jurídicas, pero que sin embargo, para ser suficientemente protegida necesita el reconocimiento legislativo que lo establezca formalmente e imponga sanciones al trasgresor.

1.5.3. El Secreto profesional ante la doctrina.- Como es lo propio ante todas las cuestiones importantes en la vida de relación entre los hombres, el secreto profesional no ha escapado al análisis teórico que han hecho los pensadores.

Sucintamente diremos que, en este aspecto, las corrientes doctrinarias se

[12] Ferrater, J. (1.969). Diccionario de Filosofía Buenos Aires: Editorial Sudamericana. Tomo 1.

han agrupado en dos concepciones.

Para un sector el Secreto Profesional responde sencillamente a un deber que nace en el momento mismo de convertirnos en depositarios de las confidencias de un cliente y nos vincula directamente a él, obligándonos a custodiar celosamente sus secretos, sin revelarlos a nadie.[13]

Para este grupo existe, atendida la calidad del prestador del servicio profesional y la confidencia subsecuente de parte del cliente, una especie de contrato o pacto tácito. No es necesario que el confidente previamente advierta al profesional que lo que va a confiar debe quedar protegido por la obligación de guarda. El solo hecho de desempeñar la función o ejercer la actividad profesional ya es suficiente garantía de que así ocurrirá.[14]

Dentro de este sector existe una variante en la que el contrato asume en cierto modo la forma de un depósito, de una locación de servicios, debiendo el profesional, en caso de violación, asumir las responsabilidades inherentes al depositario.

Por otro lado, un grupo doctrinario diferente postula que la confidencia y el deber de secreto asumen la forma de un contrato innominado, cuyas características propias son que el vínculo empieza y termina en el cliente. A nadie más que a él interesa la custodia de lo confiado. No existe otro interés comprometido más que el propio.[15]

Esta postura tiene importancia al momento de discutir si es posible relevar al profesional de la obligación de guarda. Para quienes así opinan, siendo el confidente titular del único derecho protegido, es obvio que éste puede autorizar al

[13] Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. "Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional", La Ley, 1.983, 23.-idem 3 4
[14] Bajo Fernández, Miguel, "El secreto profesional en el Proyecto d e Código Penal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XXXIII, 1980.
[15] idem 35

profesional receptor para su divulgación. Nadie más que él puede vislumbrar los efectos, perjudiciales o no, que pueda tener su conocimiento por terceros.

La segunda corriente en este campo desarrolla su tesis en un área bastante más amplia. Así, dice que si bien es cierto que el derecho a obtener el sigilo o privacidad interesa en primer lugar a quien afecta, existe además otro interés comprometido de mayor consideración. Aquí, se dice, está comprometido no sólo el interés particular, sino además y por sobre éste, el interés social.

El secreto confiado, para este sector, asume la característica de un bien común y la no revelación de él es una obligación de orden natural impuesta por el bien general.

Se dice que la investidura o calidad que tiene el profesional lo obliga no tan sólo con su cliente, sino también con la comunidad y en idéntico grado a la corporación a que pertenece.

Desde este punto de vista la violación al secreto profesional va más allá del estricto campo del derecho privado puesto que se compromete el orden público, escapándose de la esfera de dominio del confidente.[16]

Siendo la obligación de guarda un bien superior porque asegura a todos de todo, se dice que es precisamente en este aspecto en donde reside la solidez de la institución.

Por esta razón, si el confidente decide relevar al profesional de la obligación de guarda del secreto no debe éste en forma apresurada acatar esta decisión y divulgar aquello que sabía.

Deberá ponderar cuál es el interés superior comprometido, y además,

[16] Cortés Bechiarelli, Emilio, El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Madrid: Marcial Pons, 1998. 27.-idem 567

considerar el daño que pudiera hacerse a terceros comprometidos en el secreto entregado, porque muchas veces la confidencia no sólo involucra al confidente directo, sino también a muchos otros que se relacionan a lo que contiene el secreto.

Este sector doctrinario, en una posición quizás extrema, postula que lo anterior debe representárselo el profesional aun cuando sea requerido por la justicia, de tal manera que nadie ni nada pueda quebrantar su hermetismo.

De acuerdo a los criterios anteriores ya no sólo existe el interés particular comprometido y en que el dueño absoluto del secreto es la parte confidente, pues media también una cuestión de ética profesional que lo sobrepone.

La posición en comento, que es la que sustenta la doctrina Francesa y a la que en Argentina sigue J.B. Pondé, conjuga el doble aspecto jurídico del deber y del derecho.

Así, dice este autor, que frente al arraigado fundamento que ampara el interés particular, colocándonos un «deber» de lealtad hacia el mismo, juega con no menos ponderable gravitación el correlativo «derecho» que asiste a los profesionales a mantener incólume el problema ético que estudiamos.

En apoyo de esta tesis, cita Roque Pondal un fallo francés de 1827 cuando por vía de casación se modificó un fallo de la Cámara de Montpellier y se absolvió a un notario condenado por negarse a declarar sobre hechos acontecidos en su bufete. La tesis del tribunal de casación fue: «El notario a quien en esa calidad han sido confiados hechos en el secreto de su estudio, no está obligado a declarar en justicia, aunque las partes lo liberen de guardar el secreto.» [17]

[17] Ossorio, A.(1.989). El Alma de la Toga. Buenos Aires: Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América

1.5.4 Naturaleza del Secreto profesional del abogado.- Como señalamos anteriormente, el tema del secreto profesional implica una dificultad para captarlo en todas sus dimensiones, ya que para su apreciación requiere de muchas sutilezas debido a lo que representa esta materia en la vida profesional del abogado. Por ello, para lograr una adecuada compresión de este tema debemos primero conocer cuál es el vínculo jurídico existente entre el abogado y su cliente.

1.6 TEORIAS QUE TRATAN DE EXPLICAR EL VÌNCULO ENTRE EL ABOGADO Y SU CLIENTE

El vínculo puede explicarse estudiando estas teorías:

1.6.1 Teoría del contrato de mandato.- Según esta teoría, entre el abogado y el cliente lo que existe es un contrato de mandato, donde el abogado es el mandatario y el cliente es el mandante.

Crítica: En el mandato existe una obligación del mandatario de obedecer a su mandante, pero el abogado en su relación con el cliente se deshonraría al aceptar tal condición; por el contrario es el cliente quien debe obedecerle, o el abogado abandona la defensa.

1.6.2 Teoría del contrato de arrendamiento.- Esta teoría considera que el abogado está subordinado a una empresa donde se le paga un sueldo y debe cumplir sus órdenes.

Crítica: Esto sólo se les aplica a los abogados a sueldo, porque si se trata de abogados libres no se aplica.

1.6.3 Teoría del servicio publico.- Para esta teoría el abogado es un auxiliar de la justicia porque la administración de justicia es un servicio público.
Crítica: El abogado no puede considerarse como un prestador de un servicio público porque su función es meramente social.

1.6.4 Teoría de contrato sui generis o innominado.- Según esta teoría el abogado acepta defender a su cliente pero sin garantizarle resultados satisfactorios.

Crítica: El abogado ofrece y presta su servicio pero, sin garantía alguna de obtener un determinado resultado y, en consecuencia sólo puede exigírsele que ponga toda la diligencia necesaria para alcanzar un determinado fin y, aunque no logre alcanzarlo del todo, se considera que ha realizado la prestación a que se había obligado, ya que el resultado no depende sólo del abogado, sino que también influyen en él una infinidad de factores externos que escapan de sus manos.

1.6.5 Teoría del ministerio.- Según esta teoría la abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio. Por medio de esta teoría nos acercamos más a entender la relación existente entre el abogado y su cliente, ya que se basa en las nobles características de la abogacía que nos vienen desde el origen de dicho ejercicio, puesto que en un principio era una profesión de alto patronato, de protección, de confidencia, y el hecho de que ahora cobre honorarios y no siga siendo gratuita no rebaja su condición, ni su dignidad.[18]

Habiendo entendido esta última teoría podemos entonces acogernos a ella, para así explicar la naturaleza del secreto profesional, puesto que ella trata de esclarecer el origen de la estrecha relación que se da entre el abogado y su cliente, concluyendo que el abogado ejerce un ministerio, que bien podría compararse con el ministerio sacerdotal, en virtud del cual nadie podría dudar de la obligación que éste tiene de guardar silencio de lo que haya conocido en secreto de confesión.

De igual modo al ser la abogacía un ministerio, no podrá entonces el abogado divulgar la información que conozca con motivo del ejercicio de su

[18] Ossorio, A.(1.989). El Alma de la Toga. Buenos Aires: Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América

profesión.

Además, si consideramos que los fieles acuden al sacerdote con el fin de buscar ayuda para conseguir su paz espiritual o interna, no es menos cierto que el cliente acude a su abogado para que lo ayude a resolver algún inconveniente legal o para solicitar su consejo especializado sobre algún asunto en el que requiera de asesoría jurídica.

Adicionalmente, no puede descartarse esta teoría por el hecho de que el abogado cobre honorarios por prestar sus servicios; como tampoco podemos dudar del ministerio sacerdotal por el simple hecho de que el sacerdote cobre un estipendio por dar sus misas.

El secreto profesional tiene entonces, una condición moral y una jurídica; desde el punto de vista moral, existe el deber de guardar el hecho conocido cuando éste pueda producir resultados nocivos o injustos sobre el cliente de violarse el secreto. Desde el punto de vista legal, la obligación del profesional de guardar secreto está recogida por la mayoría de las legislaciones, aunque no en la misma medida, lo que nos indica la importancia del secreto profesional del abogado en el sistema de administración de justicia de un país.

1.7 VÍNCULO JURÍDICO ENTRE EL ABOGADO Y EL CLIENTE

Al respecto, el vínculo jurídico es la relación existente entre el abogado y el cliente. Dicha relación tiene tres puntos de vista, los cuales son:

- Desde el punto de vista jurídico: Son las obligaciones y derechos que se derivan para ambas partes por el contrato de prestación del servicio.[19]

[19] Lega, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

- Desde el punto de vista sociológico: Son los comportamientos que las partes desarrollan dentro de la relación profesional.

- Desde el punto de vista deontológico: Es el modo de actuar no técnico frente al cliente, es decir, el carácter personal de la relación, es la confianza dada por cada una de las partes, cliente-abogado, para que así pueda haber un mutuo conocimiento entre ellas.

El abogado debe guardar fidelidad al cliente, ya que éste confió en él revelándole sus secretos, hechos o informaciones necesarias para su defensa, en razón de su profesión. Además, el abogado deberá cumplir con los principios de probidad y reserva.

Por otro lado, no podemos obviar las relaciones del abogado con el ente profesional que vienen a ser aquellas relaciones jerárquicas de subordinación particular, que se establecen entre los inscritos en el registro y el ente profesional; esta relación está basada en la inserción del profesional en la comunidad organizada, donde el inscrito asume la cualidad de miembro.

Estas relaciones se clasifican desde tres puntos de vista:

- Desde el punto de vista jurídico: Las relaciones tienen un carácter de democracia.

- Desde el punto de vista sociológico: Se contraen, entre ambas partes, deberes de colaboración, respeto y fidelidad.

- Desde el punto de vista deontológico: Los miembros deben tener un comportamiento de lealtad hacia el ente profesional, es decir, no tener un comportamiento contrario a los intereses del ente

profesional.[20]

El ente profesional permite al inscrito el ejercicio de sus derechos e independencia pero, también le exige comportamientos voluntarios de colaboración.

Dentro de las relaciones del abogado no podemos olvidar las relaciones que éste debe mantener con los Magistrados y demás colegas en general; según las cuales, el abogado deberá comportase con espíritu de compresión, con respeto, solidaridad exigiendo a sus colegas, y también al magistrado, comportamientos análogos.

1.8. TECNOLOGIAS Y PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS PARA OBTENER INFORMACION SECRETA.

Una vez explicado cual es el secreto profesional y su motivación debemos abocarnos a la violación que se hace del mismo a través de los medios electrónicos, existen diferentes métodos para acceder a la información existente en una base de datos particular y aun en las más vigiladas dentro del sistema.

Las recientes incursiones que se han dado al sistema de información en le pentágono y otras a grandes compañías como la time Warner nos dejan ver el frágil escudo que se puede tener para la protección de los archivos de uso secreto y personal.

Los métodos mas utilizados que se han visto hasta ahora están ligados a cuatro vertientes las ondas satelitales, las líneas telefónicas y la que se da en mayor escala que sin duda alguna es la Internet, a través de estos cierto grupo de individuos han logrado acceder a información clasificada, al grado de modificarla y

[20] Lega, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

desaparecerla dañando a la persona poseedora de la misma, degenerando en daños económicos, personales y en ocasiones de seguridad nacional al intervenir en el mercado global y sobre todo al dañar la estabilidad económico-comercial del globo.

Las violaciones a la privacidad y al secreto profesional se pueden dar ya sea por la incursión de micrófonos, grabadoras, cámaras de videos, receptores de alta frecuencia, lectores, cámaras fotográficas, cámara de lente infrarrojo, siendo cada una de estas en su origen utilizados como material para resguardar la seguridad de los estados a través de los bien llamados espías, practica muy utilizada en el pasado siglo XX dándose con mas forma durante la segunda guerra mundial, pero sin lugar a dudas mas durante la denominada guerra fría, entre el bloque socialista comandada por la desaparecida unión soviética y el denominado mundo occidental cuya cabeza se encontraba en los Estados Unidos de América, aquí fue donde se lograron dar los mayores avances en cuanto a la tecnología de violación de secretos dando como pretextos el mantener la seguridad de los países. De ahí nacieron las grandes cámaras de grandes distancias cuya finalidad era observar y tomar fotografías de objetivos que estuvieran en lugares apartados o inaccesibles, la cámara infrarroja que permite observar no solo en la oscuridad sino también en sus nuevas versiones ver objetos que emiten calor a través de paredes, los receptores de sonido que sin necesidad de tener un micrófono en el lugar puede hacer que se escuche las platicas que tiene una o varias personas a través de las paredes, todos estas herramientas tecnológicas aunque parezcan de ciencia ficción se utilizan para poder escudriñar en la vida de los individuos.[21]

Por otro lado las vías de comunicación como el teléfono y el telégrafo en sus versiones fijas, inalámbricas y móviles son también una fuente para poder descubrir ciertos niveles de secretos que se hablen o se envíen por cualquiera de estos medios, los más habituales elementos utilizados para este fin son:

[21] E. KELI DAVID, Manual del practicante de derecho en el mundo del terrorismo, time-Warner ed

- La conexión alterna directa al teléfono o telégrafo para escuchar todas o cada uno de los mensajes o llamadas que sean emitidos o enviados a ese teléfono.
- La conexión directa a la fuente, esta al igual que la primera conocerá de todas las llamadas salidas y entrantes no solo de un teléfono sino de todos los de una zona, sucede también con el telégrafo.
- La intervención telefónica. Esta se puede hacer desde la fuente o con un receptor directo al cable de teléfono.

Por su parte en el mundo actual el medio de comunicación mas utilizado el conocido como Internet, que tiene por su fácil manejo, acceso, capacidad y actual propagación en sí mismo al más viable de los medios para enviar y recibir información pero también para conseguirlos, a través de este se puede enviar desde las más simples charlas entre amigos, las tarjetas de felicitación más recurrentes, la música o películas del momento así como las cosas mas aberrantes que el ser humano pueda crear, también se envían cuentas bancarias, datos profesionales, documentos confidenciales tanto empresariales como particulares, pero sobre todo el acceder a los archivos de cualquier computadora conectada a la red, es aquí donde encontramos el mayor numero de creaciones destinadas a irrumpir en los bancos de datos para hacerse de la información que en ellos se encuentran.[22]

1.9 TIPOLOGÍA DE LA VICTIMA DE LA REVELACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

Los médicos, desde Hipócrates, juran preservar en la secrecía todo lo relativo a sus pacientes y esto constituye un valor tradicional de la profesión médica y forma parte de todos los códigos y declaraciones de carácter ético en la historia de

[22] Idem.

la medicina. El secreto médico puede ser derogado sólo cuando está en juego algo más importante, como puede ser la salud de otras personas (enfermedades infecciosas, por ejemplo) o ciertos procesos legales. Solamente en estos casos el médico puede revelar lo estrictamente indispensable; pero deberán callar todas las otras confidencias del paciente. En muchas ocasiones bastará denunciar genéricamente los casos de enfermedad, sin revelar el nombre de los enfermos.

Los abogados, por su parte, lo establecen así: “Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en absoluto aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho ante los jueces y demás autoridades. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y, con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello”.

Aunque con la salvedad de que: “Cuando un cliente comunicare a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no quedará amparada por el secreto profesional y el abogado deberá hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

En el Derecho de la Iglesia, el llamado “sigilo sacramental” es inviolable y el confesor que no respeta el secreto de la confesión incurre en excomunión automática. Esto implica también para el confesor “la exención de la obligación de responder en juicio respecto de todo lo que conoce por razón de su ministerio, y la incapacidad de ser testigo en relación con lo que conoce por confesión sacramental, aunque el penitente le releve del secreto y le pida que lo manifieste”.

En el caso de los periodistas, aunque se ha discutido mucho el asunto de si se les puede obligar o no a revelar la identidad de sus fuentes, la situación no es tan clara como la de médicos, abogados y sacerdotes, quienes tienen la facultad de manejar con absoluta reserva la información sobre sus pacientes, sus casos y sus

confesados.

De hecho, numerosos periodistas en México han sido llamados a declarar ante jueces y Ministerios Públicos, lo que, como criticó alguna vez José Luis Soberanes, titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, “pone al descubierto que se trata de una investigación deficiente y a la vez carente de medios para obtener otro tipo de pruebas o evidencias”.

He de allí que determinamos que los sujetos obligados al resguardo del secreto profesional afectan directamente a dos vertientes, al Estado como ente que vigila las vías de comunicación al valerse de medios electrónicas violando con esto un área de orden federal, pero sobre todo el ataque directo al individuo que se ve afectado directamente por la acción.

Este se puede diferenciar entre la persona dueña de la información quien es el que la deposita en manos de un intermediario el cual a su vez es el segundo perjudicado dado que es él quien al final de cuentas ha perdido la información o quien ha sido birlada, poniendo en entre dicho su reputación y su trabajo al ver perdida sus fuentes de información y sobretodo su credibilidad.

Los sujetos directos u origen son aquellos que piden la prestación de un servicio profesional ya sea de de tipo personal o empresarial así como bursátil, en ocasiones como testigo o fuente fidedigna de información; por otro lado los otros afectados directos son los profesionales contratados, empresas o firmas y hasta el mismo Estado, a sí como los que solo sirven como trasmitidores de la información como son los medios de comunicación.
Ambos sujetos se ven afectados de igual forma y son del mismo modo perdedores en el delito de revelación de secreto profesional.

Esto se ve reflejado en la evolución histórica del secreto profesional como

se vera a continuación y como según se ha visto, el secreto constituye un importante auxilio para el eficiente ejercicio de cualquier actividad profesional.

Es necesario como una manera de permitir entre confidente y receptor la sinceridad indispensable para encontrar la respuesta adecuada a la consulta o la duda que se plantea.

El ejercicio de la función del Abogado, aunque aparezca como al margen del secreto, no es en ningún modo ajeno a él. Por el contrario, múltiples razones aconsejan la privacidad.

Como dice un autor, la obligación de guarda del Secreto Profesional, para el Abogado, asume la misma importancia que en el médico, el sacerdote o el notario en casos delicados y de extrema urgencia.

El fundamento de esta institución reside en aspectos superiores que interesan a la comunidad como una forma de resguardar la privacidad y asegurar al confidente la invulnerabilidad de sus revelaciones.

CAPITULO II

MARCO HISTÓRICO DEL SECRETO PROFESIONAL

2.1 ANTECEDENTES GENERALES DEL SECRETO PROFESIONAL

El tema del secreto en las profesiones ha tenido un tratamiento desde antiguo en las diferentes costumbres y legislaciones.

Para muchos analistas del tema el secreto impuesto a determinadas actividades deviene de la época de los romanos. Por supuesto, aplicado en términos generales primero y luego en forma más específica a ciertas profesiones.

Refiere J. B Pondé que por esa época existían dos formas de explicar la existencia de este secreto profesional: la «conmiso», en virtud de la cual la obligación de secreto se imponía debido a la existencia de una convención anterior a la confidencia, lo cual hacía convertir el acto de confidencia y recepción en una especie de pacto.

La otra forma era la “promiso”, que al revés de lo antes señalado suponía que primero se entregaba la confidencia y luego, inmediatamente de recibida, nacía para el depositario, por el solo hecho de la confidencia, la obligación de no revelarla.

En el Corpus Juris del Derecho Romano, Digesto, (Ley 25 de Test. XXII, V) se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de abogados, procuradores y escribanos.

En lo que se refiere a los notarios, las leyes Alfonsinas (año 1265) exigían a

los escribanos que fuesen leales, buenos y hombres de confianza, “de guisa que los testamentos é las otras cosas que les fueren mandadas escreuir en poridad que las non descubran de ninguna manera” Ley 2a. titulo 19 de la Partida Tercera.

La obligación de guarda de secreto era tan valorada, protegida, y tan grave su violación que según versión de Diodoro Seculo, los egipcios cortaban la lengua al infidente considerándolo como un prevaricador o falsario.

Los persas, dice Anniano Marcelino, otorgaban la pena de muerte en estos casos. Del mismo modo lo hacían los romanos según Valerio Máximo.

Para Chaveau y Hélie, el profesional como el sacerdote, recibe en el ejercicio de su ministerio las confidencias de las partes, y debe considerar estas confidencias como un depósito inviolable. La confianza que sólo su profesión atrae, sería una detestable emboscada si pudiera abusar de ella en perjuicio de sus clientes; el secreto es por tanto, la primera ley de su profesión; si la infringe, prevarica.

Para Merlin, “la discreción es una cualidad esencial en el profesional depositario de la confianza de sus clientes, y a menudo de sus mas importantes secretos; traicionaría indignamente su ministerio si abusara de esa confianza.”

Arata, citado por Carlos Gattari, dice que los tres deberes capitales del notario son la veracidad, la lealtad y la custodia del documento, siendo sus respectivas antítesis la falsedad, la violación del secreto profesional y la destrucción, violación u ocultamiento del documento público.

El mismo Gattari señala que los delitos más cercanos al notario son aquellos contra la fe pública y la violación del secreto.

2.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Para Cabanellas, (2001): La profesión de abogado surge desde la primera división del trabajo, y a partir de la existencia de reglas obligatorias de conducta que era necesario interpretar o cuyo cumplimiento se exigía. Los griegos y los romanos conocieron esta profesión y, en el Nuevo Testamento, Jesucristo es presentado como abogado, dispuesto a llevar la nueva causa de las almas. Atenas fue la primera escuela del Foro, y Pericles el primer abogado profesional; ya que los griegos, al comparecer ante el Arcópago o ante los demás tribunales, acostumbraban a solicitar el concurso de oradores famosos, con objeto de dar más fuerza a la acusación o a la defensa. Han sido excluidas en todos los tiempos de practicar la abogacía las personas declaradas infames.

En Roma las mujeres desempeñaron la profesión de abogado hasta que les fue prohibido por edicto, debido a que Caya Afrania, era demasiado viva de genio, acostumbraba a molestar al pretor con la violencia de sus arengas. Solamente se les permitió abogar por sí mismas.

El traje de los abogados romanos era la toga blanca, y la edad mínima exigida por el Digesto, para ejercer la abogacía, era de 17 años. Los nombres de los abogados autorizados para actuar en los tribunales se inscribían en una tabla, por orden correlativo de su admisión, y podían ser borrados de ella por justa causa, cuando cometían alguna falta.

En España Alfonso, el Sabio, honró la profesión de los letrados: erigió la abogacía en oficio público y estableció que no podría ser ejercida por nadie sin preceder examen y aprobación por el Magistrado, juramento de desempeñar bien el cargo e inscripción de su nombre en la matrícula de abogados.

El mismo texto alfonsino justificaba la necesidad de la abogacía especializada para sostener a los litigantes, de manera que “por mengua de saber razonar, o por miedo, o por vergüenza, o por no ser usados de los pleitos, no pierdan su derecho”. Quedaban excluidos de ese ejercicio los locos, los sordos y los pródigos. Además, en posición antifeminista muy de la época, se excluía de abogar a las mujeres; por no ser “decoroso que tomen el oficio de varón” y porque, “cuando pierden la vergüenza, es fuerte cosa de oírlas y de contender con ellas” (Tomo I. p. 35).

2.3 ANTECEDENTES EN AL HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO DEL SECRETO Y LA PROTECCIÓN A LAS COMUNICACIONES SECRETAS

La protección jurídica de las comunicaciones y el problema de su intervención, no es nuevo. Así lo demuestra una de las ordenanzas del entonces Rey Don Carlos IV, por virtud de la cual, el Superintendente General de Correos de España, podría ordenar la apertura de cartas en los casos que hubiere alguna sospecha fundada. En el derecho patrio, podemos hallar como antecedentes de protección de las comunicaciones, los siguientes: El proyecto de reforma de 30 de junio de 1840, contiene en la fracción XIII, del artículo 9, el derecho del mexicano de no ser cateado en su casa ni sus papeles, sino en los casos y con los requisitos prevenidos literalmente en las leyes. Si se atiende a la fecha del proyecto, resulta fácil concluir que la comunicación por excelencia de la época, era el correo y utilizando una interpretación extensiva, que en el caso de derechos es permisible, considero que tal proyecto y disposición en especial, brindaba protección a las comunicaciones privadas.

El artículo 9 del proyecto de la Constitución Federal Mexicana de 1857, permitía la detención de la circulación de la correspondencia privada y los demás papeles que circulaban por las estafetas por grave interés de la causa pública. Lo subjetivo de esta determinación, fue la condena de su fracaso, toda vez que no

era posible dejar a la apreciación de una autoridad de correo, cuando una circulación era de grave interés para la causa pública; lo que motivó a que tan sólo se recogiera en esa Carta Federal, la protección de la correspondencia que bajo cubierta, circulara por las estafetas, en su artículo 25.

El Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos vigente desde el Año de 1884, en su capítulo VI, denominado "Inviolabilidad de la correspondencia", recogía la garantía del secreto de la correspondencia y el artículo 248 del citado Código, nos da muestra de ello al disponer: "El respeto a la inviolabilidad de la correspondencia, es el primero y más sagrado de los deberes de todo empleado de correos en el desempeño de su cargo". Se penaba la acción del empleado postal que abriera una comunicación, así como la del encargado de la administración que omitiera tomar las precauciones necesarias para hacer efectiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia.

El artículo 25 de la Constitución del '57, sobrevivió de manera independiente en la Constitución de 1917, para posteriormente pasar a formar parte del actual artículo 16 de la Constitución vigente. La garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones, pertenece al grupo de las garantías de libertad.

En el ámbito penal, la tutela de las comunicaciones presenta problemas de concurrencia de normas, por la vaguedad e indefinición de algunos conceptos, aunado al avance tecnológico que dejó atrás a la dinámica legislativa. Por ejemplo, el artículo 210 del Código Penal Federal, establece la penalidad y el tipo básico del delito de revelación de secretos, el cual dspone: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pudiere resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto". Por su parte, la Ley de Vías Generales de Comunicación de 30 de diciembre de 1939, castiga en su artículo

571, con las mismas penas para el delito de revelación de secretos, al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes, noticias o informaciones que escuche y que no estén destinados a él o al público en general.

El artículo 576, establece una penalidad de un mes a un año, al que indebidamente abra, destruya o substraiga alguna pieza de correspondencia cerrada, confiada al correo. Por último, el artículo 578, prevé que a los empleados de comunicaciones eléctricas y postales que indebidamente proporcionen informes acerca de las personas que sostengan relaciones por esos medios de comunicación, se les aplicarán de diez días a tres meses de prisión y quedarán, además, destituidos de su cargo.

Es hasta el año de 1981, cuando en el Código Penal Federal, se establece una penalidad para aquéllos que dolosa e indebidamente intervengan la comunicación telefónica de terceras personas, al adicionar al artículo 167, la fracción IX, como hemos constatado que lo que plantean los textos legales, el Código de Ética e incluso la propia universidad son la descripción de un profesional ideal, con una probidad extraordinaria, más que un ejemplo a seguir.

Nuestra intención ha sido la de describir cuáles son los lineamientos que prevén los distintos textos en esta materia sobre cómo debe comportarse y responder ante el diario vivir el profesional del derecho para ser considerado como un auténtico profesional de las ciencias jurídicas.

Los modales también son un toque distintivo en un abogado, son detalles que dejan huellas enormes en la referencia que cualquier persona pueda tener del mismo.

Es de este modo que el Abogado tiene dentro del margen de la ética el deber de resguardar el secreto que se le ha sido conferido así como el no utilizar tácticas

deshonestas valiéndose de las nuevas tecnologías para obtener información reservadas para otros o pertenecientes a colegas, resguardando con ello la ética y el buen nombre de la profesión.

CAPITULO III

MARCO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE SECRETOS Y LA INTIMIDAD EN MÉXICO

3.1 DERECHO HUMANO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y ACCESO A LA INTIMIDAD POR PARTE DEL GOBIERNO ANTE EL NUEVO PANORAMA DE LA TECNOLOGÍA.

Aunque las Leyes de Revelación Financiera Pública dan un ejemplo notable del conflicto entre acceso e intimidad personal, todas las leyes de gobierno abierto enfrentan este conflicto. Considérese, por ejemplo, la Ley de Libertad de Información. Mucha de la información contenida en documentos gubernamentales no la genera el gobierno, sino que, más bien, se la proveen al gobierno terceras personas. Además, la información generada por el gobierno puede concernir a actividades o características de los individuos. En consecuencia, es probable que muchos documentos y registros del gobierno contengan cantidades substanciales de información que tiene implicaciones en la intimidad personal de los individuos.

La Ley de Libertad de Información, atiende este conflicto entre acceso e intimidad personal autorizando la retención de documentos cuya publicación constituiría una invasión claramente injustificada de la intimidad personal. Esta excepción protege la intimidad personal, pero crea un equilibrio en favor del acceso a materiales que permiten examinar las operaciones del gobierno; porque la excepción requiere demostrar que la revelación debe conducir a una invasión claramente injustificada de la intimidad personal. Debido a la relación existente entre la Ley de Libertad de Información y la Ley de Intimidad Personal, la mayoría de las autoridades considera que la información cubierta por la exepción por motivo de intimidad personal que establece la Ley de Libertad de Información, también queda cubierta por las protecciones de la Ley de Intimidad Personal. Por

lo tanto, los funcionarios federales carecen de discreción para publicar documentos cubiertos por la excepción de intimidad personal.

La revolución electrónica puede ser vista como una amenaza a la conciliación entre acceso e intimidad personal. La facilidad de acceso que ofrece la Internet y la función del gobierno como diseminador de información pueden aumentar la probabilidad de que haya violaciones de la intimidad personal. Algunos críticos sostienen que la Ley de Libertad de Información Electrónica reduce las protecciones legales y prácticas de la intimidad personal. La resolución legal del conflicto entre intimidad personal y acceso requiere una evaluación cuidadosa del alcance de la protección de la intimidad personal y las justificaciones del acceso. La solución, sin embargo, puede ser imposible de alcanzar si el conflicto se considera una opción entre valores inconmensurables.

Desde otra perspectiva, tanto el acceso como la intimidad personal son importantes para la rendición de cuentas democráticas. La protección de la intimidad personal le plantea al individuo la opción de hablar y de cómo hablar, en diferentes lugares y en diferentes ocasiones y, por ende, respalda el derecho a la libre expresión. La protección de la intimidad personal también sostiene el derecho a la libre asociación. Por ejemplo, durante el movimiento de los derechos civiles en el sur de Estados Unidos en la década de 1960, la revelación pública de las lista de miembros de la Asociación Nacional por el Progreso de las Personas de Color habría desalentado la afiliación a ese grupo y socavado el derecho a la libre asociación, que es uno de los fundamentos de la rendición de cuentas política.[23]

En Intimidad Personal y Libertad, libro que marca un prototipo en esta materia, Alan Westin pone de relieve la relación que hay, en los gobiernos democráticos, entre acceso e intimidad personal. De hecho, define la democracia y el autoritarismo en términos de la política de información. A los gobiernos autoritarios los identifican el acceso fácil a la información sobre actividades de los ciudadanos

[23] Transparencia - Los Mecanismos: Gobierno Abierto Y Rendición De Cuentas Robert G. Vaughn Colegio De Derecho De La American University

y las extensas limitaciones a la capacidad de los ciudadanos de obtener información acerca del gobierno.[24] En contraste, los gobiernos democráticos se destacan por las restricciones significativas a la capacidad del gobierno de obtener información acerca de sus ciudadanos y por el acceso fácil de los ciudadanos a la información sobre actividades del gobierno.

En lugar de estar inexorablemente en conflicto, el acceso y la intimidad personal se entrelazan ambos con la rendición de cuentas democrática

3.2 DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS SECRETOS EN MÉXICO Y VIOLACIÓN EN LAS COMUNICACIONES.

De la comunicación privada podemos observar las circunstancias siguientes en que se ha desarrollado la historia contemporánea de México, pueden considerarse como difíciles, debido principalmente a la ya perenne crisis económica. En materia política y criminal, la intervención de las comunicaciones privadas es tan habitual, que los actores de cada campo, buscan la manera de evitar las escuchas, en tanto que el materialismo tecnológico ofrece a unos y otros, los mayores adelantos para intervenir y para evitar intervenciones.

Considerando que la llamada delincuencia organizada ha utilizado diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones, el Ejecutivo consideró necesario reformar la Constitución, para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas. El término tan amplio, se decidió para abarcar todo el género que sobre la materia se puede presentar (telefonía convencional, celular, radio, mensajería, paquetería, telex, fax, correo electrónico, etcétera). La iniciativa enviada a la Cámara de Diputados por el Presidente de la República, Ernesto Zedillo, pretendía

[24] Idem Pág.108

que dicha intervención sólo se autorizara en tratándose de delitos graves y de delincuencia organizada.

En dicha iniciativa, se pretendió incluso, la colocación de aparatos de registro ambiental, como son los micrófonos. Esta intención, representaba una serie de dificultades, como el hecho de que la autoridad que los colocara, debería hacerlo en la clandestinidad y de manera furtiva para evitar que los sujetos de la intervención, no lo supieran; pero para el caso de acceder a una oficina, establecimiento u hogar, deberían contar con la respectiva autorización judicial.

Cuando la iniciativa llegó a la Cámara de Diputados, rápidamente se establecieron dos posiciones: La primera, que sostenía que una reforma al artículo 16 de la Constitución General de la República, resultaba innecesaria, si se atendía al primer párrafo del mencionado artículo que dispone "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento". En consecuencia, según esta posición, al autorizar la misma Carta Magna los actos de molestia en la persona y en el domicilio, mediante escrito fundado y motivado, la intervención de las comunicaciones privadas podría realizarse apegándose a este mandato federal. La segunda posición, alertó sobre la necesidad de autorizar de manera expresa, esta facultad a fin de evitar interpretaciones equívocas. Triunfó ésta última, aún cuando no obtendrá su finalidad de evitar distorsiones.[25]

La Cámara de Senadores, después de variar el dictamen de la Cámara de Diputados, aprobó la minuta que, de acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 105 de la Constitución Federal, fue revisada por los Congresos Estatales para su ulterior aceptación y final publicación ocurrida el 3 de julio de 1996, para quedar de la manera siguiente:

[25] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Porrúa, México, 1999

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente,[26] podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.[27]

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Con esta reforma, la comunicación privada en general, y ya no sólo la de correo, alcanza el grado de garantía individual, al establecer que aquélla es inviolable.

Surge la inquietud del porqué el Legislador tan sólo permitió que la Autoridad Judicial Federal, sea la que conozca de las peticiones para intervenir una comunicación privada. ¿Es acaso que en México, existen diversos tipos de justicia? ¿El propio Estado desconfía de la capacidad de los Jueces de Primera Instancia y por ello, prefiere apoyarse en la Autoridad Judicial Federal?

Esto resulta interesante, si atendemos a que son dos los tipos de autoridades que, de acuerdo a esta Reforma, pueden solicitar la autorización:

[26] ibidem
[27] ibidem

1. Cualquier autoridad federal, que determine la ley.
2. El titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente.

Respecto de la primera, podríamos pensar en el Procurador General de la República, necesariamente. Pero es posible que la ley secundaria, en este caso, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, permita que se realice esta petición, hasta por un Agente del Ministerio Público Federal.

En el segundo caso, se permite que tal petición la formule el Procurador General de Justicia de un Estado. Entonces: ¿Porqué la Constitución limita, en el caso de los Estados, a que tan sólo el Procurador realice la petición? Además ¿acaso no la iniciativa estaba enfocada al ataque de delitos federales, cometidos por la Delincuencia Organizada, como son el narcotráfico? En consecuencia, la intervención de las comunicaciones privadas, también se podrá autorizar en tratándose de delitos del orden común.

Los requisitos constitucionales de la petición de intervención

1. Que se formule por escrito.
2. Que funde y motive las causas legales de la solicitud.
3. Que se exprese el tipo de intervención.
4. Los sujetos de la misma.
5. Su duración.

Respecto de los dos primeros requisitos, debe decirse que el Proceso Penal Patrio, es escrito y no oral; además que, el legislador impone por tercera vez en un mismo artículo, una obligación a la autoridad, de fundar y motivar, no obstante que el primer párrafo del artículo 16 constitucional ya lo menciona. La segunda vez en que lo hace el artículo en cita, es en lo relativo a la obligación de fundar y motivar las órdenes de detención libradas por el Ministerio Público. Empero, en el caso reviste una situación

especial. Al fundar la Autoridad competente una petición de autorización de intervención, considero que no existirá problema.

El tercer requisito, consiste en manifestar el tipo de intervención, lo que desde luego, significa que la Autoridad deberá precisar al Poder Judicial Federal, el objeto a intervenir: teléfono, fax, radiolocalizador, correspondencia, etcétera.

El cuarto requisito, se refiere a precisar los sujetos materia de la intervención, lo que dará lugar a serias discusiones, sobre todo, cuando la autoridad investigadora, desconozca inclusive, los nombres de las personas cuya comunicación desee intervenir.

El quinto requisito es el manifestar el tiempo de duración, que la Constitución no establece ni limita, pues ello fue labor del legislador secundario, como se verá en su oportunidad.

Esta intervención, tiene excepciones en las siguientes materias:

a) Electoral,

b) Fiscal,

c) Mercantil,

d) Civil,

e) Laboral,

f) Administrativo y,

g) Las comunicaciones del detenido con su defensor.

Lo anterior, nos remite necesariamente a concluir que las intervenciones sólo se realizarán en la materia penal. Pero aquí existe una omisión trascendental. La iniciativa presidencial estaba orientada a obtener la autorización de la intervención de la comunicación privada, para tener un

elemento más en contra de la delincuencia organizada. En consecuencia, otra de las acepciones que debieron manejarse en la minuta, fue que tal intervención sólo procedería en casos de delincuencia organizada. Al no ser así, en cualquier delito, en cualquier caso, la autoridad no podrá pedir la intervención de la comunicación privada.

Otra de las aristas jurídicas que presenta esta reforma, es la relativa al valor probatorio de las intervenciones. Tratándose de objetos fácticos como los documentos o la paquetería, no existe problema respecto de su naturaleza. Pero, tratándose de la intervención de llamadas telefónicas; ¿que tipo de prueba constituirán en el proceso penal nacional? ¿Documental? ¿Testimonial? ¿Confesión calificada divisible? Además, en el caso de que se transcriba y se ofrezca como documental, ¿cómo se perfeccionará? ¿A través de una pericial en fonometría? ¿Y si el probable responsable se resiste, se le puede obligar a hablar para la toma de la prueba?

Ahora, ¿qué pasa cuando el inculpado ya no se encuentra detenido? ¿Se podrá intervenir su comunicación?. Sin esfuerzo y tomando en consideración los criterios de nuestras autoridades perseguidoras de los delitos, es fácil concluir que como el Constituyente sólo prohíbe intervenir las comunicaciones del detenido con su defensor; cuando aquél se encuentre en libertad o sustraído a la acción de la justicia, válidamente se podrá escuchar y aportar como prueba, el contenido de una comunicación.

Sin embargo, debe establecerse la causa de esta disposición. Como anoté al inicio, la intención de la Reforma Presidencial, fue la de dotar a los órganos de procuración de justicia, de mayores elementos para enfrentar a la delincuencia organizada. Como esta figura sólo tiene vida en tratándose de delitos graves, en que los probables autores no tienen derecho a gozar de la libertad provisional, era obvio que las comunicaciones que ya detenidos sostuviesen con su defensor, no podrían ser escuchadas.

La solución a este problema es que los órganos administradores de justicia, se alejen de la concepción positivista y, aplicando la hermenéutica jurídica, deduzcan, con base en la Teoría General de los Derechos Humanos, que aún cuando una persona no esté detenida, pero sí sujeta a un procedimiento penal, sus comunicaciones con su defensor, son inviolables.

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996 y que comenzó su vigencia al día siguiente, dedica 13 artículos a su reglamentación. En líneas generales, debe decirse que la mencionada Ley, señala como requisitos para la procedencia de la intervención, la existencia de indicios que hagan presumir que la persona objeto de la intervención, está involucrada en la delincuencia organizada, entendiéndose por tal, la organización de tres o más personas con la finalidad de cometer delitos contra la salud, blanqueo de capitales y secuestro. El tiempo máximo por el cual un Juez Federal puede autorizar la intervención es de seis meses, prorrogables si existen nuevos elementos de prueba que justifiquen el aplazamiento. El término que tiene el juzgador para conceder o negar la petición es de tan sólo 12 horas.[28]

Empero, acaso la más importante inquietud sobre esta reforma, es la relativa al Control Constitucional. Sabemos de la existencia de un medio previsto por la Constitución, para evitar que las autoridades violen su contenido y que conozcamos como Juicio de Amparo. La primer interrogante es ¿Procede el Amparo contra la intervención de una comunicación privada?

Es evidente que para la procedencia del amparo, debemos analizar primero la existencia de un Acto de Autoridad y posteriormente, la oportunidad procesal de su presentación. En el caso que nos ocupa, se trataría de una intervención autorizada por un Juez Federal y ejecutada por una Autoridad Investigadora, quienes tendrían el carácter de Autoridades Ordenadora y Ejecutora

[28] La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, México, 2004

respectivamente.

El Acto Reclamado, lo constituiría precisamente la intervención de la comunicación privada. La Garantía Violada sería el propio Artículo 16 Constitucional y los conceptos de violación, se encaminarían a atacar la ausencia de alguno de los requisitos establecidos por la propia reforma.

Pero no podremos reclamar los vicios en que hubiese incurrido la Autoridad Investigadora al solicitar la autorización, sino el razonamiento expuesto por la Autoridad Judicial Federal para concederla. Aunque aquí resulta otro problema: Dada la naturaleza del acto, el quejoso no tendrá oportunidad de conocerla y en consecuencia, no podrá rebatirla jurídicamente. Tendrá conocimiento de la intervención, ya por indiscreción de un servidor público, por la audacia de su representante o por la colocación de scanners en sus sistemas telefónicos.

Como se trata de materia penal, pero no es un acto que ataque la libertad personal, para el término de su interposición deberá estarse a la regla general del artículo 21 de la Ley de Amparo y que es de 15 días. Ahora, si la intervención dura tan sólo un mes, el amparo no habrá sido resuelto para entonces y quedará sin materia. La única oportunidad de volver a combatir esa intervención, será cuando se promueva el Amparo contra la Orden de Aprehensión, la Formal Prisión o la Sentencia Definitiva. Pero para entonces, el daño estará consumado.

Ahora, la Suspensión del Acto Reclamado, reviste otro tema de discusión. Una intervención, que se da con el tiempo, es un acto de tracto sucesivo, que naturalmente es suspendible, pero legalmente no lo es. Lo anterior, porque los Jueces de Control Constitucional, seguramente negarán esta medida cautelar, apoyándose en la fracción II, del artículo 124, de la Ley de Amparo, al aducir que de concederse la suspensión, se estarían contraviniendo disposiciones de Orden Público y se afectaría al Interés Social, toda vez que la sociedad está interesada en que se combata

al delito. ¿Y si la persona es inocente? ¿Que pasará con su prevacía? ¿Quedará como rehén de una autoridad ineficaz?[29]

3.3 LA LEY FEDERAL DE ACCESO Y TRANSPARENCIA EN AL INFORMACIÓN PUBLICA GUBERNAMENTAL.

La Constitución de los Estados Unidos mexicanos separa al gobierno federal en tres ramas diferentes (Judicial, Legislativa Y Ejecutiva), con un sistema de "pesos y contrapesos" entre sus poderes. También permite la retención de importantes poderes por parte de los estados dentro de un Sistema Federal. Aunque esta difusión del poder podría parecer ineficiente en algunas maneras, los autores de la Constitución consideraron que esta era la mejor manera de garantizar que "Nosotros el Pueblo" no quedáramos sujetos a un solo poder tiránico dentro del gobierno ni que el gobierno quedara dominado por un pequeño grupo tiránico de personas que sirvieran sus propios intereses especiales

Esta separación constitucional está establecida en leyes y reglamentaciones que imponen los requisitos generales de procedimiento a todos Las Agencias Y Tribunales Del Gobierno para asegurar que las acciones gubernamentales se conduzcan de una manera imparcial y uniforme y a la luz del escrutinio público.
Esta consistencia y transparencia de los procedimientos públicos es un componente clave de la autorregulación del gobierno

Por ejemplo, durante la primera mitad del siglo XX el Congreso promulgó una serie de leyes, que requieren que las agencias cumplan normas de procedimiento para las actividades administrativas tales como la elaboración de reglas y la aplicación de normas, y que dichas actividades se efectúen en un foro público. El Congreso también promulgó una Ley de Libertad de Información que

[29] Ley de Amparo

permite amplio acceso público a los registros e información del gobierno. Los procedimientos de las agencias que no se conducen conforme a los procedimientos escritos establecidos o que no se efectúan en el foro público apropiado pueden ser objetados por el público ante los tribunales. Además, todos los litigios civiles y penales en las cortes federales deben efectuarse conforme a las reglas uniformes publicadas.[30]

Aunque la Ley de Libertad de Información es la más conocida de tales provisiones, cada uno de los estados cuenta con algún estatuto de libertad de información que se aplica en algunos documentos y registros gubernamentales.

La Ley federal de Libertad de Información requiere que algunos tipos de documentos estén disponibles sin necesidad de solicitarlos, y se coloquen en salones públicos de lectura. Tales documentos incluyen las reglas y regulaciones de los departamentos y las Agencias del Gobierno, las opiniones finales que resuelven procedimientos administrativos realizados por las agencias, y guías y manuales relevantes que afectan directamente a personas del público. Mediante este requerimiento, el Congreso procuró evitar que los Funcionarios Federales apliquen una "ley secreta", y garantizar que cualquier persona pueda examinar las normas que controlan el ejercicio del poder público de esos funcionarios.

Como mínimo, el imperio del derecho requiere tener acceso a las normas aplicadas por los funcionarios gubernamentales. Si las normas legales han de restringir la discreción oficial, esas normas deben conocerse. [31]

En ausencia del conocimiento de estas normas, es difícil creer que puedan limitar de modo significativo el poder de los funcionarios públicos.

Privacidad Internacional. Hay un número creciente de países alrededor del

[30] Diario de Debates del Congreso de la Unión 2000-2004
[31] Diario de Debates del Congreso de la Unión 2000-2004

mundo que han adoptado o están considerando adoptar leyes de libertad de información. Actualmente más de 40 países tienen leyes que demandan la apertura de archivos gubernamentales y docenas más están considerando adoptar leyes. Muchos países que han creado recientemente sus Constituciones o que las han actualizado tienen en su Constitución derechos específicos a la libertad de información. En otros países las cortes han encontrado un derecho implícito a la Libertad de Información como un elemento de libertad de expresión. Este sitio proporciona noticias, informes del país, guías y manuales.

En México debido a la serie de problemas ocurridos por la falta de confianza que el pueblo ha ido teniendo para con sus instituciones por razones de corrupción y problemas de trafico de influencias y ocultar información valiosa para resolver asesinatos y desapariciones del pasado; se ha visto la necesidad de crear una ley de transparencia y acceso a la información.

3.31. El nuevo panorama trazado por la ley transparencia y acceso a la formación en materia del secreto profesional y la intimidad personal.- Con la aprobación de la Ley Federal de Acceso a la Información, la agenda del derecho a la información empieza a ganar terreno en el espacio público mexicano. Cada vez un mayor número de actores políticos, sociales y mediáticos, al igual que grupos de ciudadanos, tienen más conocimiento y establecen posiciones en relación con la temática en cuestión.

Con la alternancia se ha creado una estructura de oportunidades que ha incentivado el debate acerca de las relaciones entre el Estado, los medios y la sociedad; precisamente porque con el desplazamiento del partido de régimen del poder presidencial, se ha debilitado el viejo modelo de relaciones de subordinación que caracterizaba al campo mediático. Como consecuencia de ello, medios, periodistas, autoridades y actores sociales se han visto obligados a revisar y gestionar su inserción en esa trama bajo nuevas bases. En esta línea se inscribe el difuso e incipiente, pero importante debate acerca del papel

del periodista en una sociedad y régimen político que se democratizan.

En el contexto del orden político autoritario, discrecional y aleatoriamente asignado por el régimen, parecía un elemento imperecedero e intocable. El cambio político ha demostrado que no hay excepciones. La vieja trama de relaciones de conveniencia recíproca entre los medios, periodistas y élites políticas se está desplomando. Nuevos factores e imperativos han aparecido en el escenario.

Los medios de comunicación y los periodistas deben responder a la audiencia y a los lectores, con más comedimiento del que históricamente le han brindando al poder público. Por su parte, los poderes del Estado y las agencias gubernamentales tienen que responder a los problemas derivados de la pérdida o disminución de su naturaleza pública, así como a los efectos perniciosos generados por la falta o disminución de la calidad de los bienes y servicios que ofrecen.

En este marco, en los nexos entre el ejercicio de un periodismo más acucioso y profesional y el ejercicio de las funciones públicas con mayor apego a la legalidad y a las demandas del público, se han suscitado tensiones inéditas que requieren de un análisis sosegado acerca de las implicaciones que tienen para el curso de la democratización en el país. Es el caso del secreto profesional del periodista, también denominado derecho de reserva de la identidad de las fuentes.

Los países que reconocen en sus constituciones y normas legales el secreto profesional, lo han hecho de acuerdo con lo establecido en el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También, por el nexo indiscutible que existe entre el ejercicio de un periodismo libre e independiente con la democratización y la necesidad de establecer límites al poder y a su propensión de colonizar el espacio público.

Los instrumentos jurídicos internacionales otorgan cobertura al secreto profesional desde la interpretación e implementación del derecho a la información. Se trata de crear el entorno propicio legal e institucional para que el derecho de las personas a recibir información mediática, veraz e imparcial, se realice de manera razonable. Los periodistas ejercen una actividad central de mediación informativa, para poner a disposición del público información que de otra manera no podría conocer.

Los jueces deberían actuar sólo en los casos en donde hubiese evidencias notorias de un probable nexo ilegal entre el periodista y sus informantes. Al médico, al abogado y a los sacerdotes se les reconoce y dispensa la revelación de la identidad de sus fuentes, porque se admite que ejercen funciones socialmente útiles y aceptadas y no por ello se presupone que sus prácticas sean de suyo transgresoras de la legalidad.

Las leyes que protegen el Secreto Profesional lo hacen en atención al derecho a la información del público, para hacerlo efectivo es necesario que exista un ambiente propicio para el periodismo veraz e imparcial. En España, Argentina y Perú sus constituciones respectivas reconocen el Secreto Profesional. En Estados Unidos, los estados de la unión han aprobado leyes denominadas escudos, para proteger la no revelación de las fuentes informativas.

En México, legalmente es posible, aunque políticamente sea incorrecto, citar a los periodistas para cooperar con el Poder Judicial en sus investigaciones. En el Artículo 191 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el 247 del Código Penal del Distrito Federal se establece la obligación de los particulares para colaborar, previo requerimientos del juez, con el desarrollo de un Proceso Judicial. Con base en estas disposiciones jurídicas han sido requeridos varios periodistas. Legalmente es posible que un Juez requiera a los periodistas, como ética y legalmente es posible que los periodistas requeridos se nieguen a revelar

sus fuentes.[32]

El atraso del derecho mexicano en ese punto es evidente. Corresponde a la fiscalía aportar las pruebas y a los jueces valorarlas, y en todo caso, formular las conclusiones pertinentes. Pero lo que políticamente es inaceptable en la perspectiva de una sociedad democrática donde funciona un Estado de Derecho moderno, es utilizar los resquicios legales para coaccionar a los periodistas y suplir con sus informaciones los vacíos de las investigaciones policíacas y las resoluciones judiciales

Las disposiciones jurídicas aludidas son ajenas a la perspectiva de los derechos humanos, que subyacen en el derecho a la información y exhiben un anacronismo que es indispensable superar. Las tensiones entre los periodistas y los poderes del Estado se acentuarán, mientras persistan las normas de referencias y no se entienda la importancia de incentivar un periodismo de nuevo tipo.

Es evidente que aún no permea con efectividad el discurso y la cultura de los derechos humanos, especialmente en la vertiente que corresponde al derecho a la información. Llevará tiempo superar este obstáculo del periodismo. En el pasado no se le consideraba un problema, porque se resolvió discrecionalmente. En estos tiempos, es preciso focalizar bien la cuestión e inscribirla dentro del proceso de más largo aliento y amplitud que implica la democratización del país, la restauración del Estado de Derecho y la consecuente redefinición que deben hacer los actores sociales respecto de temas.

La Reforma a las leyes aludidas llegará cuando sean intensos y maduros el debate y los consensos acerca de la necesidad de sustituir la anacrónica Ley de Imprenta de 1917 por una moderna, democrática y liberal Ley de Información. El tema está circulando en el espacio público. Actualmente, los medios y los

[32] Código Federal De Procedimientos Penales

periodistas padecen el atraso legal y la cortedad de algunos jueces. Por su parte, los actores políticos y el gobierno tienen percepciones ambiguas y confusas acerca del tema.

Sólo la discusión pública permitirá esclarecer la cuestión, focalizar el ámbito preciso de regulación y gestionar los consensos indispensables para encauzar un asunto de incidencia preponderante en el curso y hondura de la democratización del régimen, como es el derecho al secreto profesional y reserva de las fuentes informativas.[33]

3.3.2 Delito de revelación de secreto profesional y violación de la intimidad personal desde el punto de vista legal.- Ya Charlot en su película 'Tiempos Modernos' planteaba el uso de cámaras de televisión para la vigilancia de una fábrica; o la de George Orwell quien en '1984', en su novela, auguraba una sociedad en la que todos estarían vigilados; o tal vez por Huxley en un 'Mundo Feliz' en el que los ciudadanos estaban vigilados, perdiendo su individualidad e intimidad. Es decir, lo que se planteaba como mera especulación literaria hoy es una dramática realidad.

Observamos a diario en las informaciones televisivas, cómo se utilizan aparatos avanzados de la llamada era 'Tecnológica' en las investigaciones policiales y persecución a los delincuentes. No menos instrumentos avanzados utilizarán en las investigaciones secretas y para fines de espionaje. Así también, existen instituciones privadas que realizan costosas investigaciones, creándose aparatos de alta tecnología que permiten la detección de la imagen o la palabra a largas distancias y que por su precio a veces diminuto es de fácil acceso al público. Existen pequeñísimos receptores que permiten escuchar conversaciones realizadas a grandes distancias de donde se halla quien espía, o facilitan conocer diálogos celebrados en el interior de habitaciones cerradas, o conversaciones telefónicas; también existen dispositivos para captar imágenes de escenas que

[33] Leyes Fundamentales de México. 1808-1995. Felipe Tena Ramírez. Editorial Porrúa. Decimonovena edición. México 1995. Página 103.

suceden a gran distancia, o en la más absoluta oscuridad o complejos e incomprensibles mecanismos, como el sismógrafo miniaturizado, del cual informara el profesor R.V. Johnes, de la Universidad de Aberdeen, en el Congreso sobre 'La Protección de la Vida Privada' celebrada en Bruselas en 1970, que permite saber, una vez colocado, si la persona espiada se halla en su habitación, si se levanta de la cama, pasea por el cuarto o sale y todo queda registrado, indicando la hora que ocurre.

Considerando que, los ataques a la intimidad derivados de la tecnología informática, medios de comunicación escrita, radial, televisiva colocan a la persona en una situación de absoluta indefensión, por ello se ha hecho patente la necesidad de que se regulen ciertas conductas que se presentan como los llamados delitos informáticos, alteraciones en la información, la protección de los datos personales, los contratos informáticos, etc. La privacidad de las comunicaciones es objetivo constante de las nuevas tecnologías que amenazan, y que quizá también incentivan, el progreso de la humanidad.

I. Definición de intimidad: El derecho a la intimidad presenta peculiaridades que dificultan la viabilidad de una definición precisa: su carácter inmaterial y su permanente dependencia de la propia evolución social. Sin embargo se han esbozado una serie de definiciones. El Juez norteamericano Cooley, en 1873, definió al derecho a la intimidad como el 'derecho a ser dejado en paz'. A su vez Nizer en 1939 dice que el derecho a la intimidad es el derecho de individuo a una vida retirada y anónima.[34]

William F. Swindler precisa el concepto sostenido que el derecho a la vida privada puede ser definido como el derecho a vivir su propia vida en soledad sin estar sometido, a ser dejado solo. Por su parte Saavedra dice que el derecho a la intimidad es un concepto básicamente subjetivo, ligado a la esfera interior de la vida del hombre y del grupo humano fundamental al que esta adscrito, que debe

[34] Willian F. Swindler la intimidad como un derecho humano ED. oxmart

ser respetado, por cuanto todas las manifestaciones de la vida en dicha esfera están vedadas al conocimiento público, salvo expresa renuncia del titular.

García expresa que la intimidad es el ambiente de nuestras ideas, de nuestros aspectos, de nuestras imágenes, de nuestras esperanzas, de nuestros dolores.

Es la lumbre que calienta la vida interior, al mismo tiempo que un gran arcano, una gran lucha y una gran poesía. La intimidad es un bastión que se erige contra las intromisiones de los demás en la esfera privada de un sujeto; intromisión que puede provenir tanto de particulares como de los poderes públicos.

Podemos definir el derecho de intimidad como el ámbito que le permite a cada persona tener un espacio de su existencia de terceras personas, incomodándolo, afligiéndolo o perjudicándolo. Es el derecho a estar solo.

2. La intimidad como derecho: Origen y Evolución La aceptación del Estado de Derecho trajo como consecuencia el surgimiento de bases sólidas para respetar un ámbito de independencia de la persona.

De allí surge el derecho a la intimidad como pilar fundamental del derecho a la libertad para hacer frente a las primeras formas de intromisión por parte de terceros, en la esfera íntima de la persona.

El derecho a la intimidad, sostiene Juan Morales Godo[35] se comenzó a configurar recién a fines del siglo diecinueve, y es que si bien, anteriormente, ha existido la protección a ciertos ámbitos propios de la intimidad como es el domicilio, lo cierto del caso es que la autonomía la adquiere desde fines del siglo pasado, cuando el adelanto de la ciencia y la tecnología ponen en evidencia la facilidad con que se puede penetrar en el ámbito de la vida privada de las

[35] Juan Morales Godo. Apuntes sobre el derecho a la intimidad, p 35 de. Porrua, México, 1995

personas, cuando los medios de comunicación masiva adquieren papel preponderante en la sociedad y pueden poner al descubierto hechos que las personas no desean que se divulgue, cuando las técnicas de espionaje son cada vez más sofisticadas.

No obstante, el derecho a la intimidad y la teoría que la sustentaba, alcanzó su máxima solidez jurídica recién en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en París. En el artículo 12 del instrumento supranacional se establece: 'nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques'. No hay duda que este derecho, al haber ganado cabida en un instrumento jurídico de carácter internacional, constituyó toda una conquista de la civilización contemporánea. Con aquel documento jurídico del derecho a la intimidad. En efecto, se evidenciaba que debido al avance científico y tecnológico en el mundo de las telecomunicaciones, se había tornado muy fácil que particulares o el mismo Estado, penetren en la intimidad de las personas, perturbando su tranquilidad y obstaculizando de es modo, el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En países poco privilegiados económica y culturalmente como el nuestro, hay quienes aún piensan que resulta prioritario luchar y defender el bienestar físico del hombre, en tanto que los derechos de la personalidad deben quedar en segundo plano, pues no son gravitantes. Tal posición no tiene otra explicación que el poco respeto y conocimiento de la esencia de la personalidad que le es inherente a toda persona, y en otros casos, se piensa de tal modo a fin de justificar graves intromisiones que se hacen a la esfera íntima de los ciudadanos con fines oscuros de supuesta Seguridad Nacional.

Respecto de este punto, nos parece importante señalar que conforme ha ido avanzando la ciencia, y con ello, evolucionando la vida social, se observa

cierto cambio en la definición del derecho a la intimidad. En efecto, en un primer momento, esto es, a fines del siglo pasado, el derecho a la intimidad era definido como el derecho a ser dejado a solas. Sin embargo, con la difusión y uso masivo de instrumentos tecnológicos, especialmente del computador u ordenador, actualmente se pretende redefinir el derecho a la intimidad como aquel derecho de la persona a decidir por si mismo en que medida quiere compartir con otros sus pensamientos, así como los hechos de su vida personal.

3. Derecho penal e intimidad: La protección penal del Derecho a la Intimidad, se justifica hasta por dos circunstancias concretas:

Primero, porque evitar intromisiones de terceros en ciertos hechos y conductas que de ser conocidas y reveladas alteran la tranquilidad de la persona agraviada, en razón de encontrarse trabados con lo más recóndito de su ser; y segundo, porque los ataques contra la intimidad de una persona son altamente perjudiciales e intolerables para el que las sufre y a veces para la sociedad misma.

La razón de aquella protección radica en la libertad del hombre, que se vería seriamente afectada por la invasión de su intimidad, violentando su propia conducta. Es natural la postura de ocultamiento de nuestras propias debilidades y de aquellos aspectos de nuestra personalidad que consideramos desagradables o que, en todo caso, queremos mantener bajo nuestro exclusivo dominio. Al perder el control sobre estos datos íntimos se produciría ineludiblemente un cambio en nuestra actitud por la coacción de hechos revelados, atentando contra nuestra libertad.

En suma, como aparece evidente, el derecho a la intimidad es un bien estrechamente relacionado con la propia dignidad humana. Esto significa que es inherente a tal condición y requisito sino que son para la plena realización del individuo.

4. El Derecho a la Intimidad en nuestro sistema Jurídico. Teniendo en cuenta que el panorama que se presentaba era peligroso para la persona, hubo necesidad de otorgar protección jurídica al ámbito de la intimidad, con el convencimiento que es el rincón de la creatividad, de las ideas propias, de las opiniones personales, en otras palabras, es el trampolín básico e indispensable para el ejercicio de los demás derechos, resultando ser la expresión máxima del derecho a la libertad y la posibilidad de un desarrollo armonioso de la persona en la colectividad. Y además siguiendo posiciones doctrinarias mayoritarias, en México se comienza a reconocer y proteger la intimidad como tal, recién con la Constitución del 1917 en el Artículo 16.[36]

En aquel Documento Constitucional, aparece por primera vez reconocido y regulado en nuestro Sistema Jurídico el Derecho a la intimidad personal y familiar. En esa línea, con la Promulgación del Código Civil, al regularlo más específicamente, el legislador nacional le dio real presencia y contenido en nuestro Sistema Jurídico. En efecto, el citado cuerpo de leyes indica que 'la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona, o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Sin embargo, en al práctica, resultaba evidente que las Normas Civiles por sí solas, eran de escasa efectividad, pues la vulneración a la intimidad personal seguía su curso inexorable en perjuicio evidente de la personalidad de su titular, haciéndose uso para ello de instrumentos, procesos técnicos o medios parecidos.

En tal sentido, al legislador del Código Penal de 1997, siguiendo las tendencias modernas del derecho punitivo, no le quedó otra alternativa que incorporar el derecho a la intimidad como un bien jurídico penal, es decir, como un interés factible de ser protegido penalmente, pues su vulneración o puesta en peligro lesiona gravemente las relaciones interpersonales en sociedad. Así, ahora

[36] Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos

aparecen en nuestro Código sustantivo, varias conductas delictivas en las cuales la intimidad se constituye como el bien jurídico protegido. Sin duda, este acontecimiento aparece como toda una innovación en nuestro Derecho Penal.[37]

En efecto, en nuestro Código Penal encontramos el Título VII y VIII con el rótulo de 'delitos contra la intimidad personal y delitos contra la inviolabilidad del secreto' y en este rubro, con el nomen iuris de 'violación de la intimidad', donde aparecen diversas conductas delictivas, como son: Vulnerar la intimidad de la vida persona o familiar del agraviado, ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios similares: apareciendo como circunstancias agravante el hecho de revelar lo conocido indebidamente y tener el sujeto activo la calidad de funcionario o servidor público. Otro hecho punible lo constituye el revelar aspectos de la intimidad personal o familiar del agraviado, que conociera el sujeto activo con motivo del trabajo que presto a su víctima o a la persona a quién este le confió. Finalmente, se ha tipificado como hecho punible cuando el agente, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tengan datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, apareciendo como agravante la calidad del sujeto activo de funcionario o servidor público, siempre que haya actuado dolosamente en el ejercicio del cargo que desempeña.

Bramont Arias Torres sostiene que el criterio principal que ha llevado a regular estas conductas en el Código Penal es el avance tecnológico alcanzado en nuestra sociedad, el que hace posible que se realicen conductas dirigidas a afectar la intimidad o a controlar a las personas.[38]

En tal contexto, el Legislador con la tipificación de las conductas citadas que afectan la intimidad, pretende impedir en general la realización de dos situaciones vinculadas entre sí en la tutela de la intimidad de las personas tanto

[37] Código Penal Para El Estado De Tabasco, 2000
[38] Juan Morales Godo (Apuntes sobre el derecho a la intimidad, p 35 de. Porrua

privado o familiar.

Esto es, se pretende impedir la simple intrusión en la esfera privada o familiar. Es decir, tratar de impedir la simple intrusión en la esfera privada, como la divulgación de cualquier acto a ella atinente. En efecto, se busca evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intrascendente curiosidad de terceros. Y con el mismo propósito, se pretende impedir el despliegue de diversas conductas por parte de terceros que supongan indagar, escudriñar, husmear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente invasión, hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un público interés o en todo caso, el consentimiento del afectado.

En suma, debe dejarse establecido para efectos del análisis coherente de los tipos penales, que el derecho a la intimidad tiene como únicos límites el consentimiento de la propiedad personal y la existencia de un interés social prevaleciente. Esto es, la vulneración de la intimidad sólo puede justificarse por el asentimiento voluntario de la persona o en todo caso, la existencia de un interés social razonable.

Finalmente, en la Constitución de 1917, encontramos el artículo 6, 7,16 por el cual, el Legislador para efectos de la rectificación, pretende equiparar el derecho a la intimidad personal y familiar con el derecho al honor, a la buena reputación y el derecho a la voz y a la imagen propia. En efecto, aquel numeral indica que toda persona tiene derecho.

Del precepto constitucional y para efectos del presente trabajo, resulta importante dejar establecido lo siguiente: si una persona es afectada en su intimidad ya sea personal o familiar por afirmaciones inexactas o haciendo uso de un medio de comunicación social, tiene derecho a que aquel se rectifique en forma

gratuita, inmediata y proporcional; sin embargo, ello de ningún modo elimina o cancela el hecho punible que puede haberse consumado. En otras palabras, así se rectifique la información que afecta la intimidad, ello no elimina la comisión del delito perfeccionado, quedando el agraviado en la facultad de recurrir a la autoridad jurisdiccional para accionar penalmente.

5. Violación de la intimidad: El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho palabra, escrito, o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años según el código penal en vigor.

La pena será de seis meses a dos años cuando la información conocida u obtenida se revele cometiendo con ello el delito de revelación de secretos según el código penal en vigor del Estado de Tabasco.

Si utiliza algún medio de comunicación social la pena privativa de libertad será menor de dos ni mayor de cuatro años, y de sesenta a ciento ochenta días - multa.

Tipo penal el supuesto delictivo que responde al nomen iuiris de violación de la intimidad, aparece descrito debidamente en el tipo penal en el Art. 163 del Código Penal del Estado en los términos siguientes:

Se impondrá prisión de seis meses a cinco años, a quien sin consentimiento de otro o sin autorización judicial, en su caso, y para conocer asuntos relacionadas con la intimidad de aquel:

- Se apodere de documento u objeto de cualquier clase
- Reproduzca dichos documentos y objetos
- Utilice medios técnicos para escuchar u observar, trasmitir, gravar

o reproducir la imagen o sonido.

Tipicidad objetiva: la figura delictiva de violación de la intimidad, debidamente recogida en el tipo penal 163 del Código sustantivo, se evidencia cuando el sujeto activo o autor pone en peligro, vulnera o lesiona la intimidad, o mejor dicho, los 'aspectos o datos sensibles' que conforman la intimidad personal o familiar del sujeto pasivo, mediante la observación, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, haciendo uso para ello, de instrumentos, procesos técnicos u otros medios.

Como se observa, el tipo penal hace mención a los verbos observar, escuchar y registrar, circunstancias que nos convence que el tipo penal recoge tres supuestos delictivos que perfectamente pueden aparecer en la realidad concreta:

a) Se evidencia el delito de violación a la intimidad cuando el agente lesiona la intimidad personal o familiar del sujeto pasivo, observando conductas íntimas que desarrolla aquél en su esfera privada, haciendo uso para ello de instrumentos, procesos técnicos u otros medios. Ocurre, por ejemplo, cuando, el agente haciendo uso de unos binoculares, todas las mañanas observa a su vecina haciendo aeróbicos en ropa intima, quien no tiene la menor idea que viene siendo observada.

No le falta razón a Javier Villa Stein (1988) cuando certeramente, respecto de este punto, sostiene que la observación, además de dirigida, será la que corresponde al propósito de la gente de enterarse de lo que ocurre, es decir, atenta, concentrada y hasta sostenidamente; pues una observación casual o de pasada, no puede darse por subsumida en el tipo penal.[39]

b) Aparece también el delito de violación de la intimidad, cuando el agente lesiona la intimidad personal o familiar de su víctima, escuchando conversaciones de

[39] Juan Morales Godo (Apuntes sobre el derecho a la intimidad, p 147 de. Porrua

carácter o interés privado o familiar, utilizando instrumentos, procesos técnicos u otros medios. Ocurre, por ejemplo, cuando el agente, haciendo uso de un micrófono miniaturizado que previamente ha colocado en el comedor de sus vecinos, todos los días escucha las conversaciones familiares que aquellos Realizan al momento de ingerir sus alimentos.

c) Finalmente, aparece la conducta de violación de la Intimidad cuando el agente lesiona la intimidad personal o familiar del agraviado registrando, anotando, grabando o graficando mediante instrumentos, procesos técnicos u otros medios, un hecho, palabra, escrito, imagen o datos sensibles que pertenecen a la esfera o ámbito privado de aquel. Se evidencia por ejemplo cuando el sujeto activo, haciendo uso de un mini -radiocassette, que previamente coloca en el dormitorio de los agraviados, graba la conversación íntima que tiene la pareja en el lecho matrimonial.

Delitos contra la inviolabilidad del secreto: Articulo 164 del Código Penal del Estado de Tabasco.

“Al que con perjuicio de alguien y sin el consentimiento de quien tenga derecho a otorgarlo, revele un secreto o comunicación reservada que ha conocido o recibido para su guarda, o para revelarlo o entregarlo a persona determinada, se le aplicará prisión de seis meses a dos años”.

El cual se agrava cuando esta información llega a sus manos, por su cargo empleo u profesión.

El uso de medios masivos para revelar secretos:

El uso de los medios de comunicación masiva hace más reprochable la conducta del agente, pues la intimidad de la víctima se verá más afectada cuando mayor sea el número de personas que la conocen.

Finalmente, respecto de las circunstancias agravantes, debe quedar establecido, el agente debe revelar o publicar la intimidad conocida de la manera prevista en el tipo básico, es decir, en forma ilícita. En consecuencia, no se comete hecho punible cuando, después de observar, escuchar o registrar conductas o hechos referentes a la intimidad personal o familiar de una persona, contando con su consentimiento, se revela a un tercero o se hace público haciendo uso de los medios de comunicación masiva sin tener el consentimiento de aquél para su publicación.

Por ejemplo, no comete el injusto penal de violación de la intimidad el sujeto que con el consentimiento del afectado, grabó una conversación referente a su esfera íntima, y después por diversas razones y sin tener el consentimiento de aquél, lo hace público por medio de la radio.

Bien jurídico protegido: el bien jurídico tutelado lo constituye el derecho a la intimidad personal entendida como aquella facultad que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

También se pretende proteger la intimidad familiar entendida como aquella facultad que le asiste a toda unidad familiar de tener una esfera de intimidad para su normal desenvolvimiento sin la interferencia de personas ajenas al grupo familiar.

Tipicidad subjetiva:

De la estructura del tipo penal se evidencia con claridad meridiana que se trata de un delito de comisión dolosa. Ello significa que el agente debe conocer perfectamente que observa, escucha o registra hechos o conductas íntimas del

agraviado sin su consentimiento, sin embargo, voluntariamente decide actuar en perjuicio evidente de la víctima. Saber si el agente conocía que actuaba ilícitamente o en forma indebida corresponderá al elemento culpabilidad. Esto es, cuando analicemos si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida al autor.

De acuerdo a ello, no es posible que las conductas analizadas sean de comisión culposa. No se comete delito de violación de la intimidad personal o familiar cuando determinada persona, por una casualidad, observa escenas íntimas del agraviado.

Sujeto activo.

Agente, sujeto o autor de las conductas descritas puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige que éste goce de alguna condición o cualidad especial.

Es obvio que cuando afirmamos que puede ser cualquier persona nos referimos a todas aquellas susceptibles de ser atribuidas conductas delictivas, o mejor, aquéllas que tienen capacidad para asumir responsabilidad penal.

Cabe mencionar que incluso ser sujetos activos los funcionarios o servidores públicos, con la única diferencia que, como veremos más adelante, su conducta aparece tipificado en el tipo penal 165 del Código Penal del Estado de Tabasco como agravante de las conductas.

Sujeto pasivo.

Víctima, agraviado o sujeto pasivo de las conductas tipificadas en el tipo penal 163 del Código Penal del Citado Ordenamiento. También puede ser cualquier persona individual o un grupo de personas que conforman una familia.

Aunque es obvio, resulta pertinente dejar expresado que muy bien puede constituirse en sujeto pasivo o víctima del delito.

En ese sentido, para estar ante una conducta típica, éste debe haber sido efectuado con dolo; esto es, el agente debe haber realizado cualquiera de los supuestos delictivos indicados con pleno conocimiento y voluntad de que viene organizando, proporcionando o empleando un archivo que contiene datos referentes a las creencias políticas, religiosas o vida privada de las personas. Saber que el agente conocía que su accionar era ilícito, indebido o antijurídico corresponderá a la culpabilidad o imputación personal.

Consumación y tentativa.

Del análisis propio del tipo penal en sede se deduce que se trata de un delito conocido en doctrina como de mera actividad. Es decir, no se exige que el agente persiga o consiga alguna finalidad con su actuar ilícito. Tampoco se exige que de modo evidente y palpable el sujeto pasivo pruebe que con la conducta prohibida se le ha causado determinado perjuicio moral o patrimonial. En efecto, los supuestos delictivos estudiados se perfeccionan en el mismo instante en que el agente comienza a organizar un archivo, o en el mismo momento en que el actor proporciona o entrega a un tercero el archivo, o finalmente, en el mismo instante histórico que el sujeto activo comienza a utilizar o emplear el archivo con datos referentes a las creencias políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima del sujeto pasivo.

Acción privada.

El Código Penal del Estado de Tabasco señala taxativamente que los delitos contra la intimidad son perseguibles por acción privada, es decir, sólo son sancionables penalmente a instancia de la parte agraviada o su representante legal. Si el agraviado no actúa, el hecho delictivo será impune. En efecto, al

configurarse alguno de los delitos comprendidos en el Titulo séptimo etiquetado como 'violación de la intimidad personal', del capitulo único de violación de la intimidad personal', sólo el afectado, directamente o por medio de Representante Legal, tiene la facultad de denunciar e impulsar el proceso hasta conseguir que se sancione al responsable.

La Acción Penal de carácter privado significa que sólo al agraviado, ya sea en forma directa o por medio de Representante Legal que le sustituye, le está reservado acudir o recurrir ante la autoridad jurisdiccional y denunciar el hecho e iniciar un proceso que en nuestro Sistema Jurídico imperante recibe el nombre de querella.

Sabemos que la querella es un proceso sumarísimo en el cual las partes pueden conciliar o transar económicamente, acto con el cual se pone fin al proceso. Asimismo, el denunciante puede renunciar a su pretensión punitiva, actitud con la cual también se pone fin al proceso. El Estado sólo actúa por intermedio de la Autoridad Jurisdiccional, finalmente dicta su resolución final, la misma que puede ser impugnada por cualquiera de las partes en conflicto.

En este proceso no tiene ninguna intervención el Ministerio Público ni terceras personas ajenas al bien jurídico tutelado, salvo que estas actúen en representación del agraviado de acuerdo a las formalidades que prescribe la ley.

Considerar que los delitos contra la intimidad sólo son perseguibles por acción privada, origina que dentro del proceso penal, el agraviado puede desistirse de la acción penal iniciada o efectuar una transacción con el imputado, Asimismo, si el sujeto activo es condenado y la sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada, el perjudicado puede perdonar la ejecución de la pena en aplicación.

La aplicación para que el Legislador Nacional haya dispuesto que los hechos punibles que lesionan el bien jurídico intimidad personal o familiar de las

personas, sean perseguibles por acción privada, radica en el hecho de que de acuerdo a nuestro sistema jurídico, la persona goza de plena libertad para reservar su intimidad, o en todo caso, también de hacerlo conocer a terceros con el único límite de que no afecte el derecho de otro o no afecte el interés público. En tal sentido, se concluye que si un tercero conoce o hace público aspectos de la intimidad de determinada persona, contando con su consentimiento, no comete ningún injusto penal. Por tanto, siendo facultativa la reserva de la intimidad, es lógico que corresponda sólo al agraviado el derecho de denunciar el ilícito penal en su agravio.

El artículo 165 del Código Penal del Estado de Tabasco.

'Cuando el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo de la manera establecida en el Art. 165'.

El funcionario público: el funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país. De acuerdo a las legislaciones de los países asume distintos nombres o se halla confundido en una denominación común. Funcionario publico es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal. O como señala Bielsa, “funcionario público” es todo aquel que, en virtud de designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público.

Intensos y numerosos son los debates sobre su naturaleza jurídica (de derecho público o contractual) y su relación con los demás agentes públicos en el ámbito amplio de la administración pública. A nosotros nos interesa, desde la

perspectiva de la Relevancia Penal, dar respuesta a algunas interrogantes:

a) ¿Es idéntica su conceptualización en el ámbito administración en el ámbito administrativo y Jurídico Penal?

b) ¿La amplitud del concepto funcionario público es igual en materia penal y administrativa global?
c) ¿Existen diferencias sustanciales entre funcionario y servidor público? d ¿Qué características hacen de la persona física un funcionario público?

e) ¿Es lo mismo funcionario y autoridad?

f) ¿Los asesores son funcionarios públicos?

g) ¿Admite nuestro ordenamiento jurídico la existencia del funcionario público por determinación normativa penal?

Tales interrogantes tratarán de ser absueltas a continuación y a través de los subsiguientes tomos.

¿Existe un concepto jurídico penal de funcionario público en el Código Penal? El ordenamiento Legal Mexicano cuenta con la siguiente definición normativa a nivel de La Ley De Responsabilidad De Los Servidores Públicos: "Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía".

En el ámbito penal y como ocurre usualmente, los códigos penales adoptan dos orientaciones básicas.

a) Fijan parámetros normativos para definir y /o comprender a los funcionarios

públicos o en cambio, b) Contienen expresas definiciones.

Al respecto el Art. 232 del Código penal para el estado de Tabasco, a contrario de lo que se piensa y en esto se diferencia de otras legislaciones penales, no da ninguna definición normativa de funcionarios y de servidores a los efectos de imputar responsabilidad penal, adscribiéndose así a la primera orientación señalada.

Por lo mismo, no existe taxativamente enunciado en nuestra normatividad penal un concepto propio de Funcionario Público que permita oponerlo o diferenciarlo del que existe en la administración pública. Lo que ocurre es que para exclusivos efectos penales, la ley penal Tabasqueña amplía el rango a otras personas que usualmente no son admitidas como funcionarios públicos en el ámbito de la administración pública. Entonces concluyendo, normativamente el Código Penal no ha definido de forma descriptiva qué es lo que entiende por funcionario público. Pero sí ha posibilitado, vía interpretación e integración cognoscitiva, colegir la noción de funcionario público con la que trabaja a efectos penales. A 'efectos penales' quiere decir para imputarle cargos delictivos, atribuir responsabilidad penal y fijar sanciones.

El concepto “funcionario público” utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo, que sólo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de creación del mismo; existiendo en cambio la determinación normativa penal como tercera fuente productora del funcionario público a efectos penales.

A nivel jurisdiccional, en cambio, sí se han desarrollado algunas construcciones conceptuales. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica que 'es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que éste tenga Funciones de Gobierno

Nacional, Regional, Local, Legislativo, Ejecutivo, Jurisdiccional, Electoral, de Control Fiscal, o la de Servicio Público a la Nación'.

'Funcionario público es toda persona que en virtud de designación o investidura o otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público.

Contiene un delito especial impropio. La única diferencia con los tipos regulados en los demás artículos radica exclusivamente en el sujeto activo, sólo podrán ser quienes ostenten la condición de Autoridad o Funcionario Público. Pero se precisa que éstos lleven a cabo cualquiera de aquellas conductas fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa por delito, y prevaleciéndose de su cargo. Cabe recordar que con esta fórmula histórica, se desea significar que el Servidor Público actúa por completo fuera del marco de su competencia, es decir, como un particular, pero prevaliéndose de su especial condición.

No existe sin embargo una conducta pluriofensiva, pues aquí únicamente se protege la intimidad, que constituye el objeto de protección, y no se tutela el correcto ejercicio de la función pública.

El Código Penal ha afrontado el problema denunciado puntualmente por parte de la doctrina y presenta un planteamiento sistemático más depurado con relación a la estructuración de los delitos contra la intimidad en los distintos ámbitos de relación antes suscitados. El criterio adoptado por el legislador para la vertebración de estos delitos, cuando son perpetrados por funcionarios públicos o autoridades, parece compatible. Así, si la intromisión ilícita contra la intimidad se produce mediando una investigación judicial por delito, por ejemplo, porque se llevan a cabo controles telefónicos no autorizados por el Juez Penal, de forma ilegal, y conforme a las exigencias típicas subjetivas, vendrá en aplicación una pena sensiblemente inferior, para delimitar la aplicación de los delitos contra la

intimidad, considerada en cuanto garantía jurídico - política del ciudadano frente al Estado, se ciñe al dato objetivo de que el acceso ilícito a la intimidad se produzca, mediando una causa penal, en el seno por tanto de una investigación pública de carácter penal. Deberá establecerse además que el atentado contra la intimidad, perpetrado por funcionario público, constituye un exceso en la actividad investigadora del delito que comporta la violación de garantías del ciudadano.

El criterio sistemático puede ser discutible, pero al menos es un criterio certero. Así, de no mediar causa penal y producirse la injerencia ilícita en la intimidad por funcionario público vendrán en aplicación, siempre que se constate un prevalimiento o abuso de función pública. En esta medida aborda la incriminación de conductas en el seno de las relaciones Administración - Ciudadano o en el seno de otras relaciones entre el Estado y los ciudadanos, cuando no medie la investigación de una causa penal.

Su aplicación requiere que la autoridad o funcionario público actúe prevaliéndose de su cualidad como tal, pero 'fuera de los casos permitidos por la Ley sin mediar causa legal por delito'.

El bien jurídico es la intimidad de un tercero y la conducta también, pues consiste en revelar secretos conocidos en el desempeño de una relación laboral, o en el ejercicio que contemplan las conductas practicadas por un asalariado trabajador dependiente o los trabajadores autónomos que dentro del ejercicio de un oficio que no requiere titulación académica o título oficial.

Se precisa que el sujeto conozca el secreto a causa de su trabajo, y que al revelarlo incumpla la obligación de sigilo o reserva correspondiente. Por tanto, aquí el sujeto activo ya conoce el secreto, por lo que la conducta consiste exclusivamente en su divulgación, en hacerlo extensivo a terceras personas. Es preciso que el sujeto activo se encuentre en relación de dependencia o subordinación con el pasivo, ejerza labores por cuenta ajena, con base contractual

y que tal relación origine unos especiales deberes de sigilo consistentes en la finalidad y lealtad que debe observar respecto de los secretos de su principal.

Antiguamente se ha planteado la cuestión de si la obligación de sigilo o reserva de los secretos conocidos en el marco de una relación laboral o profesional, se extiende incluso hasta después de cesar la misma. El secreto debía vincular siempre a estas personas. Sin embargo la cuestión no parece tan clara desde la óptica del principio de legalidad, aunque sea la postura más lógica. En cualquier caso, quienes no acepten su aplicación en estas hipótesis se verán obligados a castigar tales conductas como atentados a la intimidad subsumibles, delito de indiscreción, basado en la idea de toma de conocimiento o acceso lícito a la intimidad por razón del oficio o de la relación laboral (presupuesto típico), consistente en la revelación de la misma a terceros ilícita.

Con relación al deber de secreto en las relaciones laborales, debe valorarse positivamente la apertura del precepto tanto a la tutela de la intimidad del empresario como del trabajador; incluso el precepto admite la incriminación de conductas de revelación de secretos, perpetrada por un trabajador respecto de un compañero labora. Como tipo alcanza, también, a la incriminación de revelaciones de secretos cuyo titular son terceras personas (por ejemplo, clientes), dado que el precepto exige tan sólo que se trate de 'secretos ajenos', razón por la cual el sujeto pasivo del delito no queda circunscrito a los empresarios u otros trabajadores de la empresa. Esta precisión es importante, como luego se indicará, para conferir cobertura típica a las revelaciones de secretos que se producen por parte de personal auxiliar en la medicina en equipo o bien de pasantes, secretarias u otra personal auxiliar, u otro personal subalterno en los despachos profesionales de abogados, notarios, etcétera.

La acción típica consiste en revelar secretos ajenos; si se repasa la conducta típica está descrita de forma asimétrica en su tenor con respecto a la acción típica de la violación del secreto profesional no cabe extraer consecuencias

interpretativas de la diversa configuración de las modalidades típicas, pues ello supondría la incoherencia de exigir un plus o incremento de injusto en la conducta típica de revelación de secreto profesional, que no quedaría perfeccionada si la intimidad del tercero no es conocida por un amplio número de personas como producto de la referida revelación.

A.- Bien Jurídico: Se protege la vida íntima personal o familiar de la persona, especialmente en sus convicciones políticas, religiosas o de otra índole a través de la indebida organización, proporcionando o empleando archivos conteniendo los datos antes referidos.

Se trata de prever todos los peligros o posibilidades de la mala utilización con informaciones relativas a la intimidad y evitar perjuicio a la persona.

El simple hecho de comprobar que efectivamente existe un objeto jurídico merecedor y necesitado de protección, el honor y la intimidad, debido a la aparición de mecanismos tecnológicos, entre las cuales está la informática es imperiosa la necesidad de normas penales.

La vida íntima de la persona se protegía en los delitos de violación al domicilio, en las violaciones del secreto de correspondencia (en el Nuevo Código penal: comunicaciones), pero son tipos legales que han sido rebalsados ante los descubrimientos de instrumentos sofisticados que ponen en peligro la tutela del bien jurídico intimidad, por la aplicación del progreso tecnológico informático y de los medios de comunicación masiva. Su utilización puede corresponder a las empresas privadas, a la administración publica y, que debido a su bajo costo, permite la adquisición por parte de particulares.

B.- Tipo Objetivo.

Sujeto activo.- Puede ser la persona autorizada o no para el manejo de las computadoras o similares que almacenen o permitan construir una base de datos,

así tratándose de los primeros, pueden ser programadores, operadores, analistas, etc.

Sujeto pasivo.- Es el perjudicado en algunos aspectos de su vida íntima. También, las empresas privadas estatales, o paraestatales.

Acción.- La acción se materializa cuando indebidamente sea organizada, se proporciona o se emplea cualquier archivo conteniendo datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima.

Lo indebido implica el acto del agente contrario al deber permitido por ley.

El archivo está referido al lugar donde se guardan documentos o datos de cualquier índole. El archivo, también llamado fichero, es un conjunto de registros.

Este registro se le puede considerar como una información básica a la que se puede acceder en bloque, y el archivo o fichero como una organización de los registros.

La acción de organizar indebidamente archivos conteniendo aspectos de la vida íntima de una persona consiste en recolectar o recoger datos sobre su vida privada, sin su consentimiento y sin ser de interés público, por lo cual no media justificación alguna.

Así el agente que conserve información sobre personas en forma secreta. Toda persona debe saber quienes conservan sus datos personales. Proporcionar indebidamente datos personales, radica en dispone u ordenar se entreguen a personas no autorizadas como destinatarios.

El agente que emplea indebidamente datos de aspectos de la vida íntima de una persona, debe obtener provecho propio, perjudicando, a la vez, a la

víctima.

Consumación.

Este delito se consuma con el hecho de organizar, proporcionar o emplear cualquier archivo de datos de aspectos de la vida íntima de una persona. No interesa si se causa perjuicio o no. Es admisible la tentativa.

Concurso de delitos.

Si el agente revela estos aspectos de la vida íntima de una persona concursa con el artículo 163 Código Penal del Estado de Tabasco y el agente que lo publica sin el consentimiento de perjudicado y le causa daño, concurre con la violación del secreto profesional (artículo 164).

Articulo 164.- del citado código, violación del secreto profesional: Aquel que en perjuicio y sin el consentimiento de alguien de quien tenga derecho a otorgarlo, revele un secreto o comunicación reservada que ha conocido o recibido para su guarda, o para revelarlo o entregarlo a persona determinada, se le impondrá prisión de seis meses a dos años.

Artículo 165.- del citado código, si el agente conoció o recibió el secreto o comunicación reservada con motivo de su empleo, cargo, profesión, arte u oficio, la prisión se aumentara hasta una mitad más.

Al delimitar el concepto de 'Profesional', a los efectos de su relevancia jurídica - penal, puede considerarse como tal 'Toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio, cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que por su interés publico, están jurídicamente reglamentados'. El profesional ha de ser un 'confidente necesario'; el deber de sigilo o reserva del profesional ha de esta refrendado por una reglamentación

jurídica del ejercicio de la correspondiente actividad profesional, siendo insuficiente un deber simplemente ético o moral. Por lo tanto, ha de tratarse de un deber jurídico de sigilo o reserva, propio de cada profesión. En el secreto profesional médico tiene primacía el bien jurídico de la intimidad personal del paciente.

El deber de confidencialidad del médico podrá ceder sólo cuando así lo establezca expresamente la ley, o se infiera de ésta como consecuencia de un estado de necesidad o de una colisión de deberes, hay una serie de supuestos en los que el médico estará obligado a revelar el secreto: los de la declaración de enfermedades infecto contagiosas, o cuando concurre la obligación de denunciar delitos. Los posibles conflictos que se pueden derivar de situaciones límites, como son las de colisión de deberes.

Estos profesionales están dentro de la categoría de 'confidentes necesarios', y están obligados jurídicamente a guardar reserva sobre los hechos que su cliente les hubiere revelado en el ejercicio de su actividad profesional.

El derecho a la intimidad está limitado, aparte de otros derechos fundamentales, por la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos, el deber de guardar sigilo (secreto profesional) sobre los datos personales por parte del responsable del fichero automatizado y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de aquellos datos. El personal informático, en cuanto puede ser considerado como confidente necesario, podrá ser sujeto activo del tipo del artículo.

No cabe incluir en el tipo de revelación de secretos profesionales el secreto de los periodistas, pues este secreto tiene su ámbito propio de aplicación en 'el derecho a no revelar las fuentes de información'. En cuanto al sujeto pasivo de la conducta típica del artículo, será el titular del bien jurídico protegido (la intimidad personal), al que alude el citado precepto bajo la fórmula de divulgar los secretos

de 'otra persona', pudiendo ser tanto el cliente del profesional como un tercero cuya intimidad haya sido afectada y vulnerada en el ámbito del ejercicio de la actividad profesional, como por ejemplo: en el supuesto de que se divulgue por el profesional datos íntimos de un familiar del cliente, cuya comunicación y conocimiento eran necesarios para que el profesional formulara la correspondiente demanda de separación. Las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de la conducta típica del artículo ya que se tutela el bien jurídico intimidad personal, que se refiere a un derecho fundamental personalísimo y ligado a la misma existencia del individuo. Difícil sostener que la persona jurídica pueda ser sujeto pasivo del tipo del artículo. Cuando se admite tal posibilidad, por parte de algún autor, se alude a la revelación de los datos internos de la persona jurídica que repercutiera de manera directa en la intimidad personal de sus integrantes, sino que lo tutelado será la intimidad personal de los individuos que integren o formen parte de la correspondiente asociación, fundación, empresa (persona jurídica). La acción típica del artículo se refiere a divulgar los secretos de otra persona incumpliendo el sujeto activo sus obligaciones de sigilo o reserva que le corresponde como profesional. La cuestión más relevante es la de determinar el alcance de la acción de 'divulgar' que, conforme a la doctrina penal dominante, ha de entenderse como equivalente a la de revelar y en el sentido de comunicar algo, un hecho o dato, de carácter personal a una o más personas no poseedoras del secreto, sin requerirse que se trate de una comunicación extensiva a un amplio número de personas.

El tipo exige que el sujeto activo actúe valiéndose del cargo y que el acceso a la intimidad se produzca en una situación en la que no medie una causa o investigación judicial por delito. La divulgación de secretos por parte de profesionales; especialmente obligados al sigilo o reserva. Se trata de un delito especial ya que en el sólo puede ser sujeto activo la persona que se menciona en el respectivo apartado. Es necesario que el secreto se conozca en virtud de la relación laboral o profesional, y es preciso, además, que lo divulgue o revele, ya que el conocimiento en sí no significa nada. Las diferencias entre uno y otro apartado radican en la clase de actividad que desarrolla el sujeto activo: si está es

una relación de una actividad profesional (médico, abogado, periodistas, etc.) que tiene un código deontológico y una normativa especial, de carácter disciplinario o colegial, que regula los deberes específicos de sigilo que incumben a la respectiva profesión. Éste será la mayoría de las veces el caso cuando se trate de profesiones reglamentadas, cuyo ejercicio requiere un título académico u oficial y la respectiva colegiación.

Al carácter de profesional que debe tener el sujeto activo de dicho artículo hay que añadir que la propia relación entre el profesional y el sujeto titular del secreto obligue a éste a revelar sus secretos a aquél, es decir que convierta al profesional en 'confidente necesario', que es lo que le da fundamento jurídico, y no simplemente moral, a la obligación de sigilo y reserva que constituye la base del delito previsto en este artículo. De aquí se deduce que hay que acudir a la reglamentación de la respectiva profesión para saber cuáles son estos deberes específicos de sigilo y reserva. A título de ejemplo, veremos algunas de las profesiones más afectadas por el secreto profesional.

a) En relación con los abogados y procuradores, hay que acudir a sus Estatutos. En realidad, el deber de secreto profesional se deriva en este caso del derecho a la defensa consagrado en la Constitución como un derecho fundamental; el abogado o, en su caso, el procurador no puede, por tanto, revelar nada de lo que haya conocido directamente de su cliente, aunque ello pudiera beneficiarlo objetivamente (revelar, por ejemplo una impotencia que le impide cometer el delito de agresión sexual cualificada de que se le acusa) o aun cuando su silencio pueda perjudicar a la causa de la justicia (descubrir al verdadero culpable, evitar que un inocente sea condenado). Si los datos que le da el cliente se refieren a propósitos que éste tiene de delinquir en el futuro (por ejemplo atracar un banco para pagar la minuta), el deber de secreto profesional ya no parece tan vinculante y, desde luego, ya nada impide que pueda ser llamado como testigo respecto a tales hechos en el futuro, aunque siga siendo su abogado.

b) Mayor complejidad tiene el secreto médico.

Concebido originariamente, ya desde el famoso Juramento Hipocrático, como una especie de obligación y casi privilegio profesional, se le debe considerar hoy desde el prisma del derecho a la intimidad del paciente, siendo objeto de una amplia regulación tanto desde el plano deontológico y disciplinario profesional. Su revelación puede constituir, sin duda, el delito previsto en el apartado. La mayoría puede constituir, sin duda, el delito previsto en el apartado, esta mayoría de casos en los que el médico o el personal sanitario no sólo no están obligados a guardar secreto, sino que están obligados a comunicarlo son los de declaración de enfermedades infecto - contagiosas y los relacionados con el deber de denunciar delitos, así como los supuestos en que actúa como perito cuando ha sido llamado en calidad de tal. Más discutible es la obligación del médico de testificar acerca de datos de la intimidad del paciente que conoce de su relación profesional con él.

La falta de una ley general que regule los casos en que, por razones de parentesco o secreto profesional, no lo está obligando a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. El derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado(por ejemplo el sujeto le ha confesado al psiquiatra que una vez violó a una mujer o mató a alguien), pero no cuando se refiera al comportamiento futuro del paciente (por ejemplo el paciente revela al médico que piensa matar a alguien, lo que efectivamente lleva a cabo). En principio, el médico puede, por tanto, negarse a actuar como perito en un juicio en relación con el estado mental de un paciente si su testimonio puede servir como prueba tanto para incriminarlo, como para eximirle de responsabilidad, salvo que éste le autorice a ello, y negarse a suministrar los datos que haya obtenido en su relación profesional con el paciente; pero ello no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias en caso de que esté en peligro la vida o los derechos fundamentales de otra persona.

Especialmente complejo es el problema de los pacientes aquejados de

SIDA, en la medida en que dicha situación tiene para el afectado un alto nivel de estigmatización social, pero también, al mismo tiempo, lo convierte en una fuente de peligro de contagio de otras personas si no adopta las precauciones necesarias. Parece evidente que si este peligro de contagio es muy grande, por ejemplo, para otro personal médico que se ocupe del tratamiento o que de algún modo deba tener contacto con el portador, el médico debe advertir de esta situación a las personas en peligro, quedando amparada su revelación bien por la vía del estado de necesidad bien por la del cumplimiento de un deber de denunciar un delito (en el caso de que el portador contagie o con su conducta pueda contagiar voluntariamente a otros).

Respecto a los datos médicos, la protección a la intimidad del paciente no presenta en esta materia ninguna particularidad, salvo en aquellos casos en los que por la peculiaridad del ámbito donde se obtiene el dato el médico pueda tener obligación de revelarlo al organismo oficial o la empresa para la que trabaja.

En definitiva, la posibilidad de revelar lícitamente el secreto médico profesional depende de la situación concreta en que se produzca el conocimiento de datos de la intimidad del paciente y del rol con el que el médico actúe: evidentemente no es lo mismo el nivel de sigilo que tiene el médico respecto a su paciente privado, que el que tiene el médico de una empresa, de una compañía de seguros o un médico forense.

c) Otro de los conflictos más frecuentes en esta materia surge del secreto periodístico. Hasta tal punto es importante en una sociedad democrática garantizar la confidencialidad de las fuentes de la información periodística, la Constitución consagra el secreto profesional en el ejercicio de la libertad de información. Más que de una protección al derecho a la intimidad se trata, sin embargo, de una protección del derecho a la información, que también tiene sus límites, la mayoría de ellos derivados de las necesidades de la defensa nacional en relación con materias legalmente calificadas, pero también del derecho a la intimidad cuando la

información publicada tenga su origen en un delito contra la misma. La falta de una ley que regule específicamente el secreto profesional de los periodistas deja, sin embargo, un amplio espacio a la especulación teórica y a la reflexión sobre los límites de los derechos fundamentales cuando hay colisión entre sí.

CAPITULO IV

CONFLICTO ENTRE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA INTIMIDAD PERSONAL, A SI COMO LA SALVAGUARDA DEL SECRETO PROFESIONAL EN LA ACTUALIDAD

4.1.- BASES LEGALES QUE PROTEGEN LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL USO INDEBIDO DE ESTAS.

El Artículo 109 de la ley federal de derecho de autor, se refiere a la protección de las bases de datos personales, lo que reviste gran importancia debido a la manipulación indiscriminada que individuos inescrupulosos pueden hacer con esta información. Así, el acceso no autorizado a una base de datos de carácter personal de un Hospital de enfermos de SIDA puede ser utilizado contra estas personas quienes a causa de su enfermedad, se encuentran marginados socialmente, en la mayoría de los casos.[40]

A este tipo de bases de datos es necesaria en virtud de que la información contenida en ellas, puede contener datos de carácter sensible, como son los de las creencias religiosas o la filiación política.

Adicionalmente pueden ser susceptibles de chantaje, los clientes de determinadas instituciones de créditos que posean grandes sumas de dinero, en fin, la regulación de la protección de la intimidad personal es un aspecto de suma importancia que se encuentra regulado en este artículo.

Por lo anterior, el análisis de este artículo corrobora la posición que hemos sostenido respecto a que en las conductas ilícitas relacionadas con la informática

[40] Ley Federal Del Derecho De Autor, México, 1975

el bien jurídico a tutelar no es únicamente la propiedad intelectual sino la intimidad por lo que este artículo no debería formar parte de una Ley de derechos de autor sino de una legislación especial tal y como se ha hecho en otros países.

Esta Ley, además establece en el Título X, en su capítulo único, artículo 208, que el Instituto Nacional del Derecho de Autor es la Autoridad Administrativa en Materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos, quien tiene entre otras funciones, proteger y fomentar el derecho de autor además de que está facultado para realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas e imponer las sanciones correspondientes.

Por otra parte, debe mencionarse que en abril de 1997 se presentó una Reforma a la fracción III del artículo 231 de la Ley Federal del Derecho de Autor así como a la fracción III del artículo 424 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

De esta forma, las modificaciones a la Ley Autoral permitieron incluir en su enunciado la expresión "fonogramas, videogramas o libros", además del verbo "reproducir", quedando:

" Art. 231 .....III Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por los derechos de autor o por los derechos conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta Ley"..

Con las reformas al Código Penal se especifica que:
"Art. 424..... III A quien produzca, reproduzca, importe, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende, copias de obras, fonogramas, viedogramas o libros protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor en forma dolosa, a escala comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el

titular de los derechos de autor o de los derechos conexos "[41]

Sobre el particular, debe mencionarse que durante la modificación a la Ley en diciembre de 1996, se efectuó una segunda modificación posteriormente, para incluir La Acción de "reproducción".

De igual manera el artículo 424 que había sufrido una modificación en diciembre de 1996, fue reformado en su fracción tercera, para incluir la reproducción y su comisión en una manera dolosa.

En México, el derecho a la privacidad de las personas está contemplado en la Constitución Política, el Código Civil, la Ley de Imprenta, la Ley Federal de Derechos de Autor y la Ley de Instituciones de Crédito. En relación con el marco legislativo de la protección de datos personales, México cuenta con una legislación dispersa en varios ordenamientos: la Ley de Información Estadística y Geográfica de 1982 (la cual ya contempla cuestiones de confidencialidad y de acceso y corrección de datos personales), la Ley Federal de Protección al Consumidor de 2000, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia de 2001 y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002. En el ámbito estatal, Colima cuenta ya con una Ley de Protección de Datos Personales y Puebla cuenta con un proyecto de ley sobre confidencialidad. El banco de datos más importante de México es el del IFE con más de 60 millones de registros y le sigue el del IMSS con 55 millones de registros.[42]

Legislación sobre Protección de Datos Personales en México

El derecho a la privacidad

El derecho a la intimidad personal se encuentra plasmado en la

[41] Código Penal Federal
[42] Centro De Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Constitución mexicana (artículos 14 y 16) y en principios normativos internacionales y universales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Roma, Pacto de San José, Pacto de Nueva York, entre otros.

El derecho a la intimidad se manifiesta como la facultad que tiene cada persona de disponer que su esfera privada no sea invadida por terceros, ya sean particulares o el propio Estado.

4.1.1 La trasgresión de la esfera privada.- Ante la ausencia de normas legales que obliguen a resguardar la información con mecanismo específicos de seguridad, las entidades gubernamentales pueden fallar u omitir en proteger la información que tengan en sus bases datos. Este vacío legal permite que empresas lucren con datos que obtienen de manera legal o ilegal, como en el caso del IFE. También las bases de datos que tengan en su poder empresas privadas pueden ser susceptibles de abusos.

Los posibles abusos a la intimidad se agravan hoy como consecuencia del desarrollo de la llamada "Sociedad de la Información". La globalización tanto de las redes informáticas y de comunicación hacen cada vez más frecuentes los casos de violación al derecho a la intimidad. Los medios tradicionales de protección de la vida privada han sido absolutamente desbordados por las nuevas modalidades de injerencia que en contra de ella proporciona el actual adelanto científico y tecnológico.

Al igual que muchos otros países, México ha experimentado un crecimiento significativo sus servicios de telecomunicaciones y de las tecnologías de acceso a la información. El cada vez mayor número de usuarios de Internet hace indispensable una Ley de Protección de Datos que de certidumbre a los ciudadanos pero que no limite el desarrollo de actividades como el comercio electrónico. Es necesario encontrar un balance adecuado entre la protección

individual y el desarrollo de nuevas tecnologías, es en este contexto que la actual discusión en el Congreso mexicano de la Ley Federal de Protección de Datos se vuelve más importante.

4.1.2 Consideraciones sobre la protección de datos.- En este trabajo se presentan los puntos principales de la experiencia internacional en materia de Protección de Datos. Destacan las aportaciones de la Comunidad Económica Europea. A continuación se mencionan los aspectos relevantes de los dos proyectos de Ley Federal de Protección de Datos que se encuentran en discusión en el Congreso Mexicano. En la parte final se mencionan los beneficios esperados con la promulgación de la ley

4.1.3 La experiencia Europea.- Entre los antecedentes en materia de protección de datos personales es importante mencionar los lineamientos generales emitidos por el Parlamento Europeo en octubre de 1995. Desde entonces, dicho ordenamiento ha regido la protección de los ciudadanos frente al procesamiento de datos personales, así como la circulación de esos datos. La protección de datos tiene dos vertientes principales:

1. La protección de la privacidad, la cual constituye un derecho inalienable del ciudadano y que se ve amenazada por la globalización de las redes informáticas y de comunicación.

2. El hecho que la circulación (con mayor o menor grado de libertad) de datos constituye una parte importante del "motor" del comercio, el cual toma cada vez mayor inclinación hacia el ECDI (electronic commercial data interchange).

La directiva de la Comisión Europea reconoce la importancia de: proteger los derechos y libertades de los ciudadanos respecto del procesamiento de datos; armonizar los estándares de protección de datos en todo el territorio europeo; y

limitar el movimiento de datos a aquellos fuera del territorio europeo que no provean adecuados niveles de protección.[43]

4.2 INICIATIVAS DE LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS EN MÉXICO

El Congreso mexicano está llevando a cabo la revisión del Proyecto de Ley Federal de Protección de Datos Personales. El Senador Antonio García Torres, del Partido Revolucionario Institucional, presentó ante el Senado el primer proyecto el 14 de febrero del 2001.

Por su parte, Miguel Barbosa Huerta, diputado del Partido de la Revolución Democrática, envió una segunda iniciativa el 6 de septiembre del 2001, pero se rechazó el 30 de abril del 2002, el mismo día que se aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Las propuestas de Antonio García Torres buscan recuperar el respeto a la privacidad como un derecho esencial de los ciudadanos mexicanos, pero también establece las bases para el manejo e intercambio de datos personales y sensibles.[44]

El objeto básico de la Ley Federal de Protección de Datos es proteger los derechos a la dignidad, el honor y la intimidad de las personas mediante la regulación del tratamiento automatizado de los datos personales, y de la regulación del derecho de acceso a la información que corresponde a todo interesado, salvo los casos de interés del Estado, del interés público.

La iniciativa reconoce aspectos importantes en el contexto mexicano con respecto al manejo de datos.

En primer lugar se estima que los usuarios privados tienen a su disposición

[43] http://publicaciones.derecho.org/redi/No._04_-_Noviembre_de_1998/palazzi
[44] Revista Vértigo Publicación N. 2 del 2005

tres millones de equipos informáticos (datos más recientes indican que hay por lo menos 4 millones 663 mil usuarios). Esta situación ha ocasionado el desarrollo de aplicaciones informáticas para el tratamiento automatizado de la información en áreas como la salud, el comercio y las operaciones bancarias y de valores, por mencionar algunas de las más importantes.

En segundo lugar, existe un riesgo de que los datos presenten errores en perjuicio del usuario. Es común encontrar archivos incompletos o con datos equivocados, sin que los interesados tengan a su disposición un recurso para acceder a la información que les corresponde, quedando en seria desventaja.
Frente a este vacío legal el proyecto de Ley establece las bases para regular los archivos, bases, bancos de datos personales tanto públicos como privados, determina las obligaciones de los titulares de los bancos de datos, los derechos de los interesados para acceder a la información que les corresponde, el derecho de pedir la inclusión, modificación, bloqueo, suspensión o cancelación de los datos personales.

La iniciativa recupera los ordenamientos jurídicos internacionales en la materia

El proyecto es congruente con los artículos 8 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Quinto de la Declaración es congruente con los artículos 8 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Quinto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y ajustada particularmente a las prescripciones del Proyecto de Convención Americana sobre autodeterminación informativa que se constituyo en una guía para la elaboración de la misma.[45]

De la misma manera, la iniciativa sigue los mismos principios valores e ideas básicas sobre las que se han establecido en leyes similares en Alemania, Francia, España, Estados Unidos de Norte América, Brasil, Colombia, Paraguay,

[45] Pagina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Perú, Ecuador y Argentina, ajustándose a las características propias de nuestro sistema federal.

4.2.1 Regulación del derecho a la intimidad personal.- Reconoce la importancia de la regulación de un derecho fundamental como lo es el derecho a la Intimidad Personal, que se manifiestan otros valores constitucionales como la dignidad humana, protegida por los artículos 14 y 16 constitucionales y en los principios normativos internacionales y universales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Roma, Pacto de San José, Pacto de Nueva York, entre otros.

De acuerdo con la Constitución Mexicana, la intimidad y la dignidad del ciudadano, es un derecho que ha de tener un desarrollo y ámbito propio, para proteger y asegurar al gobernado que no será sujeto de abusos por parte de cualquier persona que intente en demérito de la dignidad del hombre sacar un provecho o beneficio.

El derecho a la intimidad, incorpora una serie elementos subjetivos y corpóreos como lo son los sentimientos, pensamientos y aspectos corporales, así como la información personal obtenida por cualquier medio, que no pueden dejar de protegerse en lo absoluto.

El derecho a la intimidad tiene un matiz activo, en donde es la propia persona quien determina el control sobre la información que por su naturaleza solo le compete a ésta, por lo que se traduce en el acceso a la información que se encuentra en bases de datos; y también en el ejercicio de ciertas facultades que se manifiestan en el Derecho de Habeas Data, es decir, en la facultad que tiene la persona a la que le conciernen esos datos de carácter personal, para llevar acabo la corrección de los mismos que han sido sometidos a tratamiento automatizado de aquella información.

La iniciativa original incluía algunas disposiciones que se eliminaron con el fin de lograr aprobación de la fracción parlamentaria del partido Acción Nacional en el Senado. De entre esas disposiciones las más relevantes son[46]:

1. La aplicación de la ley a los datos de carácter personal que figuraran en archivos o bases de datos de personas físicas o morales.
2. La creación de un Instituto Federal de Protección de Datos.

Capítulo I

Se determina como objeto general de la ley la salvaguarda de los derechos a la intimidad, el honor, y la congruencia de datos personales con los correspondientes a la persona; se concibe a la ley como un instrumento inserto en el sistema jurídico mexicano de corte federal, se precisan términos como datos, tratamiento de datos, y otros para la mayor facilidad del sujeto de la ley y se exentan de la regulación especial de la ley a ciertos datos, como los electorales, los relativos a los cuerpos de seguridad, y se salvaguardan las fuentes periodísticas.

Objeto (Artículo 1)

Esta ley tiene por objeto asegurar que el tratamiento de datos personales se realice con respeto a las garantías de las personas físicas.

En ningún caso se podrán afectar los registros y fuentes periodísticas.

Qué protege (Artículo 2).

1. Datos de carácter personal que figuren en archivos, registros, bancos o bases de datos de personas físicas, y a todo posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento

[46] Iniciativa de Ley Federal de Protección de Datos

automatizado.

2. Esta ley no es aplicable a los archivos, registros, bases o bancos de datos:

> I. De titularidad pública cuyo objeto por ley sea almacenar datos para su publicidad con carácter general;
>
> II. Cuyo titular sea una persona física y tengan un fin exclusivamente personal;
>
> III. De información científica, tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en medios de comunicación oficial;
>
> IV. De resoluciones judiciales publicadas en medios de comunicación oficial; y
>
> V. Administrados por los partidos políticos, sindicatos, iglesias y asociaciones religiosas, sola y exclusivamente en lo tocante a los datos que se refieren a sus asociados, miembros o ex miembros y que se relacionen con su objeto, sin perjuicio de que la cesión de datos quede sometida a lo dispuesto en esta ley.

Principios fundamentales para la protección de datos (Artículo 5)

1. Los datos recolectados deben ser adecuados, ciertos, pertinentes y proporcionales al ámbito y fin para el que se colectan.
2. La recolecta de datos se debe hacer por medios lícitos que garanticen el respeto a las garantías individuales y, especialmente, de los derechos al honor y a la intimidad de la persona a la que conciernen.
3. Los datos sólo pueden ser utilizados para los fines que motivaron su obtención, o para fines compatibles con éstos.
4. Los datos objeto de tratamiento deben ser exactos y actualizados de manera que sean congruentes con los concernientes al

interesado.

5. Los datos no incluidos, incompletos, inexactos o que estén en desacuerdo con la realidad de los que corresponden a la persona que conciernen, deben ser incluidos, complementados, actualizados, rectificados o cancelados, según corresponda.
6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del interesado.
7. Los datos deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para los fines para los que fueron recolectados.

Capítulo II

Regula los derechos de los interesados, esto es de aquellos a quienes pertenecen los datos y los deberes de los responsables de los registros, bases o bancos de datos, incluyéndose algunos principios de regulación genéricos para algunos datos como los relativos a las instituciones que otorgan informes de crédito, los que administran las entidades públicas, entre otros.

En este capítulo segundo destaca que las personas tienen derecho a conocer quién, para qué y cuáles son los medios de defensa frente a las anomalías en la colecta y tratamiento de datos.

Artículo 23

1. Los terceros que presten servicios de tratamiento automatizado de datos personales, no pueden aplicarlos o utilizarlos para fin distinto del que figure en el contrato de servicios, ni cederlos a persona diversa, aun para fines de conservación.
2. Cumplida la prestación contractual, los datos personales tratados que hayan quedado en poder del prestador de servicios podrán ser

almacenados con las debidas condiciones de seguridad.

Capítulo III

En la iniciativa original se proponía la creación del Instituto Federal de Protección de Datos Personales. Este organismo público descentralizado con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía habría de encargarse de la regulación de los datos personales.

Conforme a la iniciativa de Ley modificada por los Senadores, el Instituto encargado de controlar, organizar, estructurar, evaluar y vigilar la protección de los datos personales, que se encuentran en los bancos de datos, archivos o registros; así como a los responsables de los mismos, regulados por esta ley, será el que disponga la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Artículo 26)

Capítulo IV

Precisa cuáles son las infracciones graves y cuáles son las leves en que pueden incurrir los responsables de los registros, bases o bancos de datos, destacando las sanciones que pueden ir desde un simple apercibimiento hasta la cancelación de los registros, bases o bancos de datos, según corresponda y determine el propio Instituto.

Habeas Data: La acción de protección de datos personales

Artículo 30:

1. La acción de protección de los datos personales o de habeas data procede:

I. Para conocer los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquellos; y

II. En los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización, omisión, total o parcial, o ilicitud de la información de que se trata, para exigir su rectificación, actualización, inclusión, complementación, reserva, suspensión o cancelación.

Artículo 31:

1. La acción de protección de los datos personales o de habeas data puede ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas señalados por el Código Civil Federal, por sí o por medio de apoderado con cláusula especial.
2. Cuando la acción sea ejercida por personas jurídicas, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados con cláusula especial que éstas designen al efecto.
3. En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor Público Federal.

Capítulo V

Establece el procedimiento de la acción protectora de datos personales que pueden ejercitar los interesados, con relación a la cual se debe decir que tiene una tramitación sencilla y rápida, congruente con su objeto: la protección eficiente y eficaz de los derechos de los interesados, cuando los datos que se incluyen en un registro o base de datos. El procedimiento tiene como ordenamiento supletorio al Código Federal de Procedimientos Civiles.[47]

4.2.2 Comentarios acerca de la iniciativa.- La resistencia de ciertas áreas del sector empresarial (sobre todo aquellas dedicadas al mercadeo

[47] www.pan.org.mx

electrónico y las que hacen estudios de mercado) a que la Ley limite sus actividades relacionadas con el tratamiento de las bases de datos.

La pertinencia de crear una agencia especializada en la protección de datos personales. El senado calculó que la creación de dicho organismo tendría un costo aproximado de 100 millones de pesos.

El derecho que tiene el prestador de servicios a almacenar datos personales con las debidas condiciones de seguridad. La legislación en otros países determina la obligación de destruir los datos, una vez concluida la prestación de dicho servicio.

Existe otra propuesta de Ley Federal de Protección de Datos que propone la creación de Sociedades de Información. Dichas sociedades son personas morales que cuentan con la autorización del organismo competente para recolectar Datos Personales, a fin de emitir Reportes de Datos.

Beneficios esperados con la aprobación de la Ley:

Dotar a los ciudadanos de posibilidad de cancelar, corregir y modificar sus datos personales (habeas data). Se elimina un vacío legal para dar paso a un entorno en el cual el individuo tiene acceso a sus datos.

Salvaguardar la información personal y sensible de los ciudadanos lo cual reducirá los riesgos en el intercambio de la misma.

Esta legislación es indispensable para promover el crecimiento de uno de los sectores más dinámicos de las economías globales o tecnologías de la información: Internet.

Regular el mercado de información que contenga datos personales o

sensibles. La adecuada protección y administración de los datos personales es un elemento crítico que permitirá a los consumidores experimentar los beneficios del comercio electrónico global.

Inhibir el abuso, por parte de terceros, de información personal y sensible.

En los años por venir seguramente los legisladores, empresarios, académicos y la sociedad en general seguirán preguntándose si existe un método de regulación que permita que los beneficios económicos de una información abundante se disfruten, pero que al mismo tiempo defienda la privacidad de aquellos que la valoran.

Una aproximación prometedora para lograr ese balance es la posibilidad de las empresas de solicitar el permiso del usuario para hacer un uso subsiguiente de su información.

Con motivo de la demanda civil que ha presentado por daño moral la señora Marta Sahagún de Fox en contra de la periodista Olga Wornat a propósito de sus "Crónicas dolosas desde un México impune", se han desatado diversas opiniones sobre el hecho y se ha reencendido una añeja discusión sobre la libertad de expresión y sus limitaciones y restricciones legítimas.

Más allá de la formulación legal de la demanda, el asunto recuerda la imperiosa necesidad de formular en nuestro país una legislación reglamentaria de los artículos Sexto y Séptimo de la Constitución, que establezca con toda claridad un sistema de garantías a las libertades de expresión, de publicación o imprenta, y del derecho a la información, así como la precisión de los conceptos del honor, la reputación, vida privada e intimidad, asumidos como límites de aquellos y derechos fundamentales de la personalidad, puestos también bajo resguardo de la tutela del Estado democrático.

Se supone que en México la ley reglamentaria de los artículos sexto y séptimo es la de Imprenta, que data de 1917. Aunque tiene un carácter preconstitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha formulado diversas tesis jurisprudenciales con base en ella, con lo que ha reconocido su plena vigencia.

Sin embargo, esa ley responde a un momento distinto y distante del que vivimos como sociedad. Se hace necesario abrogarla para dar vida a un ordenamiento sencillo que zanje un mar de confusiones entre libertad y responsabilidades ulteriores, entre derecho a la información y los límites reconocidos internacionalmente a ese derecho.

Así como es fundamental para la libertad de expresión "piedra angular en la construcción del estado democrático" garantizar el ejercicio pleno, libre de cualquier censura previa o de controles directos o indirectos, también lo es resolver con claridad los bienes jurídicamente protegidos en el derecho al honor, a la vida privada y a la intimidad. De hecho sería fundamental avanzar hasta la garantía del derecho a la propia imagen, como lo han hecho otras naciones, incluso en sus constituciones.

A una democracia como la nuestra, en constante estado de transición política y con los grados de polarización a que ha llegado, no le favorece postular la libertad de expresión como un valor social absoluto, carente de fronteras y por cuya virtud esencial se justificarían los más atroces atropellos a la dignidad de las personas. No es un derecho ilimitado, no es conveniente que lo sea. De ser así, no se podría sancionar el chantaje (que se vale de la expresión) ni las mentiras ante los jueces, ni se podrían proteger datos absolutamente personales o informaciones confidenciales en manos del Estado. Por tal razón, en varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos que México ha suscrito como tratados internacionales de derecho desde 1981 se contemplan restricciones y límites. El artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al igual que los

artículo 13 de la Convención Americana y el 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos se refieren a ello. En efecto, el párrafo tercero del artículo 19 del Pacto expresa que: "El ejercicio del derecho de libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."[48]

El orden internacional ha ido resolviendo ese tema esencial de la convivencia social, armonizando las normas, determinando y delimitando los derechos, definiendo dónde cede el honor ante la libertad, dónde la vida privada ante la información pública, o viceversa. Estos avances registrados en países como España, Portugal, Canadá o República Dominicana no han acabado con los periodistas valientes y combativos, por el contrario han emergido con más fuerza y prestigio porque además se vuelven rigurosos, informados. Los amantes del rumor y de la invectiva asumen las consecuencias de su propia temeridad. Y ese es un poco el problema que hoy tenemos en la discusión actual: quienes hacen la defensa de la libertad de expresión de manera irrestricta tratan de justificar un periodismo que cuestionándolo y escrutándolo todo no se quiere someter al mínimo escrutinio para sí del cumplimiento de deberes éticos y legales a los que están obligados. Ese sector reducido pero actuante busca que, entre las actividades profesionales, el periodismo sea excepción jurídica, zona de impunidad.

Y en ese sector es en el que se ha podido incrustar el libelo de la señora Wornat que, plagado de infundios, rumores, mentiras y chismes, es un ejemplo claro de trastocamiento de los límites establecidos a la libertad de expresión en materia de honor y derecho a la intimidad.

[48] Pagina De La Corte Inter. Americana De Derechos Humanos

El derecho a la intimidad tiene por objeto el respeto de un ámbito de vida privada, personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento público y de las intromisiones de los demás. Luis Carreras Serra nos refiere que la privacidad es más amplia que la intimidad, puesto que mientras la intimidad protege las esferas en que se desarrollan las facetas singularmente reservadas a la vida de las personas, la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que coherentemente entrelazadas entre sí arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene el derecho de mantener reservado.

No se puede cuestionar por tanto, y por más que quien lo haga no goce de su consideración, el derecho a la intimidad como el derecho del ciudadano no sólo a preservarse una esfera de la vida propia como secreta e intangible a los demás, sino también a defenderse cuando alguien trate de manipularla o instrumentalizarla con meros fines comerciales, más que informativos.

4.3 CONFLICTO ENTRE LA INTIMIDAD PERSONAL Y EL ACCESO LA INFORMACIÓN

La necesidad de un espacio de intimidad es una cuestión inherente al ser humano. Es natural el deseo de conservar un reducto de datos, actividades o información oculta de los demás y poder decidir con quién compartirla y en qué momento hacerlo.

El derecho a la intimidad fácilmente entra en conflicto con el derecho al acceso a la información, ya que el primero exige el respeto a la libre decisión de conservar en secreto todo aquello catalogado como personal, siempre y cuando con ello no se cause daño a nadie.

Ya se ha mencionado que la transparencia y el acceso a la información son elementos indispensables de la democracia para que los ciudadanos conozcan y controlen la actuación de sus gobernantes y señalaba también que es tenue la frontera entre el derecho de los ciudadanos a recibir información y la obligación del Estado de reservarse datos o documentación que sea indispensable para conservar la paz social o la seguridad nacional.

En esta relación es necesario tomar en cuenta también el límite que marca el derecho a la intimidad, ya que solamente justificaría inmiscuirse en ese espacio cuando hubiera un interés más alto que pudiera estar en riesgo, como la Seguridad Nacional o la vida, la integridad física o la reputación de un tercero.

A veces son divulgados datos íntimos de una persona, sin autorización del involucrado, únicamente para llenar espacios en los medios de información o para satisfacer la morbosidad de los lectores o espectadores. Lo que se considera íntimo cambia en cada individuo, esto queda comprobado con los programas de televisión y las revistas que indagan cuestiones personales. Así como algunos quieren ocultar cosas, también es cierto que hay personas que desean exhibirse, por lo tanto, la diferencia entre lo lícito y lo ilícito debe encontrarse en la autorización expresa para dar a conocer determinadas actividades.

Debe regularse con toda exactitud el tratamiento que debe darse a los datos que obtienen los particulares, las empresas y también el Estado para que la intimidad sea invadida únicamente cuando haya una razón superior debidamente justificada y solamente durante el tiempo que sea necesario. Tan pronto como la información deje de ser útil para proteger a terceros debe ser destruida, para evitar malos manejos.

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional (Cisen), servicio de inteligencia y contrainteligencia para la Seguridad Nacional del país, tiene dentro de sus atribuciones establecer y operar un sistema de investigación e información

que contribuya a preservar la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano. Fuera de estos supuestos no está facultado para obtener, ni mucho menos conservar, datos personales de los ciudadanos. Es urgente que exista una mayor reglamentación de los alcances de sus atribuciones para evitar que sea vulnerado el derecho a la intimidad que debe garantizar el Estado.

Dentro de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se utiliza el concepto de "información reservada" para indicar aquella que el Estado puede guardarse del acceso público, pero se refiere a razones de interés nacional y no establece límites en función de respetar el derecho a la intimidad.

La violación de correspondencia, la intervención de líneas telefónicas, las fotografías y videos sin autorización, así como observar a personas o escuchar conversaciones ajenas, son prácticas sumamente ofensivas a la vida personal, por lo tanto, es necesario que se establezcan límites claros a estas conductas y que sean castigados como delitos graves.

En la ética aplicada a las diversas profesiones se incluyen normas relativas al Secreto Profesional. El abogado o el médico que en ejercicio de su profesión se enteran de algunas situaciones, solamente pueden divulgar la información cuando guardar el secreto pudiera afectar el interés general o causar un mal mayor que la violación a la intimidad de su cliente, pero hay muchos oficios y actividades que no cuentan ni siquiera con un código de ética.

La discreción no debería ser solamente un signo de buena educación o una cualidad apreciable, sino una obligación, con graves sanciones en caso de incumplimiento. Por ejemplo, el portero de un edificio, un chofer, el personal doméstico o una secretaria poseen, por el simple ejercicio de su trabajo datos, horarios, nombres, que manejados maliciosa o negligentemente pueden provocar graves riesgos a la seguridad de las personas.

El llamado "secreto industrial" y la "cláusula de secrecía" se incluye en los contratos para preservar la información privilegiada que se obtiene del desarrollo de ciertas actividades mercantiles, con fines comerciales y buscando la protección de la exclusividad de las patentes. Debería de ampliarse a todos los campos de la actividad humana y que todo aquel que divulgue información, sin autorización y sin una razón de interés, general sea castigado.

Una vez invadida la intimidad, ésta ya no se recupera nunca, el individuo queda exhibido en aquello que quería ocultar y expuesto a burlas o agresiones afectando gravemente la vida personal, familiar y social del sujeto. Se le causan complejos o daños psicológicos difícilmente reparables.

Sin duda alguna, el derecho de acceso a la información es un derecho humano muy importante, pero no está por encima del derecho a la intimidad y no debe servir de pretexto para invadir injustificadamente la esfera de lo que cada individuo decida libremente guardar para sí como secreto y personal.

4.4 PROTECCIÓN DE DATOS EN MATERIA ELECTRÓNICA COMO FUENTE DEL SECRETO Y LA INTIMIDAD PERSONAL.

De la misma manera en que el hombre nace libre físicamente, tiene la libertad de dar a conocer de sí mismo, a la sociedad lo que su voluntad le sugiera, pero con el desarrollo de la tecnología y la creciente demanda de información de nuestros días, esto parece ser imposible. Esta consideración encuentra una explicación bipolar, ya que por un lado puede tratarse de la inseguridad que representa el almacenamiento, ensayo, recopilación o transmisión de datos, en las redes internas de las empresas publicas o privadas, así como de la misma red mundial, o bien, a pesar de la seguridad, debido al ingenio que poseen personas que por diversas razones se aplican en la manipulación de sistemas informáticos ajenos, ya sea por una u otra de las alternativas, la intimidad de las personas se ve conculcada.

Así pues en el presente apartado justificaremos la urgente e indispensable legislación respecto de la protección de los datos que se almacenan, investigan, recogen o transmiten por medios electrónicos.

Si bien la información es un elemento indispensable para la toma de decisiones y que el hombre nace con la garantía de acceso a las noticias y demás acontecimientos, también lo es que el hombre nace con la plena facultad de decidir con quien compartir sus ideas, sentimientos o hechos de su vida personal o simplemente reservarlos para sí mismo.

Ya que el derecho de disponer de los datos es de quien los ha tratado, podemos decir que si tal garantía es violada estaríamos en presencia de un atentado a las libertades individuales.

Según el Jurisconsulto Rafael De Pina Vara, las libertades individuales son:

"Las Facultades reconocidas al individuo en todo estado de Derecho, para el desenvolvimiento de su personalidad".[49]

Sin duda los adelantos tecnológicos y el progreso ideológico han venido a facilitar la vida del hombre, pero, tales son las facilidades que nos han brindado la tecnología, que hemos abusado de ella. La capacidad de almacenaje, la velocidad de consulta y de transmisión de información, de una computadora, da para quien cuente con una de ellas una especie de poder, económico, psicológico, social, político.

El título de este cuarto capitulo encuentra su fundamento en la consideración de que, tanto el derecho a la información como el derecho a la intimidad, son derechos fundamentales en la vida del hombre de estos tiempos. No obstante, la distancia que guardan estos dos conceptos, se encuentran hoy en día, estrechamente vinculados, esto debido al mal sentido que se le ha dado al

[49] Rafael, De Pina Vara, Rafael. Diccionario De Derecho. Editorial Porrúa. México 1998 p. 360.

derecho de ser informado, pues abusando de este ultimo, es como se transgrede el derecho de la intimidad.

4.4.1 Derecho a la información.- El derecho a la información es una garantía individual de carácter social. Retomemos lo expuesto en el primer capítulo respecto de la información. La información es el intercambio de ideas, la comunicación de acontecimientos, pensamientos, sentimientos, etcétera. La comunicación de la información puede ser masiva o de "difusión" o puede ser comunicación interpersonal. El legislador se ocupo de adicionar esta garantía al lado de la de la libertad de expresión, por medio de las cuales el Estado se compromete a proteger el derecho de unos a manifestar las ideas o comunicar los hechos y de que otros se enteren de toda esa información.

El derecho a la información es una garantía constitucional, contenida en el articulo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: ..." Artículo 6°.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado..."

El Estado nos garantiza, el derecho a la información, que en un principio estaba dirigido únicamente a fines electorales, lo que podemos corroborar con la siguiente tesis relativa a la interpretación del artículo sexto de nuestra ley primaria.

Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6o. Constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del estado a informar verazmente. Inicialmente, la suprema corte estableció que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6o. Constitucional, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 1977, estaba limitado por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a

constituir, solamente, una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación[50]. Posteriormente, en resolución cuya tesis lxxxix/96 aparece publicada en el semanario judicial de la federación y su gaceta, novena época, tomo III, junio 1996, p. 513, este tribunal pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos, resueltos tanto en la segunda sala (art.. 2137/93, fallado el 10 de enero de 1997), como en el pleno (art. 3137/98, fallado el 2 de diciembre de 1999), la suprema corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero.

Nuestra concepción respecto de la anterior interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que el derecho a la información es la facultad de cualquier persona de solicitar sin manifestar su motivo, la información que requiera y a recibirla de cualquier autoridad, también es el derecho a conocer la verdad, siempre que esta no atente contra la moral, el Derecho, el país o a terceros. De esto último se desprende que el estado por un lado, garantiza en el sexto precepto constitucional la información y que esta sea veraz, completa y oportuna y por el otro lado protege la información personal o privada.

El derecho a la información comprende dos vertientes, a saber, el deber de informar y el derecho a ser informado.

[50] Semanario Judicial De La Federación, Octava Época, 2a. Sala, Tomo X, Agosto 1992, P. 44

a) El deber de informar. Esta vertiente comprende desde los actos la investigación, recopilación y demás actividades destinadas a la obtención de información hasta los de difusión de la información, es decir, es la parte garantizada por la constitución denominada libertad de expresión.

b) El derecho a ser informado. Es el derecho de los individuos a conocer respecto de los sucesos públicos y en general de todo acontecimiento o idea que pueda afectar su vida personal o le pueda hacer cambiar su forma de pensar. Pues como lo dijimos la información nos dota de poder y nos permite realizar con mayor eficacia nuestras relaciones sociales y laborales.

Por último diremos que una garantía constitucional no puede de ninguna manera quebrantar algún otro derecho.[51]

4.4.2 Derecho a la intimidad.- La necesidad de esconder hechos, opiniones, pensamientos y sentimientos es imprescindible para los seres humanos. Todos tenemos un espacio en nuestras mentes, nuestros documentos, inclusive en nuestros archivos secretos de nuestras computadoras, en el que guardamos antecedentes que mantenemos en secreto momentánea o permanentemente, tal espacio debe mantenerse en la calidad que se guarda en tanto el titular lo desee, por lo tanto, el respeto a esa determinación no solo obedece a los valores éticos, sino que lo respalda el Derecho. Como anteriormente observamos, el derecho a la intimidad se desprende de la interpretación del articulo sexto de la Constitución, sin embargo la protección legal de la intimidad no existe, y tener la interpretación que ha dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como única medida de seguridad para los datos personales o privados, esto es, para garantizar el derecho a la intimidad, resulta pobre, pues si bien existe una tesis que ampara este derecho, también es cierto que la mayoría de las personas la desconoce. Aunque el derecho a la intimidad es un derecho considerado como de la tercera generación, tiene ya en nuestro país un antecedente de mas de 23 años, tiempo que no ha sido suficiente, para

[51] Compendio Y Compilación IUS 2001-2003

nuestros legisladores, para dar fuerza legal a tal garantía. Empero no solo el articulo sexto le ha dado vida en nuestro país al derecho a la intimidad, pues en el año de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopto un pacto de derechos Civiles y Políticos, mismo que manifiesta en su articulo 17 que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia ni ataques ilegales a su honra y reputación." México firmó, ratificó y se adhirió a este pacto según consta en la publicación del Diario Oficial de la Federación del día 20 de mayo del año 1981. [52]

Si consideramos que la definición de la intimidad es la parte reservada o más particular de los pensamientos, afectos o asuntos interiores de una persona, familia colectividad, es fácil deducir que a esa información, solo tendremos acceso con la autorización de su titular (es), por el valor moral, social, político o de otro tipo que guarda determinada información.

Definitivamente el derecho a la intimidad se encuentra en conflicto con la cultura de la información, específicamente y por lo que atañe a la presente investigación, con la información automatizada, empero no con el derecho a estar informado, pues el derecho a la información no comprende los datos de una persona o empresa que no son susceptibles de publicar. La Corte Suprema Argentina sostuvo que el derecho a al intimidad contenido en el articulo 19 de la Constitución ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad.

En síntesis el derecho a la intimidad es la facultad que le reconoce el estado al hombre de mantener reservada la información que considere no comunicable. Entonces el hombre decide cuales son los datos que debe limitar a

[52] Diario Oficial de la Federación del día 20 de mayo del año 1981

su saber y el Derecho es el que se encarga mediante sus leyes de evitar la intromisión de terceros a dicha información.

4.4.3 El Habeas Data.- Antes de hablar del Habeas Data hablemos un poco de la figura en la que se basa esta institución, a saber, El Habeas corpus.

Es una figura jurídica que encuentra su origen en el Derecho Inglés, el Habeas corpus tiene como finalidad la libertad personal de los individuos. Esta institución se debe a la reacción de los sujetos pasivos de abusos a su libertad por parte de personas que no eran autoridad jurídica, es decir, por parte de la corona y otros. Los monarcas eran arbitrarios y ordenaban privación de la libertad y estas se llevaban a cabo sin orden judicial alguna.[53]

El Habeas corpus ha tenido un gran desarrollo en países como Inglaterra y Estados Unidos aunque consta en un cuerpo legal muy antiguo (1679 en Inglaterra), tiene su fundamento en la jurisprudencia y costumbre de estos países y tiene una gran fuerza jurídica por el sistema de Derecho anglosajón, un Derecho consuetudinario.

En pocas palabras podemos definir al Habeas corpus como una institución jurídica destinada a proteger la libertad personal de las personas. De la misma manera que nacemos con la libertad física, tenemos la libertad de disponer libremente sobre la información que nos pertenece, como los sentimientos, las ideas y en general todo lo que nuestra imaginación y cultura nos permite crear.

El habeas data puede ser concebido como un derecho que nos protege de las personas que se dedican a acceder a registros o bancos de datos y de esta forma conocer los datos personales que han sido almacenados y darles diferentes utilidades, comerciales, políticos y personales principalmente.

[53] PALAZZI, Pablo Andrés El Hábeas Data en el Derecho Argentino

El habeas data garantiza la vida privada de una persona, que nadie viole las áreas de actividad de una persona no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento. También ampara la intimidad ante las autoridades, las que solo podrán acceder a la información privada cuando esta ponga en peligro la seguridad de la nación o exista el peligro de un bien jurídico superior si determinada información no es revelada.

Al realizar un estudio acerca de esta figura no intentamos solo justificar y fomentar el estudio del derecho a la intimidad, sino queremos informar acerca del manejo de la información por parte de personas públicas y privadas sin previa autorización de los titulares de tales datos. La manipulación de nuestros datos sin nuestro permiso, se ha vuelto una práctica normal en nuestra sociedad, pensamos que esto se debe a la omisión de cuidar nuestra intimidad o lo que es lo mismo, no hemos puesto barreras limitativas a las personas que se encargan de manejar nuestros datos.

El principal factor de creación del Habeas Data consideramos que ha sido el cambio radical que ha impuesto en nuestras vidas la Informática y demás herramientas tecnológicas de punta, esta es la postura de estudio que adoptaremos en este análisis del habeas data. Cabe hacer la aclaración de que el habeas data no solo protege la intimidad del hombre, sino también la verdad e identidad de los datos del individuo que han sido registrados.

De lo anteriormente expuesto resulta que el Habeas Data protege un "complejo de derechos personalísimos", que incluyen la privacidad y la identidad, relacionados a su vez con la imagen y con los conceptos de verdad e igualdad. Sin embargo, el sentido que queremos darle al Habeas Data en la presente investigación es que su propósito se dirige a evitar las lesiones morales que

atentan contra la intimidad de las personas. Y en este concepto han coincidido la mayoría de los autores que estudian el Derecho de la Informática.[54]

4.4.4 Información reservada e información publica.- Existe información que por el interés que importa debe ser publicada a la sociedad por los medios que mayor audiencia tenga. Empero no todos los datos deben ser publicados, esto en razón de que la publicidad de algunos datos podría atacar el honor, los sentimientos o las creencias de algunas personas. En atención a lo anterior consideramos que la información procesable se divide en: datos reservados y datos públicos.

1. Consideramos como datos reservados la información que también se conoce como "sensible" y que comprenden todas aquellas situaciones intimas de las personas, como lo es la religión, las ideas socio-político y económicas, la situación económica personal, las preferencias sexuales, la raza y demás condiciones que atañen únicamente al individuo y que de reservárselas no perjudica a nadie, no obstante, de ser revelados o publicados podrían ocasionar un perjuicio.

Entre los datos sensibles que consideramos que de ser difundidos sin consentimiento y que por obvias razones vulnerarían el derecho a la intimidad, tenemos los siguientes:

- La preferencia sexual de una persona.
- La religión que profesa una persona.
- El password o clave del e-mail de una persona.
- La dirección o número telefónico de una persona.
- Etcétera.

2. Los datos públicos son aquellos que importan a toda la sociedad y que se publican cumpliendo con el derecho a ser informado. Esto es que, el estado esta

[54] PALAZZI, Pablo Andrés El Hábeas Data en el Derecho Argentino

obligado a mantener a sus habitantes informados de los hechos que en el país acontece con las reservas pertinentes y por lo tanto al publicarse provoca un beneficio para la sociedad.

Algunos ejemplos de los datos públicos son los siguientes:

- Los resultados de las jornadas electorales.
- El presupuesto nacional.
- La declaración patrimonial de los servidores públicos.
- Los accidentes y crímenes.
- Las ofertas de trabajo.
- Etcétera.

Cabe señalar que un dato por insignificante que parezca puede llegar a provocar un daño irreparable, por lo que antes de la utilización de un dato sensible, por intrascendente que parezca, es indispensable solicitar el consentimiento del titular.

4.4.5 Control de la información reservada.- Como lo dijimos con antelación la definición del Habeas Data obedece al reconocimiento de que es el individuo a quien pertenecen los datos quien debe ejercer el control de los mismos. Empero no es de sorprenderse el hecho de que la información que nos pertenece, pase de las manos de una empresa pública (como mero ejemplo: el IFE) a las de un Banco, o a las de una empresa que nos ofrece sus productos o servicios, o a las de un partido político o a las de una empresa que vende vía telefónica, todo esto sin que nosotros tengamos el conocimiento y aún más grave sin que nosotros consintamos tal trafico de nuestros datos.

A ninguna persona se le consulta respecto de la inclusión de su información a determinada base de datos, simplemente nos requieren la información, para realizar algún tramite, principalmente en las empresas publicas. Generalmente no

existe en los formatos que llenamos con información personal, una leyenda que nos consulte si la información puede ser anexada a un archivo (tradicional o electrónico), o por lo menos una leyenda que nos avise que nuestra información será incluida en una base de datos. Considerando la inexistencia de notas como las que anteriormente mencionamos, cuanto más existirán las que nos avisen que nuestra información será compartida con una serie de empresas públicas o privadas o inclusive con personas físicas.

De esta manera es como los datos de millones de personas se encuentran registrados en bases de datos de personas y empresas que en ocasiones ni siquiera conocemos y que tales datos están disponibles para ser utilizados en el momento que tales personas consideren pertinente. De cualquier forma vivimos una situación de control opresivo de nuestra información y nuestros datos pueden ser utilizados sin que nos consulten y para los fines que terceros desean.

Como dijimos anteriormente nuestros datos suelen ser fáciles de obtener pues las empresas para la realización de cualquier trámite nos la solicitan y nosotros sin cuestión alguna la proporcionamos. No obstante, esta última no es la única forma de obtener información y en nuestro país no alarmaría a nadie la forma ilegal de obtener estos datos, nos referimos al contrabando informático.[55]

El mercado negro de bases de datos es la explicación que a todas luces podemos encontrar, respecto de las cuestiones que muchas personas se hacen al recibir propaganda comercial y política generalmente. Sin embargo, las personas que reciben esta publicidad no se tornan ofendidas respecto a la disposición de sus datos sin su permiso, debido a que las campañas comerciales o políticas logran en el público un efecto psicológico, haciendo pensar a los receptores que son personas importantes para las grandes empresas o que son amigos de los políticos.

[55] BELTRAMONE, Guillermo. ZABALE, Ezequiel. El derecho en la era digital. Editorial Juris. Santa fe, Argentina, 1997. pp. 60 y 61.

Otra vía de obtención es el alquiler de las bases, esta última también es ilegal. No queremos hacer conjeturas, sin embargo lo evidente nos hace pensar que el trafico ilegal de información o la venta o alquiler se realiza generalmente del sector publico al privado, esto responde a la completa información que el estado tiene de sus ciudadanos, esto ultimo en el campo político y comercial que es lo más común, sin embargo, en cuestiones más confidenciales los bancos cuentan con información mas detallada, estamos hablando de datos de los cuales se puede deducir la forma de vida de una persona. Simplemente al hurgar en las operaciones de crédito realizadas por una persona podemos saber los lugares que frecuenta, el monto de dinero del que dispone diariamente, los productos que consume y los servicios que contrata, información que puede ser muy útil para las empresas inclusive hasta para los delincuentes.

4.4.6 Titularidad y administración de la información.- Reiteradamente hemos asegurado que la disposición de los datos corresponde a quien la información pertenece, entonces el titular de la información para defender esa facultad de dar o no a conocer tales datos tiene ciertos derechos y entre todos esos nombraremos los siguientes:[56]

- Acceso a los datos propios. Esta es la facultad que tiene el individuo de saber acerca de sus datos registrados en una base de datos o archivos y la utilización que se les puede dar. De este derecho prácticamente se desprenden los demás respecto de la titularidad de la información frente a la administración de la misma.

- Corrección y actualización de la información. Al tener el individuo el derecho de acceder a su información, también tiene el derecho de rectificar la veracidad de los datos y en su caso exigir la corrección, así como la actualización de tales datos.

- Confidencialidad y exclusión. En algunas bases de datos se registran datos de los que hemos clasificado como “sensibles” o información reservada, tratándose

[56] Idem

de este tipo de registros el titular tiene todo el derecho de exigir al administrador de los comunicados la más estricta confidencialidad en relación con sus datos y en caso de conculcar esta facultad, el titular tiene el poder jurídico suficiente para exigir la exclusión de su información de la base de datos o archivo respectivo, independientemente de la acción judicial que tendrá por los perjuicios que le cause la revelación de su información “sensible”.

Por otro lado los operadores de los datos también tienen prerrogativas, pero todas ellas se reducen al derecho a ser informado, sin embargo este derecho esta limitado a la voluntad del titular y a los derechos anteriormente señalados, por lo que el abuso de la información no tiene justificación alguna.

4.5 EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Jerarquía de las Leyes en México

La búsqueda de un bienestar general por parte del Ser Humano, como integrante de una colectividad, hace del derecho un instrumento regulador que tiende, entre otros, procurar certidumbre a las actividades tanto de carácter individual como colectiva, y armonizar los intereses de sus miembros.

El derecho, desde un plano meramente normativo, es representado por el Derecho Positivo, a decir, por los ordenamientos jurídicos emitidos por el Órgano Estatal competente, y ordenados dentro de una relación de naturaleza jerárquica y de homogeneidad.

Partiendo de lo anterior, se afirma que el Derecho Positivo Mexicano se organiza a través de tres niveles normativos, gradación reflejo del contenido axiológico y objetivo del material normativo. Este orden jerárquico normativo se desprende de lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal, en donde se deja clara la jerarquía de leyes en el país.

El derecho es considerado como un vocablo de carácter multívoco al representar varios significados; además de ser anfibológico, es decir, representa tantas acepciones como circunstancias, exempli gratia *(e. g.)*, el derecho puede ser concebido como:

- Facultad, potestad o prerrogativa del individuo;
- Resultado de las fuentes formales; Idea de justicia;
- Sistema de normas e instituciones; o
- Producto social o cultural, etc.[57]

La concepción del derecho toma en consideración el aspecto o elemento valor, norma y hecho, los cuales se encuentran relacionados y unidos entre sí, en relaciones de esencial implicación, siéndole unidad del derecho de naturaleza esencialmente dialéctica e histórica, es decir, la conducta objeto del derecho es el resultado de la implicación de los factores hecho, valor y norma.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber el las constituciones o leyes de los estados.

Aquí se establece la Supremacía de la Norma Constitucional, mientras que en el segundo escalafón se ubican las leyes expedidas por el Congreso de la Unión que emanen de la Carta Magna, y los Tratados Internacionales; mientras que las Leyes del Fuero Federal y Local se posan en un tercer rango.

A efecto de dar a conocer la presencia de la intimidad en el Sistema Jurídico Mexicano, a través del presente trabajo se expondrá el lugar que tiene

[57] BURGOA Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 30 edición, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 361.

esta figura dentro del sistema jurídico nacional, a través de una serie de normas que representan el primer nivel jerárquico.[58]

4.5.1 Protección Jurídica. La intimidad.- Se dice que la intimidad es la dimensión de reserva de carácter innato, esencial y consustancial de la naturaleza humana, y que a partir de su positivación, se busca su protección en contra de cualquier agresión o atentado, y para esto se norma esta figura, buscando su tutela en contra de actos de autoridad, a través de su reconocimiento como derecho humano, o como derecho de la personalidad, por lo que hace a actos de particulares.

El derecho a la intimidad tiene por objeto salvaguardar el ámbito íntimo de la persona, integrado por pensamientos, creencias, emociones y sensaciones propias a la individualidad del ser humano, de toda intromisión y difusión, velando en todo momento por su autonomía y control. Al hablar del ámbito íntimo de las personas como objeto de protección, el mismo deberá ser objetivado, es decir, perceptible para su plena identificación y reconocimiento, a través de pensamientos, creencias, emociones y sensaciones propias a la individualidad del Ser Humano, siendo a través de los datos e información en que los mismos son materializados, representando, por ende, el objeto de protección del derecho a la intimidad.

Por lo anterior, se afirma que el derecho a la intimidad tiene por objeto de protección datos e información de naturaleza personal propias al Ser Humano, contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2004.

Los derechos humanos y los derechos de la personalidad son dos facetas complementarias que comparten un objetivo común como es la protección de bienes con un valor moral relevante que el mismo derecho reconoce, sirviendo de

[58] BURGOA Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 30 edición, Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 362

manto protector en contra de agresiones de una diversidad de sujetos.

El dato se define como aquel signo simple que representa un hecho de la realidad, el cual se caracteriza por no estar procesado ni asociado ni relacionado.

La información se define como aquello que resulta del procesamiento del dato mismo, es decir, lo resultante de ciertas operaciones, como el registro, asociación, interacción, ordenación, clasificación, síntesis, reproducción o comunicación. Evitando toda intromisión, así como su difusión, velando en todo momento por la autonomía y control de los mismos, a efecto de salvaguardar la dignidad humana.

El derecho a la intimidad se caracteriza por ser:

- Innato;
- Inherente;
- De naturaleza absoluta;
- De naturaleza imprescriptible; y
- De naturaleza extramatrimonial.

Partiendo de una concepción tradicional, la intimidad es un derecho que se traduce en la no injerencia, reserva, secreto o en la facultad de exclusión o aislamiento; ante la sociedad de la información, en cambio, este derecho ha derivado en un aspecto positivo y dinámico, en una facultad de control sobre los datos e información personal.[59]

4.5.2 Nivel constitucional del derecho a la intimidad.- Como eco de la nación mexicana, la Constitución Federal es el ordenamiento fundamental y supremo del sistema jurídico nacional, lugar en donde se encuentran plasmados los fines esenciales del Estado. Esta Carta Fundamental, además de conformarse

[59] BURGOA Orihuela, Ignacio. Las garantías individuales, 30 edición, Ed. Porrúa, México, 1998.

por valores, principios y reglas se compone de normas que axiológicamente establecen lineamientos, orientaciones definidas y generales, lineamientos concretos y elementos básicos.

1. Artículo 6° de la Constitución Federal

Iniciando el recorrido se encuentra el artículo 6° de la Constitución Federal, y que a la letra dice lo siguiente:

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

Del precepto constitucional antes descrito se advierte que como resultado de la libertad de pensamiento, condición natural del Ser Humano, se localiza la libertad de expresarlo, es decir, se reconoce como derecho la libertad de expresión de entre los lineamientos y orientaciones generales se encuentran los principios generales del derecho son pautas normativas, es decir, patrones o directrices sobre lo que jurídicamente debe ser. Dentro de un sistema jurídico, y con base en un orden lógico, los principios generales y las disposiciones normativas deben guardar un orden armónico, además de hablar de un común fundamento de ideas, lo que conlleva a impedir la imposición de sanciones por parte del Estado por el solo hecho de expresarlas, excepto cuando se trate de las consecuencias originadas por la manifestación de ideas que, entre otros, ataque los derechos de tercero.

La exteriorización de las ideas podrá ser a través de cualquier medio, con excepción del impreso, en virtud de que el artículo 7° de la Constitución Federal es el encargado de regular dicha clase de expresión.

En atención a que la libertad de manifestación de ideas es un derecho fundamental del Hombre en sociedad, éste no es de carácter absoluto, ya que la misma sociedad impone deberes que limitan al derecho mismo. Conforme al contenido del artículo 6° de la Constitución Federal, la frontera a la libertad de expresión de ideas se encuentra delimitada a través de los siguientes supuestos:

Cuando se ataque a la moral;
Cuando se ataque los derechos de tercero;
Cuando se provoque algún delito; y
Cuando se perturbe el orden público.

Los límites antes expuestos se caracterizan por adolecer de claridad y precisión, además de su generalidad y amplitud, aunado lo anterior a que no existe norma legal o criterio jurisprudencial que proporcione certeza y seguridad para establecer los casos en los que la manifestación de ideas pudiese atacar a la moral, los derechos de terceros o se perturbe el orden público.

Conforme al artículo sexto antes citado, entre los valores jurídicos que deben ser custodiados frente a la libertad de expresión de pensamientos se localizan los derechos de terceros, los cuales representan un límite a la expresión de ideas, evitando con esto que la misma sea usada como medio para vulnerar valores protegidos legalmente, como puede ser la intimidad, entendida como aquella esfera de reserva que puede ser afectada a través de la expresión de ideas en donde se haga referencia al contenido de la esfera íntima.

Se advierte del artículo en comento cierto grado de protección a una esfera personal exclusiva de todo Ser Humano, la cual se ve traducida en la restricción o limitación a la llamada libertad de expresión, debiéndose la misma en todo momento al respeto a los derechos de terceros, es decir, a través de la protección a terceros, como limitación a la libertad de expresión de ideas, donde encuentra cabida intimidad, la cual puede ser transgredida por la manifestación de ideas.

Cabe mencionar que la limitación a la libertad de expresión de ideas, a decir, el respeto de derechos a terceros, es un lindero que en demasía peca en extensión, y en donde la presencia de la intimidad es poco clara, precisa y de forma indirecta.

El avance y evolución de la humanidad es producto del conocimiento, educación y comunicación, elementos que denotan una esencia relativa al generar y propiciar un nivel positivo o negativo de conciencia en mí, frente a mí mismo, frente a otro sujeto o frente a la sociedad misma.

El Estado se encuentra impedido a llevar a cabo inquisición o investigación de carácter judicial o administrativa en contra del sujeto que únicamente haya expresado sus ideas.

La expresión del pensamiento podrá ser a través de la palabra, de gestos, símbolos, o cualquier medio que permita la transmisión o comunicación de ideas entre los hombres, como factor de sociabilidad.

2. Artículo 7° de la Constitución Federal

A través del análisis a la Constitución Federal, en segundo término se encuentra el artículo 7°, numeral que a continuación se trascribe su contenido.

Artículo 7°. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Este artículo hace referencia a la denominada libertad de imprenta, y que se comprende de dos libertades específicas, la de escribir y la de publicar escritos.

La libertad de imprenta es concebida, al igual que la libertad de expresión

de ideas, como resultado de la libertad de pensamiento, pero a diferencia de aquélla, la libertad de imprenta hace referencia a la emisión, expresión o manifestación de ideas a través de medios escritos o gráficos.

La libertad de imprenta implica la obligación estatal correlativa consistente en la abstención a cargo del Estado de impedir o coartar la manifestación escrita de ideas, excepto cuando:

- Su ejercicio implique ataque o falta de respeto a la vida privada;
- Su ejercicio ataque a la moral;
- Su ejercicio tienda a transgredir la paz pública;
- Su ejercicio, a través de publicaciones periódicas de carácter confesional, comente asuntos políticos nacionales o informe sobre actos de las autoridades del país, o de particulares, que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones públicas; y
- Su ejercicio implique actos que desvirtúen, desnaturalicen o hagan nugatorios los objetivos a que propende la educación de la niñez y la juventud mexicana.

Al igual que las limitaciones impuestas a la libertad de expresión de ideas, las restricciones a la libertad de imprenta, en especial las tres primeras, denotan vaguedad, imprecisión y generalidad, máxime si se toma en consideración que la legislación secundaria, *verbi gratia (v. g.)* la ley de imprenta, que en principio busca establecer de forma limitativa el alcance de la vida privada, se aleja del cumplimiento de dicho objetivo, generando, en su lugar, incertidumbre y arbitrariedad en la aplicación por parte de las autoridades judiciales y administrativas de las referidas limitaciones.

Entre la demarcación a la libertad de imprenta se localiza el respeto a la vida privada, la cual ha tratado de ser delimitada a través de la legislación secundaria,

v. g. la ley de imprenta, ordenamiento reglamentario de los artículos 6° y 7° de la Constitución Federal, o a través de la jurisprudencia, sin que se haya alcanzado dicho propósito.

Tanto la legislación secundaria antes precisada como la jurisprudencia al buscar conceptuar la vida privada, lo único que provocan es mayor confusión e incertidumbre, en virtud del uso poco preciso y vago de la figura denominada vida privada.

Por lo que toca al respeto a la vida privada como limítrofe a la libertad de imprenta, prima facie ésta se aparta del concepto de intimidad, ésta entendida como el espacio de reserva en donde se posan datos e información de naturaleza personal propias al ser humano, y que busca evitar toda intromisión a efecto de salvaguardar la dignidad humana, ya que no se encuentra regulada como tal en las limitaciones a la libertad de imprenta, debido a que únicamente, entre sus fronteras, se encuentra la vida privada, la cual implica un concepto diverso.

El 12 de abril de 1917, fue publicada la denominada Ley de Imprenta, y a través de su primer artículo, se busca explicar lo que denomina vida privada es, sin lograrlo. Ley expedida por Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del contenido de las tesis jurisprudenciales que a continuación se enuncian, ha buscado su delimitación y definición, y es a través de la vida pública, como trata de explicar la vida privada, logrando mayor confusión, como a continuación se señala.

“La Ley de Imprenta de nueve de abril de mil novecientos diecisiete, que se encuentra vigente, establece en su artículo 36 que será obligatoria en el Distrito Federal y Territorios, en lo que concierne a los delitos del orden común previstos

en la propia Ley, y en toda la República por lo que toca a los delitos de la competencia de los Tribunales Federales; y si los hechos denunciados no se encuentran comprendidos en ninguno de los incisos de la fracción I del artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los que se encuentran enumerados, de manera limitativa, los delitos de carácter federal, el conocimiento del proceso que de origen a la cuestión de competencia corresponde a la Autoridad Judicial del Fuero Común." Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Instancia: pleno, parte: LXVIII, primera parte, tesis: página: 17.

"La Ley de Imprenta, expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de abril de 1917, no puede estimarse como una ley de carácter netamente constitucional, sino más bien reglamentaria de los artículos 6o., y 7o. de la Constitución, puesto que ésta ya se había expedido cuando se promulgó la Ley, la cual hubiera carecido de objeto, si sólo se hubiera dado para que estuviera en vigor por el perentorio término de 17 días; y tan es así, que al promulgarse dicha ley, se dijo que estaría en vigor "entre tanto el Congreso de la Unión (que debía instalarse el primero de mayo siguiente) reglamenta los artículos sexto y séptimo de la Constitución General de la República" y como no se ha derogado ni reformado dicha Ley de Imprenta, ni se ha expedido otra, es indudable que debe estimarse en todo su vigor."[60]

La intimidad en lo personal es entendida como aquella dimensión de reserva de carácter innato, esencial y consustancial de la naturaleza humana, cuyo objeto de protección está integrado por datos e información de naturaleza personal propias al ser humano, evitando toda intromisión, así como su difusión, velando en todo momento por la autonomía y control de los mismos, a efecto de salvaguardar la dignidad humana.[61]

3. Artículo 16° de la Constitución Federal

[60] Fuente: Semanario Judicial De La Federación. Instancia: Primera Sala, Época: Quinta Época, Tomo XXXIX, Tesis: Tesis Aislada, Página: 1525.

[61] Compendio De Leyes Y Resoluciones IUS 2001-2003

En este orden de ideas, a través de diversos derechos fundamentales reconocidos en el artículo 16 de la Constitución Federal hace su aparición, de forma poco clara e indirecta, la intimidad, como a continuación se describe.

Artículo 16°. “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.

El derecho fundamental, dirigido a asegurar la legalidad de todo acto de autoridad, contenido en el párrafo que antecede tiende a proteger a toda persona de actos arbitrarios de la autoridad que pudiesen afectar o generar una molestia, entre otros, a su domicilio. La autoridad para emitir un acto de molestia debe satisfacer las siguientes condiciones:

Que sea emitido por escrito;
Que derive de autoridad competente; y
Que en el documento escrito en que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento.

El derecho de no ser molestado en su domicilio es una proyección de la necesidad de protección al lugar en donde el gobernado a bien tiene residir. La inviolabilidad del domicilio implica la tutela de todo aquello que circunda dentro del mismo espacio, y que se encuentra alejado de la dinámica social. La intimidad puede ser violentada a través de un acto de autoridad en el domicilio del gobernado, el cual se traduce en el espacio de desarrollo de la intimidad, entendiéndolo como la esfera libre de intromisiones, en donde circunda la soledad y tranquilidad, y en la cual la intimidad suele disfrutarse.

La inviolabilidad del domicilio implica la ausencia de todo tipo de intromisión o invasión por parte de otras personas o de la autoridad misma al espacio delimitado, y en donde la intimidad del gobernado es ejercida.

La intimidad del Ser Humano, además del círculo o espacio delimitado en donde el mundo exterior es suprimido, también puede englobarse y ejercerse a través de ciertas acciones, y materializarse por medio de comunicaciones y papeles, motivo por el cual este derecho fundamental se traduce además de la inviolabilidad del domicilio en la de papeles y de posesiones.

De esta manera aparece la denominada orden de cateo, la cual se traduce como límite a la inviolabilidad del domicilio, basándose en la necesidad de preservar el orden jurídico establecido ante sus miembros integrantes, frontera establecida en los términos que a continuación se describen.

"... En toda orden de cateo, que sólo la Autoridad Judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se busca, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia..."

La intimidad de un sujeto puede ser materializada a través de ciertos datos e información, los cuales se encuentran en resguardo del conocimiento colectivo. Estos datos e información pueden ser objeto de comunicación, la cual se encuentra protegida a través del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas se traduce en el deseo de mantener bajo resguardo ciertos espacios, cuyo elemento común es el desarrollo de la intimidad, derecho plasmado en la Ley Suprema en los términos que a continuación se enuncian.

"... Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y primacía de las mismas.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada.[62]

Para ello la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.[63]

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes.

Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio...

"El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra plasmado en el párrafo anterior, en donde se establecen los lineamientos a seguir para las excepciones a esta garantía.

La inviolabilidad del domicilio, de nueva cuenta, aparece plasmada en el párrafo undécimo del artículo dieciséis de la Carta Magna, en los siguientes términos:

"... La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente

[62] Informática y documentación jurídica, 2 edición, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996,
[63] Idem.

para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos..."

Las visitas domiciliarias que se hacen referencia en el derecho antes aludido son consideradas como excepción a la inviolabilidad del domicilio al facultar a la autoridad administrativa a su ejecución, las cuales únicamente tendrán como objeto la constatación del cumplimiento de los reglamentos sanitarios y buen gobierno, así como disposiciones de naturaleza fiscal.

El acceso a ciertos datos e información que pudiesen implicar la materialidad de la intimidad, y que se exteriorizan a través de la correspondencia, se encuentran restringidos al conocimiento en general en razón de la esfera de exclusión de una comunicación entre un emisor y un receptor, en donde se prohíbe toda intromisión, con el objeto de evitar la divulgación o conocimiento de ciertos datos e información, derecho reconocido en los siguientes términos:

"... La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penado por la ley..."

De conformidad con este derecho, la correspondencia no podrá ser registrada o examinada, evitando con esto intromisión alguna al ámbito en donde están localizados los datos e información que a través de la correspondencia puedan circular, reconociéndose un espacio de reserva contra cualquier intromisión ajena que busque el examen de datos o información que se localicen en la correspondencia misma.

De nueva cuenta, a través de la fracción decimotercera del artículo dieciséis de la Ley Fundamental, la inviolabilidad del domicilio se encuentra presente al prohibir en tiempo de paz a toda autoridad militar el poder hospedarse en casa

particular contra la voluntad del dueño, reconocimiento hecho como a continuación se señala.

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

Este derecho deja entrever esa necesidad de proteger aquel espacio delimitado en donde el particular reside, y donde el desarrollo de la intimidad hace su presencia.

La restricción al derecho traducido en la inviolabilidad del domicilio es permitida, como excepción, cuando en estado de guerra faculta al miembro del ejército el poderse alojar en el domicilio particular.

La crítica al derecho antes mencionado estriba en su redacción, al afirmarse que ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular, es decir, al anexarle al sustantivo casa el adjetivo particular, implica la existencia de casas públicas, por lo anterior, se considera el uso del sustantivo domicilio y su adjetivo particular, como el más acorde, en lugar del uso del sustantivo casa con su adjetivo particular.

La vida privada se concibe como la dimensión de reserva de carácter innato, esencial y consustancial de la naturaleza humana, cuyo objeto de protección se conforma por los datos e información gestadas en la esfera individual del Hombre en sociedad, evitando toda intromisión, así como su difusión, velando en todo momento por la autonomía y control de los mismos, a efecto de salvaguardar la dignidad humana.

4.6. LA INTIMIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO EN LA ERA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En la actualidad, se vive una constante reconfiguración de la base material de la sociedad, cambio gestado en gran medida por la presencia de la tecnología de la información. El desarrollo de esta tecnología ha permitido un estado alterado de la posición que juega la persona entre las cosas, aunado a un grado relevante de masificación y de una perspectiva de carácter reduccionista de la realidad.

En la denominada sociedad de la información, la fuente de productividad estriba en la tecnología que permite la generación, procesamiento y comunicación de datos e información, por lo que se constata la presencia de un nuevo paradigma, el cual gira en torno a las tecnologías de la información, produciendo una discontinuidad en la base material de la economía, la sociedad y la cultura.

Asimismo, con la implantación de nuevos sistemas de comunicación e información en un lenguaje digital se busca la estandarización y globalización de la sociedad.

Todo objeto de estudio tiene un principio y un fin. Además de contar con una dimensión, guiando a los objetos a una cierta dirección, del pasado al futuro. El espacio de un objeto de conocimiento se representa a través de la ubicación que representa con relación a otro objeto. Así como el espacio, el tiempo se muestra ante la sociedad de la información como una medida que a sido afectada por la presencia del nuevo paradigma. Ahora se ha permitido una flexibilidad en cuanto al dominio del tiempo sobre las actividades humanas, lo anterior en virtud de la simultaneidad y la a temporalidad que ha permitido el uso de las tecnologías de la información, a temporalidad que obedece, en gran medida, a la alteración del orden secuencial de los fenómenos.

La sociedad de la información se caracteriza por lo siguiente:

La información se traduce como la materia prima; Gran capacidad de penetración de los efectos de las nuevas tecnologías; Una lógica de interconexión entre todos los sistemas; Gran flexibilidad; y Convergencia creciente de tecnologías específicas en un sistema altamente integrado.

Producción y distribución de datos e información.

Por lo que través del uso la tecnología digital se ha posibilitado un grado relevante en cuanto a la manipulación de la realidad misma, la pérdida de la identidad personal.

Con el uso de las nuevas tecnologías y la explotación de datos e información, comienza a darse una invasión tanto a la vida privada como a la intimidad, "... produciendo cambios determinantes en las relaciones sociales, en los tiempos de trabajo, en la comunicación entre las personas y en los procesos de socialización."

Del anterior proceso deriva una reducción o pérdida de la libertad tanto social como individual, lo anterior por conducto de la existencia de nuevas maneras de control social y privado que provocan, entre otros factores, el nacimiento de nuevos tipos de análisis de las personas, estudios que parten de datos e información plana de las características y estados del Hombre, dejando en un segundo plano sus propios actos, vistos en su contexto de nacimiento y desarrollo.

"... las tecnologías de la información, al permitir un manejo rápido y eficiente de gran cantidad de datos, facilitan el acopio automático de éstos referidos a las personas, sometiendo al individuo a una nueva forma de dominio social..."

En la actualidad, tanto la vida privada como la intimidad se muestran como dos esferas en un estado de frecuente tensión, debido a las fuerzas que emergen

de la necesidad social, gubernamental e individual de control, a través de la identificación y clasificación de los datos e información que representen la materialización de estas dimensiones humanas.

Es claro que la existencia del reconocimiento legal de la intimidad obedece a la necesidad de crear y mantener un sano equilibrio entre la necesidad y la exigencia de datos e información que posibiliten el desnudo de la persona, y la necesidad a un ámbito de reserva libre de injerencias.

La presencia de la intimidad ante el Sistema Jurídico Mexicano, en el ámbito constitucional, es desafortunada al ser una realidad normativa desfasada de una de una época donde la tecnología no tenia el alcance que hoy tiene.

El control del conocimiento genera la existencia de diversos sujetos, quienes ejercen un dominio pleno sobre el mismo, posibilitando la mutación de éste conforme a fines u objetivos determinados, buscando satisfacer necesidades de grupo. Estos grupos de poder, en todo momento, buscan el uso, manejo, creación y dominio del conocimiento para sobrevivir y sojuzgar a los grupos sociales antagónicos y contrarios a sus intereses.

El riesgo que corre la intimidad se hace latente, a través del procesamiento de datos e Información personal que permitan la creación de una imagen propia, imagen que en ciertos casos no se desea mostrar y hacer del conocimiento de otros, o de cuyos datos e información emerge una falsa o errónea imagen personal.

Realidad de hecho, ya que la ausencia de un reconocimiento integral, claro y preciso de la intimidad, como un derecho subjetivo, representa el reflejo de una realidad diversa a la que hoy en día se presenta ante todos, realidad que se ha denominado sociedad de la información.

Con lo anterior, es claro que la sociedad de la información surge ante un ámbito normativo que requiere una completa reelaboración, en busca de una adecuación entre lo fáctico y lo normativo, debiendo asumir con esto las consecuencias generadas por la operación frenética e insaciable de adecuación del nuevo paradigma a un marco regulatorio acorde.

La presencia actual de la intimidad en el derecho mexicano muestra una esencia parcial al no existir una reelaboración normativa reflejo del fenómeno que día a día se presenta ante nosotros, en busca de una adecuación de una realidad, como es la sociedad de la información, a determinado paradigma normativo, y es en este proceso actual de adecuación en donde el sistema jurídico mexicano limita la realidad de hecho, generándose un conocimiento parcial, ya que se parte de una realidad fáctica que en última instancia, se debe adecuar a un paradigma normativo obsoleto y limitativo.[64]

Por todo lo anterior, se hace constar que al igual que la vida privada, la intimidad es una figura cuyo reflejo ante el Sistema Jurídico Mexicano, adolece de claridad, precisión, coherencia y orden al no existir en el ámbito constitucional un reconocimiento expreso y claro de la intimidad como un derecho, limitándose a una presencia colateral, indirecta, parcial, y por ende, generando incertidumbre y desorden.

Por todo lo anterior se concluye, afirmando que la protección de los datos personales se ha convertido en un asunto de Seguridad Nacional, al ser en la actualidad motivo de debate el dar un límite en donde se plantee hasta donde puede conocerse algo de una persona, en cuanto a que tanto le interesa al Estado o a la Sociedad saber de esta, cuando el interés público rebasa el derecho personal pero sobre todo cuando la Ley trasgrede la misma esfera de derecho al permitir conocer información que solo esta reservada para quien realmente la usa y que no tiene mayor sentido el que otro la conozca, pero que aun así con morbo o

[64] Gratton, Pierre. Protección informática, Ed. Trillas, México, 1998, Pág. 154.

dolo se da a conocer creando daños en la persona, escudándose en la ley y los límites que esta da. Todo esto nos lleva al pensamiento final de si es la Ley un medio de protección o una fuente de impunidad, el choque existente entre la transparencia en la información, la libertad de expresión y la invasión a la intimidad y el abuso de información privilegiada es demasiado delgado en nuestra legislación y llego el momento de dejarlo en claro, porque de esta manera estaremos dando un paso gigantesco a favor de las nuevas generaciones que deseen excursionar en el campo del derecho.

CONCLUSIONES

1.-Resulta innegable el arraigo constitucional y el status de bien jurídico que se le ha otorgado en todos los ordenamientos legales consultados a la privacidad individual. Se ha intentado definir el término, derivado del inglés privacy y, a la luz de los elementos obtenidos de los ejemplos legislativos nacionales y extranjeros podemos afirmar que, a los fines prácticos de la aplicación del derecho, al hablar de privacidad debemos remitirnos necesariamente al significado de "intimidad" que, a su vez puede entenderse como sinónimo de "vida privada" o de "soledad total o en "compañía íntima", esto es, lo interior, lo personal, la esfera de lo íntimo intransferible, o bien de lo privado que sólo se comparte con los más próximos.

La exteriorización de este derecho subjetivo en el marco que hemos decidido incluirla, es decir, la red global de información o World Wide Web tiene su correlato en otro derecho con innegable valor constitucional: el derecho a la información, ya sea a informar o ser informado.

Este derecho a la información encuentra sus límites en el derecho a la intimidad y viceversa. En ese entendimiento, se han analizado antecedentes según los cuales, dependiendo de la situación y del contexto en que cada uno opera, se ha privilegiado la información pública o privada por sobre la intimidad, entendiendo que se halla por completo justificada la limitación del derecho subjetivo a la privacidad en beneficio de otro de rango superior. Por el contrario, los textos constitucionales que comparativamente se evaluaron permitiendo colegir que cuando la intromisión se centra en aspectos que invaden la esfera reservada del individuo, para ser expuesta ante terceros, sin un interés legítimo o un derecho constituido al efecto, configura "per se" la violación a su intimidad.

La tendencia actual que se vislumbra tiende a privilegiar, al menos en el ámbito laboral en donde se han suscitados la mayoría de los conflictos, el derecho de quienes detentan la propiedad de los medios sobre la utilización de los mismos.

Por otra parte, los antecedentes británicos y especialmente la doctrina de seguridad estadounidense ponen en serio riesgo cualquier intento de garantizar la privacidad de los usuarios de Internet a nivel mundial. La implementación de sistemas como el "Carnívoro" del FBI (Oficina Federal de Investigaciones) y "Echelon" de la NSA (Agencia Nacional de Seguridad de Estados Unidos) permiten sostener que quien ingrese en la Web debe dejar su privacidad de lado.

Esta dicotomía conceptual que se advierte en los fallos y textos legales estudiados no hace mas que reflejar el contexto caótico (jurídicamente hablando) en el que se desarrollan estas cuestiones. Sin perjuicio de ello, cualquiera sea la conclusión a la que en definitiva se arribe o los fundamentos que se brinden en defensa de una u otra postura frente a estos problemas no debe perderse de vista que el derecho a la privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rango esencial de diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno.

2.-La presencia de la intimidad ante el Sistema Jurídico Mexicano no guarda uniformidad ni línea lógica, adoleciendo de claridad y precisión, sistema normativo que no obedece a una sociedad en la que los datos e información se potencian y se revalora su tenencia, tratamiento y análisis, provocando grandes tensiones entre lo público, lo privado y lo íntimo de un Ser Humano pluri dimensional.

Ante la sociedad de la información, se requiere que en el Sistema Jurídico Mexicano se asuma a la intimidad como una realidad ideal de carácter normativo que obedezca al nuevo contexto informático, permitiendo un ámbito de plena autonomía de la voluntad humana.

La ausencia de un reconocimiento expreso a nivel normativo de la intimidad gesta incertidumbre y falta de claridad. La falta de una regulación jurídica integral de la intimidad requiere del establecimiento de un ajuste a las instituciones jurídicas vigentes, a efecto de que las mismas estén acordes a los fenómenos de actualidad.

A toda norma jurídica le corresponde una situación de hecho que consiste en la existencia de una determinada organización social, cuya finalidad es el encauzamiento de la acción dentro de pautas determinadas, así como el poder describir el estado de las cosas por medio de proposiciones.

3.- El concepto de vida privada y de secreto profesional van ligados en todos los sentidos, en la actualidad con todo el compendio legislativo existente en la materia aun es difícil integrar un cuerpo defensivo eficiente que pueda realmente proteger la esfera jurídica de los particulares del ataque a su privacidad sufrida por los nuevos elementos técnicos en manos de quienes tienen a su cargo el deber de protegernos, cuando es conocido a todas luces que la Secretaria de Gobernación tiene infiltrados agentes de inteligencia en diversas zonas de la Republica y el extranjero y es de allí de donde resulta el sentido de la pregunta ¿quien vigila al vigilante? , es preocupante el no saber como actúa en esta clase de casos la Administración Publica, un ejemplo muy claro lo tenemos durante la administración del Ing. Cuahutemoc Cárdenas en el Gobierno del Distrito Federal donde se encontraron micrófonos en las oficinas de la sede de la Jefatura de Gobierno y donde jamás se supo quien fue o fueron los responsables.

4.- El poder que tienen en sus manos los medios de comunicación es algo que no se encuentra en discusión, lo que sí se puede condenar es el mal uso que hacen de este, aunque para muchos puristas dentro de los medios cualquier tipo de regulación que pueda emanar de una ley sobre ellos es satanizada como ley mordaza es necesario el encontrara mecanismos para por fin proteger realmente a los individuos del poder de los medios, el acoso total y hasta la impune forma en como actúan algunos de los representantes e estos medios constituyen un verdadero peligro para la intimida personal y secreto profesional, escudados en la libertad de expresión han acabado con vidas y carreras de la manera mas impune, ejemplos claros los podemos observar en el caso de la Televisora del Ajusco, S. A. (TV Azteca) contra la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico donde la empresa descargo todo su aparato informativo sin pruebas para atacar al titular de

esa dependencia y acusarlo de socavar la libertad de expresión en un intento por lograr que la secretaria no se le aplicara una multa por violaciones al sistema bursátil, sin que esto hasta la fecha haya hecho el que se considere un castigo contra dicha televisora; al igual de la invasión hecha a la intimidad personal de la Señora Marta Sahagún de Fox por la periodista Argentina Olga Wornaf al publicar en la revista Proceso una carta propiedad exclusiva de la Señora Sahagún sin su consentimiento otra vez escudándose en la libertad de expresión, la publicación de la noticia de la necesidad del Presidente Vicente Fox de consumir medicamentos para calmar los nervios, lo cual pudo constituir un peligro de Seguridad Nacional al poner en duda la capacidad mental del presidente para poder tomar decisiones, todo esto constituye un peligro en contra de las libertades personales sino se encuentra una solución pronta aunque que los medios así no lo quieran.

5.-La resiente publicación del Diario Reforma nos da el preocupante punto de que cada día nacen nuevos delitos del orden informático ahora el secuestro de información puede constituir un innegable peligro para la seguridad jurídica de quienes tienen y trasladan datos de orden personal y privado a través de los Website; la legislación actual no contempla como delito el secuestro de información, y esto propone un serio dilema de interpretación que se dará mas tarde sobre si los principios de apropiación, mitificación, destrucción y apoderamiento de datos sin consentimiento del autorizado para ello, a si como su agravante al utilizar medios electrónicos también, tipifica la amenaza del chantaje y la posible petición de dinero para recuperarlo.

PROPUESTAS

1.- El Gobierno debe dejar claro su proceder y la razón así como los medios para castigar a los miembros de la Administración Publica que invadan la intimidad de los individuos escudándose en la Seguridad Nacional sin que encuentren pruebas que comprueben su dicho.

2.- Es necesaria una real regulación de cómo los Jueces otorgan los permisos para que las Autoridades puedan invadir la intimidad con motivos de la consecución de un delito mas allá de pruebas circunstanciales.

3.- La creación de una Fuente de Protección de Datos Sistematizada en Ficheros como la existente hoy en Europa conocida como Lortad que permita el manejo de información segura en la red mexicana y de seguridad a los usuarios.

4.- Que en la propuesta de creación de la Ley del Secreto Profesional periodístico se incluya el sentido de que tal no permitirá inmiscuirse en la vida privada de los particulares cuando este lesione o vulnere su persona, forma de vida lisita, sus ideas o religión, así como afecte a sus familiares, ni ataque o consiga de estos actos que vulneren su libertad o funciones de profesión, creando castigos ejemplares, para aquellos que escudándose en su profesión de reporteros intenten conseguir una ventaja o ganancia de los particulares.

5.- Que las nuevas legislaciones dejen abierta la posibilidad de interpretación de los jueces para con esto no tener que estar cambiando la Ley cada vez que nace un nuevo delito a través de las nuevas tecnologías ya que en ese caso en lo que la norma cumple su Proceso Legislativo, ya nació un nuevo delito y esta es obsoleta pero al dejar el sentido amplio de interpretación lo único que tiene que hacer el juez es que adecue la norma sin tener que cambiarla.

6.- Para que se lleve a acabo una verdadera adaptación de la norma en

materia de protección de la intimidad personal y el secreto profesional, es necesaria una reforma a la Carta Magna en su articulo 14, tercer párrafo en materia penal, y con ello poder dar pauta para que los juzgadores puedan realizar una interpretación más amplia que la que da la ley en su carácter escrito y estricto. Es realmente un concepto que derivaría en una investigación más extensa sin lugar a duda y que tal vez aquí es abordada como un mero señalamiento que considero necesario mencionar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA Notimex.
- CABANELLAS, G. (2.001). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta. Tomo I – VIII.
- CÁTEDRA Magistral Impartida El Día 12 De Septiembre De 1994, A Los Alumnos De Nuevo Ingreso A La División De Estudios De Postgrado.
- CÓDIGO de Ética Profesional del Abogado Mexicano.
- CÓDIGO Penal Federal.
- CÓDIGO Penal para el Estado Tabasco, 2000
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México.
- DERECHOS del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. H. Cámara de Diputados. LV Legislatura. México 1994. Tomo III. Página 210.
- DIARIO de Debates del Congreso de la Unión 2000-2004.
- DIARIO la Crónica.
- DIARIO la Jornada.
- DIARIO Milenio.
- DIARIO Reforma.
- DICCIONARIO Jurídico Venezolano D&F., Caracas: Editorial Texto, 1998.
- E. KELI DAVID, Manual Del Practicante De Derecho En El Mundo Del Terrorismo, Time-Warner Ed.
- ESCRICHE, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.
- FILOSOFÍA del Derecho. Eduardo García Maynez. Editorial Porrúa. Octava Edición. México 1996. Páginas413 y 414.
- GATTARI, Carlos N., Manual de Derecho Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.

✍✍IQ MAGAZINE n. 52 Año 2003 / Junio2003 México D.F. Secretos de un Manual de Inteligencia Artificial.
✍✍LA LEY Federal Contra la Delincuencia Organizada.
✍✍LA NOVÍSIMA Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
✍✍LEGA, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
✍✍LEY de Amparo.
✍✍LEY de Notarios del Estado de Tabasco.
✍✍LEY de Notarios para el Estado de Tabasco.
✍✍LEY Orgánica Española de Regulación del tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD).
✍✍LEYES Fundamentales de México. 1808-1995. Felipe Tena Ramírez. Editorial Porrúa. Decimonovena Edición. México 1995. Página 255.
✍✍OPUS. (1995). Enciclopedia Jurídica Opus. Caracas: Editorial Libra C.A.
✍✍OSSORIO, A. (1989). El Alma de la Toga. Buenos Aires: Editorial Ediciones Jurídicas Europa – América.
✍✍OTERO GONZÁLEZ, Mª del Pilar, La Revelación del Secreto de Estado en los Procedimientos Penales, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Otrosí, nº 19, 3ª Época, Octubre, 2000.
✍✍PÉNSUM De La Carrera De Derecho Elaborado Por El Departamento De Ciencias Jurídicas De La Facultad De Ciencias Sociales Y Humanidades De La PUCMM.
✍✍PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, México, 1997.
✍✍PLATÓN. Diálogos. Editorial Porrúa. Vigésimo Tercera Edición. México 1993. Páginas 56 y 57.
✍✍REVISTA Contra Líneas Periodismo De Investigación México D.F. Marzo 2004 Art. Espionaje Telefónico En Los Pinos Defensa Y

Gobernación.

✍✍TESIS Del Delito De Revelación De Secretos, Lic. César Manuel López Tosca. Universidad Juárez Autónoma De Tabasco 1977.

✍✍TESIS: De Maestría Inteligencia Preventiva Contra La Delincuencia Organizada: Perspectiva Y Proyecto De Reforma Del Derecho Penal Contra La Delincuencia Organizada En México Lic. Cecilia Natalia Díaz Aguilar Villahermosa Tabasco 15 De Septiembre 2004

✍✍ZONDENMAN, Laboratorio De Criminalistica, Limusa, Noriega Editores 1993 México.

ANEXOS

GLOSARIO

Ética*:* El término ética deriva de “Noos”, que significa costumbre y, por ello, se ha definido con frecuencia la ética como doctrina de las costumbres, sobre todo en las direcciones empirísticas. Las virtudes éticas son para Aristóteles aquellas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin. [65]

A estas virtudes pertenecen las que sirven para la realización del orden de la vida del Estado, la justicia, la amistad, el valor, etc., y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito, por lo cual pueden llamarse virtudes de hábito o tendencias.

Cliente: Persona que confía sus intereses a otra. Respecto de la persona que ejerce una profesión es la que utiliza sus servicios, es el tutelado o amparado. [66]

Deontología: Aquella parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber, en contraposición a la ontología que trata de la naturaleza, el origen y el fin del ser. Etimológicamente proviene del griego “debo”, que significa deber y, “logos”, que significa razonamiento, ciencia. [67]

Deontología profesional: Designa el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad del profesional. Su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario. [68]

[65] Lega, C. (1976). Deontología de la profesión de Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A. Pág. 594
[66] Lega, C. (1976). Deontología de la profesiónde Abogado. Madrid: Editorial Civitas, S.A. Pág.27
[67] idem23
[68] Varios Autores. (1.998). Diccionario Jurídico Venezolano D&F. Caracas: Editorial Texto. C.A. Tomo 1–4.

Abogado: El que ejerce la abogacía con título legítimo, que aboga o defiende ante los tribunales de justicia, causas de litigantes en juicio por encomienda de esas personas. En México, para ejercer dicha profesión, se requiere ser mayor de edad, tener el ejercicio pleno de los derechos civiles, estar inscrito en el Colegio de Abogados y en el Instituto de Previsión Social del Abogado (esta última parte no es obligatoria pues contravendría la constitución en su articulo quinto). [69]
El abogado es el jurista, el defensor, el asesor, el catedrático, el hombre de leyes y de letras, el universitario vocacional dedicado al estudio, a la investigación y a la enseñanza de la moral social. [70]

Asistencia jurídica: Servicios que prestan los abogados de patrocinio y letrados con el objeto de obtener un derecho sus asistidos o de ser defendidos en justicia. [71]

Patrocinio: Toda defensa o amparo. Favor o protección. Auxilio. Asesoramiento. El abogado cumple por eso función de patrocinio para con sus clientes; de modo especial, cuando actúa ante los tribunales.[72]

Secreto Profesional: Según la Academia Española; "deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión". La obligación del sigilo es para ellos tan estricta, que su violación, salvo los casos previstos en la Ley, constituye delito, incluido entre los atentatorios a la libertad. Incurren en él quienes, teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelaron sin justa causa.[73]

[69] idem25
[70] Opus. (1995). Enciclopedia Jurídica Opus. Caracas: Editorial Libra C.A (Tomo 1.p. 28).
[71] idem (Tomo 1. p. 166).
[72] idem(Tomo 3. p. 153).
[73] idem(Tomo 4. p.22).

Secreto: Oculto, ignorado por los demás. Reservado, callado, fuera del conocimiento de los demás. Silencio o reserva sobre algo dicho en confianza. Conocimiento que alguien mantiene oculto sobre las virtudes de una cosa o de una técnica. Misterio, cosa incomprensible. Escondite en algunos muebles donde se guardan cosas de valor. A tenor de lo pautado en el Código Civil Federal, el Juez tiene la facultad de acordar indemnización en beneficio de la parte a quien se le ha atentado contra un secreto o divulgándolo o violándolo.

Las cartas misivas tienen valor probatorio en un juicio, a menos que hayan sido obtenidas en contravención con la ley por lo cual el Juez las desestimará, sin perjuicio de los derechos que correspondan al agraviado por violación del secreto debido a la correspondencia epistolar.

Ley de Abogados: Por Ley de Abogados se entiende el conjunto de normas legales que determinan los derechos y obligaciones de los abogados, y los requisitos que deben llenar para poder ejercer su profesión. la nuestra emana de la ley Federal de Profesiones.

Confidencial: Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas. Documento confidencial. El Código Civil Federal hace mención de la confidencialidad de ciertos documentos, al respecto afirma: “Las cartas misivas de carácter confidencial, es decir, en que no se trata de los asuntos expresados en el código, no pueden publicarse ni presentarse en juicio, sin el consentimiento del autor y de la persona a quien fueron dirigidas”.[74]

[74] (Tomo 7, p. 598). Opus. (1995). Enciclopedia Jurídica Opus. Caracas: Editorial Libra C.A