

# ¿LA VIDA “EN LÍNEA”?!: UN ESBOZO SOBRE EL DERECHO DE LA COMUNICACIÓN TELEMÁTICA

Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo metodológico del estudio*. III. *Normas aplicables al surgimiento, desarrollo y protección de Internet*. IV. *Protección jurídica en el derecho de la telecomunicación*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es importante abordar el tema de las tecnologías de la comunicación, es decir, el análisis jurídico de Internet. No podemos olvidar que nos hallamos en una sociedad donde la informática y su principal vehículo, la computadora, se han convertido en el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto en que para designar el marco de nuestra convivencia cotidiana son utilizadas expresiones tales como la “sociedad informatizada”.<sup>1</sup> Internet es precisamente el máximo exponente de esta sociedad de la información, que con sus virtudes y reproches ha venido a poner en crisis importantes principios públicos que van desde el concepto de la soberanía estatal, hasta el respeto de la privacidad del individuo.<sup>2</sup>

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [marcia@servidor.unam.mx](mailto:marcia@servidor.unam.mx).

1 Muñoz de Alba, Marcia, “Derechos Humanos en la era tecnológica: ¿el *habeas data* la solución?, V Congreso iberoamericano de derecho constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Serie G. Estudios Doctrinales, p. 193.

2 Barrios, Muñoz de Alba y Pérez Bustillo, *Internet y el derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1998.

Desde la aparición de nuevas tecnologías de la información nos preguntábamos ¿cuál sería el derecho que debería aplicarse?, ¿cuáles eran las normas que estarían involucradas? Actualmente, el dilema no se ha resuelto aún; con esta participación esperamos aportar elementos que ayuden a esclarecer tan importantes interrogantes.

## II. DESARROLLO METODOLÓGICO DEL ESTUDIO

Efectivamente, con estas líneas trataremos de analizar desde la perspectiva jurídica, diversas áreas de incidencia de los elementos de la tecnología informática que ahora se confluyen en Internet dentro de la sociedad mexicana. Tratamos entonces de aportar reflexiones en aras de construir un nuevo marco jurídico en el ámbito de Internet, al que hemos denominado: *derecho de la comunicación telemática* (DCT).

En esta lógica, observamos que es pertinente esclarecer, en primer lugar, cuál es ese conjunto de normas aplicables al surgimiento, al desarrollo y a la proyección de la informática como instrumento de comunicación, ¿se trata de normas aisladas?, ¿se trata de normas que debemos recopilar en un solo instrumento jurídico? Y, en segundo lugar, analizaremos de manera puntual, tomando caso por caso, el contenido mismo de los sistemas de información; es decir, los diversos contenidos de Internet, para entonces poder proponer *una protección jurídica especial según sea la naturaleza sustantiva de la información que ahí se maneja*.

En esta lógica, hemos dividido nuestro estudio en dos partes: la primera, donde se define y estudia el contenido del DCT y en la segunda, analizamos el *status* jurídico de la información que circula en Internet, para otorgarle una protección *ad hoc*.

## III. NORMAS APLICABLES AL SURGIMIENTO, DESARROLLO Y PROYECCIÓN DE INTERNET

### 1. *Albores de la problemática del derecho y la informática*<sup>3</sup>

Al inicio de la década de los ochenta surge en Europa la preocupación en torno al análisis sobre las relaciones jurídicas que surgían al vin-

<sup>3</sup> Tomamos este planteamiento de un clásico en el análisis de ésta problemática, Vittorio Frosini, *Derecho e informática*, Temis, 1988.

cularse el derecho con la informática. Esta preocupación se ve incluso concretizada en una recomendación del Consejo de Europa que sugirió “la enseñanza, la investigación y la formación en la materia de informática y derecho”.<sup>4</sup>

En este documento se encuentra una llamada de atención a las autoridades de la Unión Europea sobre el incremento en la importancia de la fusión del derecho y la informática y sobre la utilidad de fomentar, en el ámbito universitario, la enseñanza fundada en un “programa modelo”, que fue anexo a la mencionada recomendación.<sup>5</sup>

En dicho programa se advertía que la “interacción de la informática y del derecho exige nuevas competencias metodológicas y nuevas estrategias disciplinarias”, pues, “por una parte la computadora se considera un instrumento utilizado por el jurista para crear bancos de datos jurídicos y para facilitar la administración de justicia; por otra parte, recurrir a la computadora plantea una serie de problemas que deben ser regulados por la ley”. En ese entonces Frosini, uno de los pioneros de esta nueva disciplina jurídica, hablaba del contenido ecléctico de la misma, utilizando el binomio “informática y derecho” como elementos que mejor reflejaban los dos aspectos del problema, por lo que se sugería que debían ocuparse la enseñanza y la reflexión jurídica.<sup>6</sup>

Ese movimiento doctrinal dio lugar a la conceptualización de una nueva rama del conocimiento jurídico donde se vinculaban las áreas de la informática, el derecho y la lógica. Incluso, a raíz de esta trilogía, se generaron tanto revistas de especialización como un cuerpo importante de bibliohemerografía,<sup>7</sup> incluso se crearon grupos o institutos de investigación sobre la materia.<sup>8</sup> Es evidente que todo ese movimiento doctrinal y de investigación jurídica, trajo como consecuencia la expedición de importantes reglamentaciones en Europa en torno a la creación, uso y proyección de los bienes informáticos, así como par el manejo adecuado de la información.

4 *Notiziario di Informatica*, editado por el Servicio para la Documentación Automática de la Cámara de Diputados, Italia, 1982, núm. 1, pp. 50-59.

5 *Idem*.

6 Frosini, Vittorio, *Informática y derecho*, Colombia, Temis, 1988, p. 136.

7 Lucas, André, *Le droit de l'informatique*, París, Themis, 1987.

8 Existen desde esa época, centros de investigación de informática y derecho, en Namur, Bélgica, en Ganges de Amsterdam y en La Haya, en Montpellier, Francia.

## 2. *Surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico: de la informática, la telemática a la telecomunicación*

El punto de partida de nuestro estudio, es decir, el objeto de regulación, la *informática*, está representada por los llamados bienes informáticos, que con su proyección hacia las telecomunicaciones están revolucionando el mundo entero.

La informática ha sido definida como un conjunto de disciplinas técnicas aplicables al manejo de la información desarrollado por medios automáticos utilizados dentro de una computadora; es un vocablo acuñado en Francia en 1962, cuando Philippe Dreyfus propuso este término para designar la fusión de la información por medios automáticos.

El término “telemática” fue utilizado por primera vez en 1978 para analizar la *interacción de la informática con las redes de telecomunicación*, en este sentido se ejemplifica la vinculación de la informática con las redes de telecomunicación, siendo este hecho precisamente la panorámica actual de los medios de comunicación: la *comunicación telemática*.

El surgimiento de *Internet*<sup>9</sup> es atribuido a Al Gore entonces vicepresidente de los Estados Unidos, quien al inicio de la década de los noventa, visualizó en los albores de la informática la conexión exponencial con las telecomunicaciones y predijo lo que actualmente es el máximo exponente de comunicación, el medio más democrático que haya existido jamás en la historia del mundo. Nada más ejemplificativo es el nombre que ha tenido la *supercarretera de información o Internet*.<sup>10</sup>

No podemos olvidar que la informática está o estará presente detrás de absolutamente cualquier actividad por pequeña o grande que sea, su sustancia será siempre la información, pero ¿cuál información? ¿será pública o privada?; siendo pública, ¿quién debe manejarla? ¿el Estado?; ¿bajo qué criterios?; ¿una empresa privada?; ¿puede darla a conocer? ¿cómo debe darla a conocer? Tratándose de información privada, ¿se trata de una persona física o persona moral? ¿tratándose de persona física? ¿quién debe darla a conocer? ¿cómo debe tratarse?

9 Internet ha tenido diversas designaciones que van desde la super carretera de la información, la WWW, la red digital, hasta el mundo virtual.

10 Por supercarreteras de la información, debemos entender una infraestructura de comunicación de alta velocidad de encadenamiento de datos, además de todo tipo de información integrando la información vocal, la transmitida por imágenes y sonidos. Internet es el máximo representante de este instrumento de comunicación. Perazo, Luis Alberto, “Las comunicaciones del siglo XXI”, *Derecho de la alta tecnología*, núms. 82 y 83, junio-julio de 1995.

### 3. *Naturaleza jurídica autónoma del derecho de la comunicación telemática*

Ha sido precisamente la utilización y desarrollo de las nuevas tecnologías de comunicación lo que dio origen, en un principio, al llamado derecho de la informática, que al ser vinculado con las redes de telecomunicación hemos propuesto denominar a este nuevo conjunto de normas específicas: DCT.

Sin embargo, nos inclinamos con aquel sector de la doctrina que ha propuesto una nueva rama del conocimiento jurídico, ésta es la plataforma del derecho de la *communicatique*; es decir, la unión de comunicación y telemática, nuestra propuesta en castellano: DCT. Esta nueva denominación engloba los aspectos relativos a la circulación de la información, uniendo entonces los aspectos de la informática, de la comunicación audiovisual y el de la telecomunicación.<sup>11</sup>

Aunque el DCT, se fundamenta en los mismos soportes tecnológicos de las tecnologías de la información que constituye el elemento sustancial del derecho de la informática, en ningún momento desaparece la especificidad o autonomía del primero, simplemente amplía el aspecto de interés del segundo.<sup>12</sup>

Desde el punto de vista jurídico no debemos olvidar que, actualmente la información forma parte de una realidad económica, en donde la informática contribuye desde luego a su difusión. En esta forma, el llamado derecho de la comunicación telemática,<sup>13</sup> pone en un primer plano el uso, el tratamiento y la regulación jurídica de los medios de transmisión de la información en sentido genérico.

Efectivamente, en un primer momento, la aparición de la informática en la sociedad no produjo mayor participación desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, las cosas han cambiado y a partir de su difusión global las reflexiones sobre una reglamentación específica están siendo cada día más aceptadas.

11 *Le droit de la communicatique*, Thémis, 1992. Memorias del Coloquio organizado por la Universidad de Poitiers de Francia y la Universidad de Montreal, en donde se propone esta nueva denominación que engloba los aspectos del derecho de la comunicación, de la información y la informática.

12 Lucas, André, *op. cit.*, p. 21.

13 Este término habrá de entenderse en términos más amplios a los tradicionalmente aceptados, ya que involucra no sólo al análisis de los medios de comunicación y su regulación jurídica, así como el potencial de la industria de la información en la comunicación audiovisual a través de las telecomunicaciones.

Es por ello que, aunque en su momento no se le aceptara como una rama específica del derecho, actualmente, afirmamos que la informática constituye en sí misma, un crisol en donde se funden normas de diversa índole, unas clásicas —propiedad intelectual, normas civiles, normas mercantiles— y otras novedosas, que han sido concebidas para responder a las necesidades actuales —*habeas data* u *ombudsman*— de la información, delitos informáticos, además de los nuevos retos políticos, económicos y jurídicos que representa el uso de las supercarreteras de información. Éste es el contenido mismo del DCT.

Ahora sí, una vez identificados los elementos integrantes del DCT, podemos definirlo como el estatuto jurídico regulador del uso, manejo y proyección de los instrumentos y tecnologías informáticas dentro de la sociedad. Debemos señalar, que al hablar del estatuto jurídico nos referimos, por un lado, a las leyes y normas particulares dispersas o en conjunto, que tengan como finalidad regular algún aspecto relacionado a los bienes informáticos, y por el otro, a las resoluciones que en este sentido hayan emitido los jueces.

#### 4. Fuentes del derecho de comunicación telemática

Reconociendo una serie de factores importantes de naturaleza social como la descentralización de servicios de información, de servicios de autoridad, el autofinanciamiento de Internet, su contribución en la globalización, el autogobierno y las proyecciones de uso mundial,<sup>14</sup> apuntaré mis reflexiones hacia aquellos otros factores de naturaleza jurídica que se encuentran en crisis, como son la extraterritorialidad de los servicios, los consecuentes conflictos de jurisdicción, la calificación y protección jurídica de la información que viaja por la red y los derechos de propiedad sobre la misma.

Como hemos observado, el uso de la informática trastoca sectores o áreas de la vida económica, social y política; que de igual manera se ven reflejadas en las ramas del derecho mexicano. Analicemos detalladamente su contenido.

<sup>14</sup> Cfr. Becerra, Manuel, “El Internet y la problemática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 22, enero-abril de 1997, pp. 3-17.

## 5. Contenido del derecho de la comunicación telemática, DCT

Efectivamente, desde el punto de vista del derecho público es fundamental aportar soluciones respecto de las garantías individuales y los derechos humanos frente al manejo de la información de los ciudadanos. Por otro lado, desde la perspectiva del derecho penal se han regulado ya una serie de conductas delictivas frente al abuso de los bienes informáticos tanto como instrumento de un delito, como objeto del mismo. Además, en el derecho privado, a través de las normas clásicas del derecho civil y mercantil, se ventila lo relacionado con las transacciones comerciales, es decir, el denominado comercio electrónico. Y finalmente, el régimen de la propiedad intelectual es la que tutela los derechos de creación de los bienes informáticos.

¿Cuáles son entonces las problemáticas que pretende resolver el derecho de la telemática? ¿cuál es su contenido? Sobre el contenido podemos decir que el derecho de la informática, se involucra en los siguientes aspectos, que serán analizados de manera inductiva, es decir, de lo particular a lo general. Recalcando que la parte considerada general, es sin duda alguna la más importante para la adecuada.

*Status jurídico de los bienes informáticos:* en la medida en que la informática hace aparecer cierto tipo de instrumentos, que hemos denominado bienes informáticos —*hardware* y *software*—, donde éstos han de ser novedosos y originales, el primer aspecto a resolver es ¿qué tipo de protección tendrán estos bienes? En este rubro el derecho de la comunicación telemática se involucra con los aspectos de la propiedad intelectual y aquellos de las telecomunicaciones. Los puntos críticos en este renglón son:

- a) los derechos de autor sobre la información expuesta en línea;
- b) los derechos de marcas sobre los denominados “nombres de dominio” que distinguen las direcciones de hojas de Internet, y
- c) relacionado con las telecomunicaciones, destacan los aspectos relativos al flujo transfronterizo de datos o *electronic data exchange* EDI, o “mensaje de datos” término que ha sido utilizado por la legislación nacional.<sup>15</sup>

15 El *mensaje de datos* no se ha definido expresamente, pero el artículo 89 del Código de Comercio dice: “en los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos, o cualquier otra tecnología. Para efecto de presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos”, reforma publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000.

*Status comercial de los bienes informáticos:* una vez resuelta la cuestión de su protección jurídica, estos bienes ingresarán al comercio, en este nivel es necesario distinguir dos figuras que se han manejado en la doctrina:

- a) en primer lugar, los llamados “*contratos informáticos*” cuando son los bienes informáticos objeto de una transacción comercial, en este punto es necesario determinar la naturaleza de las normas, es decir, si el contrato es de tipo civil, mercantil, o de propiedad intelectual;
- b) en segundo lugar, el ámbito del “*comercio electrónico*” incorporado recientemente en nuestro marco jurídico nacional.<sup>16</sup>

*Status delictivo de los bienes informáticos:* las redes de telecomunicación pueden ser tanto objeto como instrumentos de una conducta delictiva. En términos generales, es cierto que pueden aplicarse los tipos clásicos del derecho penal, sin embargo, y por la complejidad en el uso de los bienes informáticos, en muchos aspectos las conductas delictivas son difíciles de encuadrar en los tipos penales actualmente establecidos por el legislador. ¿Cómo penalizar el robo de información?; ¿el acceso ilícito a un sistema o banco de datos?; ¿el manejo inadecuado de la información?; ¿su alteración?; ¿la puesta en circulación pública? Recientemente también el legislador mexicano, quedándose corto en su verdadero alcance, ha introducido nuevas figuras en este renglón incorporando el tipo de: “*acceso ilícito a sistemas y equipos de informática*”<sup>17</sup> que, en nuestra opinión, la reforma cuenta con inconsistencias jurídicas que comentaremos más adelante.

*Aspectos en las cuestiones de garantías individuales y derechos humanos:* el manejo exponencial de la información a través de los medios electrónicos plantea serios riesgos en el uso y difusión de la información, que atentan directa o indirectamente en contra del catálogo de garantías individuales y derechos del hombre. En este particular, la normatividad jurídica se ha desarrollado profusamente, llegando incluso, en algunos casos, hasta la reforma a nivel constitucional, como en Portugal y España (en Europa), Colombia, Argentina, Perú y Venezuela, (en América), sobre el adecuado uso de la informática, previniendo en todo momento el respe-

16 Decreto de reforma al Código Civil del Distrito Federal, Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000.

17 Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal, publicado en el *Diario Oficial* del 17 de mayo de 1999, en particular el título noveno: revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

to al derecho de la vida privada de los individuos. En Europa se llegó a afirmar la existencia de la *autodeterminación informativa* en América, en algunos países, como veremos, se creó el *habeas data*.

Privilegiando el análisis relativo al manejo de la información nominativa, tema que nos parece cerca y en mayor riesgo en el ámbito de los derechos humanos, analizaremos someramente los tres primeros puntos, dejando a los expertos sobre la materia una crítica más puntual y fundamentada.

#### IV. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO DE LA TELECOMUNICACIÓN

##### 1. *Status jurídico de los bienes informáticos*

El marco jurídico de la propiedad intelectual es el que regula el *status* jurídico de los bienes informáticos. Entendemos a los bienes informáticos en un sentido amplio; es decir, la combinación de los elementos de una computadora, a saber, el denominado *hardware* y *software*, también designados la parte física y la parte inteligente de la computadora.

Entonces, los derechos de la propiedad industrial son el marco jurídico que protege las creaciones de la parte física de la computadora; es decir, los derechos relacionados con las patentes —siempre que haya novedad—, marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, avisos comerciales y signos distintivos.

Por otro lado, los derechos de autor son quienes protegen los derechos de la parte inteligente de la computadora, precisamente, los programas de cómputo, que como sabemos son el elemento sustancial de la *comunicación telemática*.

*Conflictos en Internet y la propiedad industrial*: precisamente el capítulo de marcas ha representado un enorme reto dentro de Internet.<sup>18</sup> Efectivamente con relación al uso de los llamados “*nombres de dominio*” (DNS)<sup>19</sup> que son las direcciones electrónicas de los “sitios de la red”, que

18 Internet no cuenta con un punto central de autoridad y control. En comparación con otras instituciones sociales, se ha desarrollado de forma autónoma y espontánea. Su desarrollo técnico se ha guiado por los protocolos establecidos mediante la participación en los procesos de tomas de decisión por órganos como el Grupo de Tareas de Ingeniería de Internet (IEFT) y la Entidad de Asignación de Números de Internet (IANA).

19 El sistema de nombres de dominio (DNS) tiene como función principal facilitar a los usuarios la navegación en Internet. Está constituido por el protocolo de internet (IP), que es una dirección numérica única.

fueron diseñadas para permitir a los usuarios una mejor localización, se han convertido en importantes valores comerciales.<sup>20</sup>

La tensión que existe entre los nombres de dominio por una parte, y los derechos de propiedad intelectual, por la otra, ha provocado diversas perspectivas de solución a los problemas que incluso han dado lugar a nuevos formatos de acuerdo, ya que en este renglón han tenido una importancia considerable los grupos de discusión en línea, en aras de buscar la mejor solución al problema existente.<sup>21</sup>

Como consecuencia de la propuesta del gobierno de los Estados Unidos de América, y con la aprobación de sus Estados miembros, la OMPI ha emprendido, desde julio de 1998, un amplio proceso internacional de consultas. El proceso de la OMPI consiste en formular recomendaciones a la entidad creada para administrar el sistema de los nombres de dominio, la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet o ICANN.<sup>22</sup>

En resumen, se ha sugerido que la ICANN promueva una política de solución de controversias en virtud de la cual se ofrezca un procedimiento de solución para los conflictos relativos a los nombres de dominio, ya que, por el valor comercial que éstas implican se observó en diversos países un registro abusivo infringiendo los derechos de marcas.

En esta lógica, la ICANN creó el Institute for Dispute Resolution, en mayo del presente año, como el consorcio que se encargará de resolver los conflictos relativos a los nombres de dominio en Internet. La nueva entidad está compuesta por una alianza de 500 consejeros de grandes empresas y por socios de importantes despachos de abogados.

Ahora bien, es pertinente mencionar que desde agosto de 1999 opera una política para los conflictos en los dominios “.com, .org, y .net”, que propone como alternativa a la vía judicial, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que el dominio sea idéntico o induzca a confusión con el nombre sobre el que posea intereses legítimos; es decir, el registro

20 OMPI, “La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual”, informe de la OMPI sobre el proceso de nombres de dominio de Internet, <http://wipo2.wipo.int>.

21 Los grupos de discusión más destacados son: dominios-info@listas.idg.es; se puede inscribir con poner en subject: grupo de discusión.

22 Durante el proceso de la OMPI se celebraron 17 consultas en 15 ciudades diferentes y se han recibido informes escritos de 344 gobiernos, organizaciones intergubernamentales, asociaciones profesionales, corporaciones y personas individuales. México fue uno de los activos participantes, *idem*, p. 7.

de una marca, o quién utiliza el dominio no tenga derechos sobre éste y se haya registrado y se utilice de mala fe.<sup>23</sup>

*Conflictos de Internet y los derechos de autor*: algunos exceptivos afirman que con el uso de Internet, la protección de derechos de autor se ha terminado.<sup>24</sup> Sin embargo, diversas instancias han querido tomar medidas de protección y salvaguarda de estos derechos, armonizándose con la difusión exponencial de las redes de información.<sup>25</sup>

Con relación a la situación jurídica mexicana, como sabemos, los derechos de autor consisten en el reconocimiento del Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas; donde se conceden derechos de naturaleza *moral* —unidos al autor, que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables— y *patrimonial*, que implican el derecho del autor de explotar de manera exclusiva o de autorizar a otros la explotación.<sup>26</sup>

Por su parte, los derechos *patrimoniales* implican la reproducción, publicación, edición o fijación de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar.<sup>27</sup>

Los autores o creadores tienen sobre sus obras tanto los derechos morales como patrimoniales. Sólo estos últimos son susceptibles de transmitirse en forma total o parcial a través de licencias de uso exclusivo o no exclusivo. Esta transición de derechos patrimoniales deberá ser onerosa y temporal, en ausencia de acuerdo sobre el monto será determinado por tribunales competentes.<sup>28</sup>

Es cierto, que tanto las obras están protegidas en sus derechos morales y patrimoniales se encuentran en considerables riesgos dentro del am-

23 Durante los primeros cinco meses de funcionamiento se han comenzado 659 procedimientos que afectan a 981 nombres de dominio. De ellos, ya se han resuelto 303 y quedan pendientes algunos como: uralita.com, telecinco.com, telecinco.net, telecinco.org, eresmas.com, eresmas.net, eresmas.org y cbs.org, cbs.net.

24 “*El copyright* está actualmente en crisis, principalmente por la sucesión de maravillosas máquinas nuevas para copiar y gozar de obras protegidas en nuevas formas, un milagro suficiente para deleitar a Julio Verne”, en Peters, Marybeth, “La infraestructura nacional de información desde la perspectiva del US Copyright Office”, *Derecho de la alta tecnología*, núm. 97, septiembre de 1996, pp. 2-11; Sherwood, Robert y Primo Braga, Carlos, “La propiedad intelectual y el desarrollo comercial y económico: una hoja de ruta para las negociaciones en ALCA/FTAA”, *Derecho de la alta tecnología*, núm. 105, mayo de 1997, pp. 17 y 18.

25 “A propos du projet de directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information”, *Lamy Droit de l’informatique*, núm. 98, diciembre de 1997.

26 Ley Federal de Derechos de Autor, artículos 11, 18 y 24.

27 *Ibidem*, artículo 27.

28 *Ibidem*, artículo 30.

biente de Internet. Por ejemplo, para las bases de datos que son obras protegidas por el derecho de autor, se considera que han sido publicadas porque “han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares”. Además las bases de datos por su origen se consideran una obra derivada, ya son el resultado de una adaptación, traducción u otra transformación de la obra primigenia.<sup>29</sup>

Por otro lado, también una base de datos está protegida por los derechos de autor —morales y patrimoniales—, ya que se considera una compilación según el artículo 13 que indica las obras respecto de las que se reconoce la protección para el derecho de autor: “XIV. De compilación integrada por las colecciones de obras, tales como enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones por su selección o la disposición de su contenido o materias constituyan una creación intelectual”.<sup>30</sup> Las bases de datos y sistemas de información son precisamente el contenido toral de Internet.

Incluso, la transmisión de obras dentro de la plataforma de Internet, también está protegida por el derecho de autor, como dice la Ley en su artículo 113 “las obras e interpretaciones o ejecuciones transmitidas por medios electrónicos a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y el resultado que se obtenga de esta transmisión estarán protegidas por esta ley”. ¿Pero cómo lograr el efectivo respeto de los derechos morales y patrimoniales en cada espacio del globo terraqueo?

Al parecer solo será la misma tecnología que ha puesto en crisis y en riesgo los derechos de *copyright* o de autor, de aquellas obras expuestas en Internet, lo que podrá salvaguardar el efectivo respeto de los mismos. Los límites en los programas de *downloading* se presentan actualmente como una forma de protección de los derechos de autor.<sup>31</sup> Además de una estricta armonización entre las normas internacionales y locales.

29 *Ibidem*, artículo 4o., incisos “B” y “C”.

30 *Ibidem*, artículo 113.

31 Incluso the International Publishers Copyright Council, IPCC, ha fijado una postura en el manejo de la bibliotecas y los derechos de autor en el ambiente electrónico. Salvaguardando los derechos de *copyright* y de autor en las reproducciones digitales como en los productos impresos de fuentes digitales. “International Publishers Association. El International Publishers Copyright Council, fija posición en cuanto a bibliotecas, derechos de autor y el ambiente electrónico”, *Derecho de la alta tecnología*, abril de 1996, pp. 11-14.

También en algunos casos, el derecho se ha modificado proponiendo formatos de protección jurídica diversa, tal es el caso de la directiva sobre la protección jurídica de Bases de Datos en la Unión Europea del 11 de marzo de 1996, así como la propuesta presentada por el gobierno de los Estados Unidos de América durante las discusiones referentes al Protocolo de la Convención de Berna respecto a un instrumento sobre la protección *sui generis* de las bases de datos. Estas propuestas conceden derechos “conexos” o “derechos *sui generis*” al fabricante de bases de datos, se trata de un conjunto de facultades que nacen de una circunstancia concreta y objetivamente verificable, la fabricación de una base de datos.<sup>32</sup>

En resumen, como bien afirma un especialista “es tiempo de poner el derecho y la creación tecnológica en armonía dentro de un nuevo derecho de la propiedad intelectual cuya sola finalidad sea asegurar el desarrollo de las creaciones garantizando eficazmente su protección.”<sup>33</sup>

## 2. Status comercial de los bienes informáticos

En este renglón entran, como dijimos anteriormente, el aspecto de los llamados *contratos informáticos* desarrollados principalmente por la doctrina francesa, quienes dedicaron normas del derecho público para la regulación específica a los contratos comerciales que tenían por objeto algún bien informático, trátase de *hardware* o *software*, a saber, computadoras y/o sistemas y bases de información.

La idea detrás de este marco jurídico era salvaguardar tanto los derechos de la propiedad intelectual, como de aquellos consumidores que potencialmente podrían ser objeto de abusos o de engaños.<sup>34</sup> La noción de los contratos informáticos nunca ha sido adoptada en el derecho jurídico mexicano.

32 Millé, Antonio, “Protección a los fabricantes de bases de datos: un nuevo derecho conexo”, *Derecho de la alta tecnología*, mayo de 1996, pp. 9-13. Los textos de las mencionadas propuestas están en la misma revista, propuesta de Estados Unidos, pp. 14-16; Unión Europea, pp. 17-20.

33 Bertrand, André, “Las obras informáticas en el derecho de autor: razones y perspectivas”, *Derecho de la alta tecnología*, junio de 1997, pp. 1-9; el mismo autor afirma que “el derecho de autor es un derecho del siglo XVIII, aplicado por juristas del siglo XIX a las tecnologías y creaciones del siglo XIX, mientras que el copyright sufre de un mínimo desfase ya que se trata de un derecho del siglo XVIII aplicado por juristas del siglo XX a las tecnologías y creaciones del siglo XXI”.

34 Vivant, Michel, “Les contrat de grande distribution dans l’informatique”, *Lamy droit de l’informatique et des réseaux*, 2000, pp. 855-888.

Por el contrario, la figura del *comercio electrónico*, forma ya parte de la normatividad mexicana. La Ley ha definido que “en los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”.<sup>35</sup> Cabe mencionar que a pesar de la propuesta de modelo de ley sobre el comercio electrónico de UNCITRAL, el legislador mexicano adoptó una reglamentación tan original como compleja.<sup>36</sup>

En el nuevo marco jurídico nacional, se modificaron conceptos clásicos en el Código Civil como el consentimiento expreso entendido como “la voluntad que se expresa verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”; y el tácito que “resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente”.<sup>37</sup>

Al *Código de Comercio* se introdujo el título II relativo al comercio electrónico, donde destaca la figura de *mensaje de datos*, identificado como “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada” a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.<sup>38</sup> Se establecen ciertas reglas para la validez de los mensajes de datos como medios de comunicación en los procesos del comercio electrónico a fin de que surtan efectos legales, asimilandolos a los acuses de recibo.<sup>39</sup> Sin embargo, la reforma cae en una inconsistencia ya a pesar de la validez otorgada a los mensajes de datos, abre la vía de requerir la forma escrita o la presencia de un fedatario público, que “deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuáles se atribuyen dichos mensajes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos”.<sup>40</sup>

Peor aún es el requisito de inscripción *de todos los actos mercantiles en el Registro Público de Comercio* sin precisar expresamente si los actos

35 Artículo 89 del Código de Comercio. Decreto de reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, del 29 de mayo de 2000.

36 La ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, consta de 17 artículos divididos en dos partes, la primera dedicada al comercio electrónico en general, y la segunda, al comercio electrónico en materias específicas. Destacan las nociones de mensaje de datos que asimila al intercambio electrónico de datos EDI que define en su artículo 2o.: “como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida para tal efecto”.

37 Código Civil Federal, artículo 1803.

38 Código de Comercio, artículo 89.

39 *Ibidem*, artículos 90 y 92.

40 *Ibidem*, artículo 93.

de comercio electrónico deban registrarse ante esta instancia, pero induciéndose esta conducta.<sup>41</sup>

Por otro lado, se establece que en caso de los mensajes de datos deberán resguardarse de manera íntegra e inalterable a partir del momento en que se generen por primera vez en su forma definitiva para que sea accesible en el futuro, de acuerdo a una norma oficial mexicana (NOM) que habrá de expedir la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.<sup>42</sup>

La Ley de Protección al Consumidor también fue reformada, incorporando un capítulo VIII bis, titulado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”. En este renglón la reforma fue acertada, ya que estableció obligaciones para los proveedores de servicios requiriendo un manejo confidencial de la información comercial. Esto implica que los mensajes de datos realizados en las transacciones mercantiles vía electrónica deben ser manejados confidencialmente, siendo el consumidor el único autorizado para su difusión o transmisión a terceros.<sup>43</sup>

La reforma es reciente y será necesario ver qué tanto se adapta a los requerimientos de un ambiente comercial que simplifica el intercambio de información, sin requerir formalidad o supervisión alguna.

### 3. *Status delictivo de los bienes informáticos*

El marco jurídico penal también fue modificado recientemente para incorporar el título noveno: “Revelación de secretos y acceso ilícito de sistemas y equipos de informática”, adicionando el capítulo II, intitulado “Acceso ilícito de sistemas y equipos de informática”.<sup>44</sup>

La reforma incorpora el artículo 211 bis 1-7, estableciendo tres nuevos tipos delictivos:

- a) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-1);
- b) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática del Estado que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-2), y

41 *Ibidem*, artículos 21, 21 bis, 21 bis 1, 22-27, 30, 30 bis, 31, 32.

42 *Ibidem*, artículo 49.

43 Ley de Protección al Consumidor, artículo 76-bis.

44 *Op. cit.*, nota 9.

c) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática que integran el sistema financiero que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-4). Incrementándose las sanciones en cada caso que van desde seis meses a dos años de prisión y de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa, para el caso del sistema financiero.

Ahora bien, cuando el acceso, la modificación o la destrucción es realizada por algún sujeto que tenía autorización para introducirse en los sistemas de información o equipos de informática, evidentemente, un empleado, las sanciones aumentan. Éstas van desde los tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días de multa; de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días de multa para el caso del sistema financiero.

Como comentarios a estos nuevos tipos delictivos, algunas reflexiones: ¿no se trata acaso de un abuso de confianza?, ¿qué tipo de valores implican conceder una sanción más penosa a aquel que interviene en los sistemas financieros?, ¿a caso los sistemas de información de Estado o los de una empresa son menos importantes?

Si bien es cierto, que la reforma al marco jurídico penal mexicano sobre el uso o mejor dicho el “abuso” de los sistemas de información y bancos de datos, constituye un avance, estimamos que en el ámbito procesal se dejaron algunas lagunas de consideración. Ya que debió de haberse modificado, con la intención de proporcionar tanto al juzgador, al ministerio público, como a los abogados en general mayores elementos de juicio en la comprobación del delito. La carga de la prueba parece ser un importante elemento en esta nueva forma jurídica. Estimamos que será necesaria la creación de ministerios públicos especializados, así como peritos en la materia informática.

#### 4. Aspectos en las cuestiones de garantías individuales y derechos humanos<sup>45</sup>

En la sociedad preindustrial la clave del éxito era la propiedad de las materias primas y los medios de producirlas, en la época actual, la pre-

45 Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000 (en prensa).

gunta no es ¿quién tiene?, sino ¿quién sabe? Como dice Meján, la clave es saber. Quien tiene la información tiene el poder. De aquí la vulnerabilidad del derecho a la privacidad del individuo.<sup>46</sup>

Para la protección del derecho a la privacidad frente al espectro de Internet, tiene gran relevancia el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del 28 de enero de 1981, ratificado el 27 de enero de 1984, o Convenio de Estrasburgo. Esta convención fue suscrita por 21 países europeos.

En ese entonces se estableció como objetivo del mismo “garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sin importar su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”.<sup>47</sup>

En este documento internacional la información nominativa fue definida como aquellos datos de carácter personal que significan cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.<sup>48</sup> Siguiendo la misma conceptualización esclareciendo más el concepto se ha reglamentado que se trata de los “datos personales, toda información sobre una persona física identificada o identificable-interesado, se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiología, psíquica, económica, cultural o social”.<sup>49</sup>

De gran importancia ha sido también la categoría de la *información sensible*,<sup>50</sup> para la que se han establecido normas aún más rígidas con re-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>47</sup> Artículo 1o. del Convenio de Estrasburgo, el contenido del Convenio se desarrolla haciendo una serie de definiciones de términos, precisando el campo de aplicación. En la parte medular del documento trata de la calidad de los datos refiriéndose a su legítima obtención y conservación, así como de las medidas de seguridad y los derechos de la persona interesada a tener acceso y poder, sí es necesario lograr la modificación de los mismos. Posteriormente aborda el problema del flujo fronterizo de los datos personales. Concluye con una serie de normas orgánicas de la Convención.

<sup>48</sup> Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Estrasburgo, 28 de enero de 1981.

<sup>49</sup> Resolución 74 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público. Adoptada por el Comité de Ministros el 20 de septiembre de 1974, durante la 236a. reunión de los delegados de los ministros.

<sup>50</sup> Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, artículo 6o.

lación a su manejo automatizado, en virtud de los riesgos y daños potenciales que por su difusión no autorizada puede producir.<sup>51</sup> Los rubros que contempla son:

- a) Información relativa a las creencias religiosas;
- b) Información relativa a las preferencias políticas o sindicales;
- c) Información relativa al origen racial;
- d) Información relativa a las preferencias sexuales;
- e) Información relativa a la salud;
- f) Información relativa a los antecedentes penales o infracciones administrativas.

En Europa dos países han reglamentado la protección del derecho a la privacidad en sus normas constitucionales: España y Portugal. En la Constitución de España del 27 de diciembre de 1978, es el artículo 18, inciso 4, el que determina: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de sus derechos”. En Portugal en su carta magna del 2 de abril de 1976, destina el artículo 35 con 6 incisos precisamente a la Utilización de la informática, a la letra dice: “1. Todos los ciudadanos tienen el derecho de conocer las informaciones contenidas en los bancos de información acerca de ellos y de la finalidad a que se destinen las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización..”.

Por su parte, otros países europeos establecieron normas particulares sobre la materia. La ley sueca sancionada el 11 de mayo de 1973, introdujo la creación de un registro público específico, donde se debía registrar los archivos electrónicos que incluyesen datos personales, fuera de naturaleza pública o privada, requiriendo la obtención de una licencia específica para la administración de un archivo o sistema de datos personales. Tratándose de información considerada sensible, la ley exigía la autorización expresa para su funcionamiento, que debía conceder una órgano específico denominado Inspección de Datos.<sup>52</sup>

Por su parte la ley alemana del 27 de enero de 1977, estableció el requisito del consentimiento del interesado previo al registro de un dato, además, de regular el derecho al acceso por parte del individuo, así como

51 Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “La información genética: el espejo de uno mismo”, *Cuadernos del Nucleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derecho*, UNAM, 1998, pp. 181-194.

52 *Op. cit.*, nota, 15, p. 152.

la obligación del responsable de adoptar las medidas de seguridad pertinentes.<sup>53</sup>

La ley austríaca del 18 de noviembre de 1978, aplicable al tratamiento de la información tanto del ámbito público como privado, también incorpora normas de jerarquía constitucional que otorgan a la protección de datos el carácter de derecho fundamental de la persona, sea física o jurídica.

La normatividad en Dinamarca fue orientada a la expedición de leyes independientes, según la naturaleza de la información, los registros de autoridades públicas, con excepción de los que fueran llevados por los servicios de información de la policía u otras fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional.

Por su parte, Noruega adoptó un régimen en 1978, estableciendo un sistema de licencias o autorizaciones previas, aplicable a los registrados tanto automáticos como manuales, que contengan datos de personas físicas o jurídicas, pertenezcan éstas al sector público o privado.

También, aunque tangencialmente, la Constitución de Holanda de 1983, en su artículo 10, intitulado “Respeto a la intimidad personal”, dispone que la obligación de legislar para la protección de “la esfera de vida personal en relación con la acumulación y suministro de datos personales” así como sobre “la responsabilidad de las personas con ocasión del examen de los datos por ellas almacenados y el uso que hicieren de ellos así como el aprovechamiento de tales datos”.

En América Latina, ya son varios los países que han establecido un marco normativo para la protección del derecho a la privacidad frente al manejo masivo de información por medios informáticos, destacan aquellos países que en la última década adoptaron una nueva Constitución.

En primer lugar, destaca la Constitución brasileña, vigente desde el 5 de octubre de 1988, siendo el primer texto constitucional latinoamericano que reglamentara específicamente un recurso procesal para la protección y garantía del derecho a la privacidad frente al manejo de la información de manera automática, denominado: *habeas data*.

Efectivamente, Brasil instrumentó un amparo específico bautizado *habeas data*, destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que constasen en registros o bancos de da-

53 *Ibidem*, p. 153.

tos de entidades gubernamentales o de carácter público.<sup>54</sup> De esta forma, en el artículo 5o. relativo a los derechos y garantías fundamentales de las personas, se reglamenta: “Todos somos iguales delante de la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad y propiedad”.

Sobre el *habeas data*, el mismo artículo determina que se concederá: “a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo”. El formato de Brasil fue adoptado por otros países latinoamericanos, principalmente en aquellos que han reconocido la privacidad en el manejo automático de la información.

Tal es el caso de la Constitución peruana, nación que adoptó una nueva Constitución el 31 de octubre de 1993, en cuyo artículo 2o. se enlistan los “derechos de la persona”, consagra tanto la libertad de información de las autoridades administrativas; como el derecho a la información; el derecho a la privacidad del ámbito personal y familiar genérico; de la privacidad de la intimidad familiar y personal en el ámbito de los servicios informáticos —inciso 7—. Incluso reglamenta el derecho al secreto de las comunicaciones privadas —inciso 10—.

Ahora bien, es el artículo 200 de la Constitución peruana, inciso 3, donde se regula la “acción de *habeas data*”, como un instrumento para la protección de los siguientes derechos: a) a solicitar y obtener información de entidades públicas; b) a que los servicios informativos —públicos o privados— no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; c) al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social.<sup>55</sup>

Analizando la consagración del recurso peruano, podemos destacar, que procede para la protección del: a) derecho genérico de la información —inciso 5—; b) derechos que afecten la intimidad personal y familiar —in-

54 Sidou, Othon, “*Habeas data*, mandado a injução, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular”, 3a. ed., Río de Janeiro, Brasil, Forence, 1989, p. 446.

55 Eguiguren, J. Francisco, “Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, UNAM, núm. 35, 1999, pp. 49-52.

ciso 6—, y c) derechos que afecten el honor, la reputación, la voz y la imagen propia —inciso 7—. Se ha dicho que el régimen del *habeas data* peruano, “tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo”.<sup>56</sup> Ya que ha extendido su protección, no solo los excesos del poder informático, sino también a las injerencias al honor, a la privacidad, a la propia imagen, a la intimidad familiar, e incluso a la voz.

Por su parte, la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991, en su artículo 15 decreta para todas las personas el derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, responsabilizando al Estado su obligación de respetarlos, así determina:

Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución...

Por su parte, la Constitución argentina, ha consagrado el derecho de toda persona a ejercer una acción de amparo para conocer los datos referidos a ella, así como su finalidad, contenidos en registros públicos y privados, y en caso de ser ellos falsos o discriminatorios, exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad, en el artículo 43, cuyo texto determina:

...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Gran impacto ha tenido la recepción constitucional sobre la protección del dato personal, incluso ha llegado hasta diversos Estados provinciales argentinos. Algunas de ellas se han orientado a la inclusión de disposiciones específicas referidas a la protección del derecho a la intimidad, con soluciones variadas, tal es el caso de las Constituciones de:

56 *Ibidem*, nota 4, p. 97.

- Santa Cruz<sup>57</sup>
- Catamarca<sup>58</sup>
- Corrientes<sup>59</sup>
- Formosa<sup>60</sup>
- Neuquén<sup>61</sup>
- Salta<sup>62</sup>
- Santiago del Estero<sup>63</sup>

Otras cartas fundamentales provinciales optaron con buen criterio, en definitiva, por incorporar algunas de ellas expresamente al denominado derecho de acceso, refiriéndose otras específicamente al impacto de la informática en la materia. Ésta ha sido la postura adoptada por las Constituciones de:

— Jujuy<sup>64</sup>

57 Artículo 13. Todo habitante tiene derecho a replicar o rectificar las informaciones o referencias susceptibles de afectarlo personalmente, en forma gratuita y por el mismo en que se haya hecho tal referencia o información. Una ley reglamentará el ejercicio de este derecho.

58 Artículo 15. Cualquier persona que se considere afectada por una publicación podrá recurrir a la justicia ordinaria para que ella, por medio de un procedimiento sumario, ordene al autor responsable o a la empresa publicitaria la inserción en sus columnas en el mismo lugar y con la misma extensión, la réplica o rectificación pertinente, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden (civil, penal, etc.) que correspondieran.

59 Artículo 26. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudique a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

60 Artículo 12. La libertad de expresión comprende también el derecho a las publicaciones a obtener los elementos necesarios a tal fin y la facultad que tiene toda persona a la réplica y rectificación ante una referente o información susceptible de afectar su reputación personal, la que deberá publicarse gratuitamente, en igual forma y con el mismo medio utilizado. Una ley especial asegurará la protección debida a toda persona o entidad contra los ataques a su honra, reputación vida privada y familiar, cuando ésta sea lesionada por cualquiera de los medios de difusión de las ideas del pensamiento determinadas en el artículo 10.

61 Se prevé en el artículo 22 el derecho a réplica.

62 De 1986 (artículo 22). Son inviolables el domicilio, los papeles y registros de datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier índole. Sólo pueden ser allanados, interlineados, interceptados o registrados, en virtud de orden escrita de juez competente... Las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley.

63 De 1986 (artículo 18). Todos los habitantes tienen los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: a la vida, a la libertad, al honor, a la seguridad, a la intimidad... Ningún habitante puede sufrir injerencia o ataques arbitrarios en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, su honra o su reputación.

64 Protección de la intimidad de la honra y de la dignidad... 4. Cualquier persona afectada en su intimidad, honra o dignidad por informaciones inexactas o agravantes emitidas a través de los medios de comunicación tiene el derecho de efectuar una rectificación o respuesta gratuitamente, en el mismo lugar hasta su igual extensión o duración por el mismo órgano de difusión. Ese cumplimiento

- La Rioja<sup>65</sup>
- San Juan<sup>66</sup>
- Córdoba<sup>67</sup>
- San Luis<sup>68</sup>
- Río Negro<sup>69</sup>
- Buenos Aires<sup>70</sup>

se podrá demandar mediante juicio de amparo ante cualquier juez letrado de la provincia, sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden que pudiere corresponder. ...8. El procesamiento de datos por cualquier medio o formas, nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respeto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos.

65 Artículo 30, párrafo 2. La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

66 Artículo 26. Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de los que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para estadísticos no identificables.

67 Artículo 50. Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no vulnere el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

68 Artículo 21. Todos los habitantes de la provincia tienen derecho a tomar conocimiento de los que de ellos conste en registro de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos.

69 Artículo 20. La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos, la ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguarda de la seguridad, apertura de registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando fuera razonable su mantenimiento.

70 Artículo 20. Garantías individuales. Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: 3 (*hábeas data*): a través de la garantía de *hábeas data*, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.

Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Todas las garantías procedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promueven en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretenda tutelar.

— Chubut<sup>71</sup>

Por su parte, la Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992, regula el derecho a la intimidad personal y familiar en los siguientes términos: “artículo 33. Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

Sobre la reglamentación del *habeas data* la Constitución del Paraguay en su artículo 135 establece que:

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

La protección del *habeas data* paraguayo es amplio ya que este recurso tutela: *a)* derechos personalismos, como la privacidad o la no discriminación; *b)* derechos no patrimoniales, como las convicciones religiosas, o ideas políticas, y *c)* derechos patrimoniales, para esclarecimiento de datos sobre bienes de personas físicas o morales, ya que, se hace alusión a la “persona” amparando a estas últimas.

En términos generales, podemos comentar que el *habeas data* se ha llegado a asimilar con el amparo, hecho que no ha sido del todo positivo. En este sentido se ha confundido la forma con el fondo, ya que se ha desvirtualizado la finalidad del recurso. Ciertamente, mientras el amparo es entendido como un remedio o vía procesal de naturaleza excepcional que requiere la presencia de “la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”, el *habeas data*, tiene una finalidad específica, que implica el otorgar a toda persona un medio pro-

71 Artículo 56. Toda persona puede interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o en los privados destinados a proveer informes y en caso de error, omisión, falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No puede afectarse el secreto de una fuente de información periodística.

cesal eficaz que proteja su intimidad, o bien, que evite que terceras personas hagan uso indebido de información de carácter personal.<sup>72</sup>

## 5. Ombudsman de la información

El jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio menciona en una de sus clásicas obras sobre la protección procesal de los derechos humanos, la frase afortunada de Mauro Cappelletti para designar a aquellos instrumentos procesales que están destinados específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir la protección. Es aquí donde entran “aquellos instrumentos que no pueden calificarse procesales en sentido estricto, es decir, como medios que se pueden ejercitar ante los órganos jurisdiccionales, material o formalmente considerados, pero que por estar dirigidos a la tutela rápida y eficaz, al menos en teoría, de los derechos, han alcanzado un prestigio creciente que han principiado su propia inclusión en ordenamientos diversos de aquellos en los cuales surgieron”, éste es el caso del *ombudsman*.<sup>73</sup>

Ahora bien, se ha llegado a reconocer como la primer ley europea dictada especialmente para la protección de la privacidad por el manejo de la información, la sancionada por el Parlamento del Land de Hesse de la ex República Federal de Alemania. Esta norma crea un cargo de magistrado especial para la vigilancia de la aplicación de la ley, principio que se extendería también a otros estados alemanes.

Éste es precisamente el perfil que han adoptado la mayoría de los países europeos para la defensa de la privacidad frente a la informática. Si bien es cierto que muchos no han seguido ese nombre, en esencia la institución creada para ese propósito reviste el espíritu mismo del *ombudsman* clásico.<sup>74</sup>

Éstos son organismos autónomos de la administración pública que tienen destinada la tutela y vigilancia sobre el manejo, uso y difusión de

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 162 y 163.

<sup>73</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, México, Civitas, 1982, pp. 57 y 58.

<sup>74</sup> De esta forma tenemos que los mencionados países expidieron una normatividad específica con un organismo encargado de tutelarla. Así tenemos a la ley danesa que establece una denominada Inspección de Registros; a la ley francesa que crea la Comisión Nacional de Libertades Informáticas; a la ley noruega que crea la Inspección de Datos; la ley austríaca que crea la Comisión de Protección de Datos y el Consejo de Protección de Datos, ambos a nivel federal, la ley alemana que establece la figura del comisionario o delegado federal para la protección de los datos personales.

las entidades administrativas realizando funciones inspectoras, de rectificación, de conciliación con relación a la información de los ciudadanos y aquellas entidades que realizan bancos de información nominativa.

## V. CONCLUSIONES

El uso de las tecnologías de la comunicación, cuyo máximo exponente es Internet ha dado lugar a nuevas categorías jurídicas, incluso a la conceptualización de nuevos órdenes jurídicos específicos e independientes.

El *derecho de la comunicación telemática* se propone como una rama del conocimiento jurídico que tiene por finalidad la estatuto jurídico regulador del uso, manejo y proyección de los instrumentos y tecnologías informáticas dentro de la sociedad. Donde el estatuto jurídico debe integrar tanto las leyes y normas particulares dispersas o en conjunto —que tengan como finalidad regular algún aspecto relacionado a los bienes informáticos—, como a las resoluciones que hayan emitido los jueces.

El efecto globalizador de Internet está dando lugar a una mayor y rápida homologación del derecho, en virtud de que la información jurídica que “*circula y navega*” por la red debe tener una protección jurídica *ad hoc*, al territorio en el que aterriza.<sup>75</sup>

75 La Agencia de Protección de Datos de España sancionó a Microsoft Ibérica por manejar información nominativa sin la debida autorización, *El país*, 16 de junio de 2000.