



CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS Y FUNDAMENTOS CLAVES

El derecho tributario en democracia no puede omitir ni evadir los principios constitucionales, mucho menos ir en contra de ellos. En contraste, las normas y doctrina que lo conforman deben entrar en sintonía con las garantías constitucionales hacia una búsqueda de coherencia y armonía jurídica en el marco de un Estado de derecho.¹ En la primera década del siglo XXI, la adopción de leyes de transparencia gubernamental y la reforma constitucional que adiciona el derecho de acceso a la información pública en el artículo 6o., colocaron un nuevo estándar garantista para el derecho tributario.

Tradicionalmente la justicia en el derecho tributario se realiza mediante los principios sancionados en la Constitución. En México los derechos fundamentales de los contribuyentes están expresamente sancionados en el artículo 31, fracción IV, traducidos doctrinalmente en capacidad contributiva,² igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público. En casi todas las Constituciones del mundo tanto occidental y oriental se consagran estos principios.³ Aunque en México están en plena construcción doctrinal,

¹ Siguiendo el criterio de Zagrebelsky que indica que la pluralidad de principios y valores consolida a una Constitución plural. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, derechos, justicia*, Valladolid, Trotta, 1997, p. 17.

² Para un estudio más profundo sobre la evolución jurisprudencial de la capacidad contributiva, véase Ríos Granados, Gabriela, *Control de proporcionalidad en el derecho tributario mexicano*, México, Porrúa, 2009, pp. 3-24.

³ En el caso de los Estados Unidos de América la revisión de una ley tributaria bajo los principios materiales de justicia tributaria, la realizan los ministros de la Suprema Corte de manera auto restringida y ejerciendo el control sólo en casos extremos. Los casos decididos por el Tribunal Supremo a partir de Bacchus admiten la procedencia de la retroactividad sin límites *a priori* de los efectos devolutivos

jurisprudencial y legal, no cabe duda que se deben robustecer por el principio de transparencia consagrado en nuestra Constitución federal.

derivados de la declaración de inconstitucionalidad de leyes tributarias. En 1835, la Corte Suprema estableció en la sentencia *Elliot* el criterio de que no debe devolverse el importe de los impuestos que se cobraron en una ley, luego de declarada la inconstitucionalidad por dos razones: porque esto causaría una muy grave alteración en las finanzas del gobierno y porque el contribuyente ha recibido ventajas de su pago bajo la forma de obras y servicios públicos realizados en esas finanzas. El modelo de *judicial review* que se promueve ante tribunales especiales permite el análisis de la inconstitucionalidad de una norma tributaria. Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana.

En las Constituciones latinoamericanas encontramos un sin fin de ejemplos sobre dichos postulados. En el caso chileno se consagra en el artículo 19 numerales 20, 22 y 24 de acuerdo con el libro coordinado por Herrera Molina, Pedro, *Modelo de Código Ambiental para América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. Por otro parte, Argentina establece en el artículo 40: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”. En el caso de la Constitución Colombiana en el capítulo V sobre los Deberes y Obligaciones, el artículo 95 sanciona que son deberes de la persona y del ciudadano, párrafo 9: “Contribuir al financiamiento de los gastos y de las inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad”.

En Europa del Este también encontramos sancionados estos principios, en el caso de Rumania el artículo 53 constitucional establece: “Los ciudadanos tienen la obligación de contribuir, por medio de impuestos y tasas, a los gastos públicos. El sistema legal de impuestos ha de asegurar un reparto equitativo de las tareas fiscales. Se prohíbe cualquier otra prestación, salvo las que establezca la ley, en situaciones excepcionales”. La Constitución de Ucrania sanciona en el artículo 67: “Toda persona está obligada a pagar impuestos y cuotas según el procedimiento y las cantidades prescritas en la ley. Todos los ciudadanos anualmente deben hacer su declaración del ingreso en el año anterior con el inspector del impuesto en su lugar de residencia según el procedimiento prescrito por ley. La Constitución griega establece en el artículo 78: 1. No se podrá establecer ni percibir impuesto alguno sin una ley formal que determine las personas sujetas al mismo, y la renta, categoría de patrimonio, gastos y transacciones o clases de estos a que se refiera la imposición. 2. No se podrá establecer impuestos ni otras cargas económicas por leyes con efecto retroactivo que se extienda más allá

Es así como este capítulo está dedicado a estructurar un derecho tributario con una fuerte base constitucional,⁴ y en particular, con el derecho de acceso a la información pública. En concreto, este apartado se enfocará en la transparencia y el acceso a la información tributaria que detenta la administración tributaria con motivo del cumplimiento de las obligaciones fiscales, la cual permite penetrar y conocer mejor a la autoridad tributaria haciendo uso de un derecho fundamental.

Para ello, primero explicamos el vínculo conceptual que existe entre la transparencia y el derecho tributario, así como el contexto de gobierno en el que sucede. En un nivel de mayor profundidad analítica, desarrollamos el derecho de acceso a la información tributaria, sus alcances y límites. Terminamos el planteamiento revisando el marco jurídico del acceso a la información tributaria en los ordenamientos mexicanos, ilustrando una dispersión de preceptos en diferentes leyes y la carente doctrina que apuntaría a direcciones puntuales que brinden claridad a fiscalistas, contribuyentes y legisladores.

TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN TRIBUTARIA

Empecemos planteando la pregunta básica: ¿Qué diferencia tiene la transparencia y el derecho de acceso a la información?

del año fiscal que preceda al de la imposición. 3. Excepcionalmente, cuando se trate de establecer o aumentar derechos de importación o exportación o de impuestos sobre el consumo, se autorizará la percepción de los mismos a partir del día en que se haya presentado en la Cámara respectiva propuesta de ley a condición de que la ley sea publicada en el plazo previsto por el artículo 42, párrafo I, y, en todo caso, dentro de los diez días, como máximo, siguientes al cierre del período de sesiones parlamentarias. La Constitución de la Federación Rusa en su precepto 57 sanciona: “Todo ciudadano debe pagar los impuestos y los derechos establecidos. Las leyes que establecen nuevos impuestos o perjudican la situación de los tributarios no tienen efecto retroactivo”.

⁴ Este libro parte de la visión garantista del derecho tributario, del derecho a la información, y del derecho de acceso a la información.

Las características son varias y depende de la disciplina desde que se estudie. Con el énfasis jurídico que caracteriza a este libro, pero sin omitir la influencia de otras doctrinas, subrayamos algunos puntos conceptuales a continuación.

A diferencia de la transparencia, los derechos a la información y al acceso a la información sí son derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana. El derecho al acceso a la información es un derecho social que se ha convertido a fuerza de los años en un principio rector de la democracia mexicana, fundada en la garantía de los derechos constitucionales.

La transparencia es un concepto de la teoría de la administración pública⁵ que se sitúa en un contexto neoliberal que propone reformas estructurales en la relación gobierno-ciudadano hacia una “nueva administración pública”. En este marco, para Olivier y Heater la transparencia presupone que el Estado está en una especie de *deuda* con los ciudadanos, que a la postre se traduce en un derecho a cambio de la lealtad y del pago de impuestos de los ciudadanos.⁶ Así que la transparencia es una obligación del Estado que cumple a través de políticas de información, comunicación, difusión, de testigos sociales, de reuniones abiertas, entre

⁵ En el derecho comparado se observa que en Francia la transparencia de la administración pública nació en la década del 70 cuando se impulsó la generación de nuevos derechos de los administrados que corresponden a la idea de la democracia administrativa (M. Braibant). Siguiendo esta concepción, el 17 de julio de 1978 se proclamó la ley que consagraba el derecho de toda persona a la información y se cimentó en el principio general de comunicación de los documentos administrativos, y de que toda persona tiene el derecho de conocer la información contenida en un documento administrativo; además, se estableció la publicidad regular de las directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas ministeriales que comprenden la interpretación de un derecho positivo o de la descripción de procedimientos administrativos (traducción libre), Heymann-Doat, Arlette, *Libertés publiques et droits de l'homme*, en Collection Systèmes, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, pp. 156 y 157.

⁶ En Haque, M. Shamsul, “Relationship between Citizenship and Public Administration: a Reconfiguration”, *International Review of Administrative Sciences*, Londres, vol. 65, 1999.

otras formas. En contraste, el derecho de acceso a la información es un derecho de los ciudadanos a exigir *transparencia* a sus gobernantes con información de interés público.⁷

Ahora bien, con base en la postura de Susan Piotrowski, el acceso a la información es también valor democrático que debe insertarse en la administración pública orientada a resultados. En México, este derecho está contenido en los valores democráticos-constitucionales (artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y debe ser implementado por todas las entidades del gobierno federal y en todos los niveles de gobierno. Es un hecho que sobre el desempeño de este derecho las entidades de gobierno deben reportar resultados anuales sobre su cumplimiento ante el Congreso de la Unión. Por lo tanto, su implantación y acatamiento han de responder a dos tipos de motivaciones: la garantía de un derecho, ya que su fundamento es constitucional, y de buen gobierno, pues su ámbito de aplicación es administrativa y pública.⁸

Entonces, la transparencia y acceso a la información tienen sentido en el entorno tributario toda vez que el derecho tributario es parte del derecho público y sus acciones corren a cargo de la administración pública federal. Así, es que la información y datos derivados de la gestión tributaria (pública), deben ser valorados, en cuanto a su apertura y resguardo, desde el derecho público y sus bases garantistas constitucionales. Por ejemplo, con base en la transparencia se podrá advertir si en efecto cada contribuyente cumple con su obligación constitucional de contribuir de acuerdo con su real y efectiva capacidad contributiva,⁹ y si la imposición se realiza

⁷ Una explicación más exacta de la diferencia entre transparencia y acceso a la información en Luna Pla, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 35.

⁸ Luna Pla, Issa, “Aspectos culturales de la implementación del acceso a la información en México”, *Reforma y Democracia, Revista del CLAD*, Venezuela, núm. 42, octubre 2008.

⁹ Sobre este aspecto es importante citar la nota periodística publicada por el periódico *El Universal* con fecha 5 de noviembre de 2009, en la que el Consejo

respetando la igualdad tributaria, la reserva de ley y el destino del gasto público. La transparencia se convierte así en el *instrumento no jurisdiccional*¹⁰ que tiene el contribuyente frente a la autoridad tributaria, mientras que el derecho de acceso a la información es el *instrumento jurisdiccional*, ambos útiles para hacer efectivos los principios materiales de justicia tributaria sancionados como derechos fundamentales en nuestra Constitución federal.

Vista así, la “transparencia y acceso a la información tributaria” gozan de atributos que corresponden al ámbito del interés público, principalmente, el de ser un componente importante para alcanzar la *justicia tributaria*, en tanto se establecen derechos y obligaciones equilibrados entre autoridad y contribuyentes. Esto implica ejercer el poder de la autoridad tributaria máxima, bajo presupuestos y normas conocidos por todos, y que sean justiciables en caso de haber un daño, que puede presentarse al Estado, por ejemplo en cuanto deja de recibir el pago de impuestos, como al contribuyente y sus derechos personales y de propiedad. Sin embargo, para la efectividad de este marco, se requiere dotar al administrado de medios jurídicos efectivos para la defensa y el reclamo de los derechos fundamentales,¹¹ como el derecho de acceso a la información tributaria.

La transparencia y acceso a la información tributaria opera en dos direcciones: de los contribuyentes hacia la autoridad hacendaria y de ésta hacia los contribuyentes. La primera se confecciona sobre la obligación constitucional de los contribuyentes de otorgar pleno acceso a la autoridad sobre sus finanzas y aportaciones, como un llamado “deber de informar”, en el que más adelante

Económico Empresarial denunciaba que la SHCP había distorsionado los datos en el pago del ISR de grandes contribuyentes.

¹⁰ En nuestro sistema jurídico la tutela judicial efectiva de estos derechos fundamentales se realiza mediante el juicio de amparo.

¹¹ Actualmente está el debate académico y en el foro sobre la eficacia del juicio de amparo contra leyes tributarias. La iniciativa de reforma aprobada por la Cámara de Diputados al artículo 107 constitucional, por decisión de la cámara alta se discutirá dentro del siguiente periodo de sesiones de octubre de 2009.

nos extendemos. El segundo es sobre la información que detentan las administraciones tributarias sobre los contribuyentes, tanto de aquella que pueda ser de ayuda a los contribuyentes en el cumplimiento de sus obligaciones, pero también sobre el cumplimiento de las obligaciones de otros contribuyentes y del desempeño, decisiones, normas y resultados de las funciones de la propia autoridad.

Esto es, la transparencia fiscal en la administración incluye básicamente: *i*) la obligación de la autoridad de brindar asistencia al contribuyente y proveerle de información sobre el cumplimiento de tributar, y *ii*) la obligación de la autoridad de informar a los contribuyentes sobre las normas y criterios bajo los cuales se rige el sistema fiscal mexicano. Al tiempo, el derecho de acceso a la información incluye: *i*) el acceso a la información de las acciones y gestiones de administración tributaria, incluida la información que detentan los contribuyentes, así como el orden jurídico, reglas y criterios, y su origen político, y *ii*) las restricciones al derecho de acceso a la información, como la reserva de información, o secreto fiscal, pues no estamos ante un derecho de acceso a la información absoluto.

En contraste, la transparencia tributaria no ha de confundirse con la llamada transparencia presupuestaria, es decir, la transparencia en la gestión del gasto público.¹² Sin restarle importancia, la diferencia estriba en que la presupuestaria consiste en abrir las cuentas públicas (del erario público) y sus procedimientos de ejecución, mientras que la tributaria da a conocer la información contenida en las autoridades sobre el desempeño de sus acciones y sobre los datos de los contribuyentes en tanto no dañe su vida privada. Aunque ambas transparencias son las dos caras de una misma moneda, ya que la actividad financiera del Estado se com-

¹² Sobre la transparencia presupuestal se recomiendan los trabajos publicados en Guerrero, Juan Pablo (coord.), *Impuestos y gasto público en México desde una perspectiva multidisciplinaria*, México, CIDE-Miguel Ángel Porrúa, 2004; Mena Alarcón, Octavio, “Retos y perspectivas de la fiscalización gubernamental”, *Trimestre Fiscal*, México, Guadalajara, núm. 81, septiembre de 2005.

plementa tanto por sus ingresos como por sus egresos. Por otro lado, tampoco debe asociarse con la transparencia financiera, que abre datos capaces de ser utilizados por el sector en la toma de decisiones bancarias, bursátiles y mercantiles y cuyo límite es el secreto bancario.

El diseño del sistema tributario mexicano se ha ido adaptando en muchos sentidos a las prácticas modernas de contribución y gasto público, incluyendo la agilización de trámites y la digitalización de servicios, convirtiendo a la información que detenta la administración tributaria en un bien de extraordinario valor.¹³ Es en este contexto donde cobra vida la transparencia tributaria, dadas las exigencias democráticas en una sociedad participativa e informada. Informar a los contribuyentes sobre sus obligaciones y orientarlos para cumplirlas no puede contener todas las necesidades de la sociedad de la información. Precisamente porque no es suficiente con cumplir con las obligaciones tributarias: impera conocer si las autoridades cumplen también con sus obligaciones de recaudación, conocer las reglas claras bajo las que autoridades y contribuyentes rigen su comportamiento, y que el sistema tributario opere bajo el principio de la distribución equitativa de la carga impositiva para todos los contribuyentes, y además, que este sistema ayude a distribuir la riqueza de forma equitativa, mediante la prestación de obras y servicios públicos del Estado.

La administración tributaria debe considerar y ser incluyente con las nuevas exigencias. La ecuación no es menor: la información y la participación ciudadana en democracia tienen sentido cuando pueden servir como control efectivo popular y su fórmula es la del control permanente de la gestión pública.¹⁴ En palabras de

¹³ Ortiz Liñán, José, *Derechos y garantías del contribuyentes ante la utilización por la hacienda pública de sus datos personales*, Granada, Comares, 2003, p. 2.

¹⁴ Pierini, Alicia y Lorences, Valentín, *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p. 68.

William Minor, sin la posibilidad de eliminar la brecha entre el pueblo y sus representantes gubernamentales, la filosofía política y legal que trata de guiar con sensatez la conducta humana, parece quedar bloqueada, porque ambos deben ser capaces de prever las consecuencias de su propia conducta, de otra manera resulta imposible la dirección inteligente basada en la responsabilidad compartida.¹⁵

¿A qué nos referimos con que existe una responsabilidad compartida? Pues a aquella donde tanto los ciudadanos como sus representantes, se dan a la tarea de analizar, criticar y revisar las consecuencias de su propia conducta, y procuran co-gobernarse, que es justamente el acto donde se alberga el “interés público”.¹⁶ Concebimos que tanto el acceso a la información como las acciones de recaudación cumplen con fines de interés público, donde la meta es la dignificación del individuo y el poder compartido.¹⁷ La transparencia y el derecho de acceso a la información, cumplen ambas funciones: dignifican la libertad de las personas y facilitan la vía para participar en la cosa pública.

Así que, transparencia y acceso a la información son entendidos aquí como *controles institucionales*. La posibilidad de control se encuentra intrínsecamente ligada con la información. Los controles tradicionales en las leyes se establecen a través del equilibrio de poderes y la clásica división de poderes, en donde el poder controla al poder. Para Pierini y Lorences, “de nada sirve un sistema de división de poderes si las actividades de cualquiera de ellos se realizan bajo el amparo del secreto de Estado y se conocen sólo algunos decretos”. Por ejemplo, si las sesiones parlamentarias o el trabajo de las comisiones se realizan en for-

¹⁵ Minor, S. William, “El interés público y su meta última”, en Friedrich, Carl J., *El interés público*, México, Roble, 1967, p. 41.

¹⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁷ Nos basamos en el concepto de *interés público* de Lasswell donde además existen “beneficios económicos compartidos” o de riqueza compartida, en Lasswell, Harold D., “El interés público; proposición de principios de contenido y procedimiento”, en Friedrich, Carl J., *op. cit.*, p. 92.

ma *reservada*, entonces lo único que trasciende son las leyes; si en la justicia se dictan sentencias *sin fundamentación*, quedan las acciones carentes de respaldos explicativos de la decisión.¹⁸ Lo mismo con las decisiones de la autoridad hacendaria; si no se conocen las formas en que se lleva a cabo el cobro de los impuestos, y sólo se informa de las estadísticas generales de la recaudación, difícilmente los contribuyentes podrían adaptar sus conductas a las reglas cuyo origen y forma de operar desconocen. Prácticamente el actuar de la autoridad fiscal cuando hace uso de sus facultades discrecionales, así como las de comprobación, para el contribuyente se convierte en una zona de arenas movedizas. El papel de la autoridad en la era de la transparencia es sin lugar a dudas brindar explicaciones a los contribuyentes por sus propios actos y la forma de proceder que tiene.¹⁹

Y es que el Estado, a través de todas sus entidades y dependencias incluidas las hacendarias, debe garantizar el derecho de acceso a la información. Ante esta garantía, la tradicional postura de la autoridad hacendaria cambiaría de modelo. Se parte de que el administrado deja de ser un “sujeto pasivo” para convertirse en “sujeto activo” de las situaciones jurídicas de la administración pública, por lo que el Estado está obligado a responder por sus propias actuaciones frente al contribuyente.²⁰ Más aún, el Estado se convierte en un sujeto deudor de la obligación tributaria,

¹⁸ Pierini, Alicia y Lorences, Valentín, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹ En otro lugar se ha hablado de que la transparencia y el acceso a la información son también normas para “explicar” y rendir explicaciones sobre los actos del Estado. Véase Luna Pla, Issa, *Acceso a la información y transparencia política en el Distrito Federal*, México, Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, 2009.

²⁰ Ríos Granados, Gabriela, *Breve semblanza sobre los derechos y garantías de los contribuyentes. Un estudio de derecho comparado España y México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de trabajo, núm. 42, julio 2003; *id.*, “Análisis del artículo 17 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Temas selectos de derecho tributario*, México, Porrúa, 2008, p. 155; Priego Álvarez, Freddy, “Capítulo 7: La potestad tributaria normativa, el concepto”, *op. cit.*; Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, *Manual de derecho tributario*, México, Porrúa, 2005, p. 119. En la

porque *debe* una prestación al contribuyente a cambio de sus impuestos. Bajo esta línea de pensamiento encontramos algunas administraciones públicas que buscan mejorar su relación jurídica tributaria con el contribuyente.²¹

Empero, hay que reconocer que el tema de la transparencia también tiene un lado no tan atractivo y benéfico como generalmente aparece en la literatura, y valdría la pena revisar cómo afecta a la cuestión tributaria. De la escasa literatura crítica sobre la transparencia, sobresale la teoría que sostiene que en los gobiernos iliberales, así como en los liberales y más democráticos, la transparencia es un arma de dos filos que puede ser controlada y manipulada para los fines no democráticos, contrarios a los que a menudo se le atribuyen.²² Para Kristin Lord, las tecnologías de la información, y en especial Internet, es un medio controlable por los gobiernos si existen los suficientes intereses para controlar la información que sale a los mercados y las finanzas públicas. Además, la transparencia podría exponer al público la mala administración, decisiones equivocadas, y hasta generar un efecto de conformismo en la sociedad en detrimento de la confianza hacia sus autoridades.

Por desgracia, el lado negativo de la transparencia y el acceso a la información no ha sido profundamente estudiado en el sector fiscal. Cuando menos, se cuenta con estudios experimentales que han podido demostrar algunos problemas que causaría la apertura de datos tributarios de los contribuyentes. En la experiencia de Estados Unidos, un experimento consistió en que la autoridad fiscal americana publicó datos sobre la frecuencia de algunos ti-

doctrina española encontramos a Villaverde Gómez, Ma. Begoña, *Consultas a la administración tributaria*, Monografías, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 26.

²¹ Véanse los trabajos publicados en la obra coordinada por Serrano Antón, Fernando (dir.), *¿Cliente o contribuyente?*, Madrid, Thomson, Civitas, Colección Defensor del Contribuyente, 2008.

²² Lord, Kristin M., *The perils and promise of global transparency. Why the information revolution may not lead to security, democracy, or peace*, Estados Unidos, State University of New York Press, 2006.

pos de evasión de impuestos, y ello llevó a mayores niveles de evasión. En este caso la transparencia demostró ser contraproducente, porque cuando los ciudadanos saben que otros incumplen con la ley, son más propensos a incumplir ellos también.²³

De igual manera habría que analizar las consecuencias de la transparencia tributaria en la competencia económica y el papel del Estado como proveedor de información hacia los diferentes mercados. La teoría económica ha confirmado desde diferentes ángulos que el flujo e intercambio de información conlleva a mejores decisiones, a monitorear a los agentes y establecer un sistema de recompensas y sanciones de acuerdo con los datos y estadísticas que el gobierno produce y difunde. Esto es, si los gobiernos no ponen a disposición de los actores la información económica sustancial para la toma de decisiones, peores serán las condiciones de participación de los actores. Estas teorías arrojan que existe una relación importante entre los flujos de información y la rapidez con la que crecen las economías.²⁴ Faltaría analizar los pormenores de estas teorías y si realmente la transparencia de la información pública dirigida al sector económico puede afectar la competitividad y la macroeconomía.

Ahora bien, para complementar las ideas aquí expuestas, cabe preguntarse ¿cuál es la finalidad de la transparencia y el acceso a la información tributaria descritos? La pregunta no es ociosa, pues al hablar de abrir los datos públicos de los contribuyentes y los procedimientos de la autoridad hacendaria cunde un temor fundado en prejuicios encallados en la historia fiscal que referiremos a lo largo de este libro. Hemos dicho que tratándose de una actividad del derecho público (tanto la garantía de los derechos como la recaudación de los tributos), estamos ante la materia del interés público, y que tratándose de datos de contribuyentes estamos en el campo del derecho fundamental a la intimidad y la

²³ “Mechanisms of Secrecy”, *121 Harv. L. Rev.* 1556, abril 2008.

²⁴ Algunos autores de la literatura en cuestión son B. Chowdhry y A. Goyal, S. J. Grossman y O. D. Hart, Tullio Jappelli, Marco Pagano y Tony Wirjanto.

protección de datos personales. Así que definimos ahora estos conceptos clave para la transparencia y el acceso a la información tributaria, que le son intrínsecos y que representan en cierta forma los límites a la libertad de información.

1. *Interés público: interés de la colectividad como interés supervisor*

El interés público no debe ser confundido con “lo que interesa al público” en términos de escándalos mediáticos. Tampoco es lo mismo que política pública, por las mismas razones que los intereses del Estado no deben incorporarse con los intereses de los grupos políticos.²⁵ No nos referimos a lo que la opinión pública opina a través de medios o de encuestas sobre las contribuciones y cómo se administran. Se trata de un concepto que requiere de una justificación de los principios socialmente aceptados mediante la interpretación de la ley. Es decir, tratar de traducir la evolución social en criterios legales que el perito debe definir de acuerdo con la doctrina y otras ciencias adicionales al derecho incluyendo elementos y datos que le ayuden a probar el razonamiento.²⁶ Las leyes de acceso a la información no son pues, leyes de “acceso a chismes”, sino a asuntos de relevancia o de interés público.²⁷

²⁵ Luque Rázuri, Martín, *El derecho de acceso a la información pública documental y la regulación de la información secreta*, Perú, ARA Editores, 2002, p. 163.

²⁶ Fiedmann, W., “El contenido cambiante del interés público: algunos comentarios sobre el ensayo de Harold D. Lasswell”, en Friedrich, Carl J., *El interés público*, *op. cit.*, p. 101.

²⁷ En la jurisprudencia francesa cuando se ha confrontado la vida privada con la libertad de expresión entra en juego el interés general de la sociedad, tal como puede observarse de la siguiente cita: “Considérant que lorsqu’un article, consacré à une personnalité, évoque de faits qui ne sont pas déjà connus du public u comportent des commentaires qui ne peuvent être considérés comme anodins, le droit à la vie privée doit prévaloir sur le principe de la liberté d’expression quand cet article aucune contribution à un débat d’intérêt général pour la société”. CA Paris 25 janv 2006, D. 2006.2706 obs. Christophe Bigot. Citado

Para Cassinelli, la palabra “público” significa que el valor ético de la norma del interés público se aplica a todos los miembros de la comunidad política; es un valor que debe diferenciarse de algo que resulta ventajoso para una persona y perjudicial para otra. La palabra “interés” indica el sentido valorativo de la norma, aquello a lo que debemos estar “interesados”, aunque no lo estemos y es reemplazable por “bienestar”. En suma, el interés público “es la norma ética suprema aplicable a los asuntos políticos”.²⁸

Aunque no exista un consenso general en lo que se refiere a las metas morales de una sociedad y sus instituciones, este desacuerdo no le resta fuerza al concepto.²⁹ El concepto de interés público puede también ser visto como una condición y como la norma de evaluación que da sentido a la idea de los derechos y deberes políticos. Para Cassinelli, cumplir fielmente con las leyes, votar en las elecciones generales, postular candidatos, adoptar decisiones legislativas y obedecer la ley, son todas obligaciones únicamente cuando implican una interpretación de interés público.³⁰

Por otro lado, dentro de la doctrina tributaria también se ha puesto en discusión el interés público, pero desde el punto de vista de la moral tributaria del Estado y de los contribuyentes. Así, Klaus Tipke lo pone de manifiesto en la descripción de la *ética fiscal* de la administración tributaria, en la moral del legislador y en la moral de los contribuyentes. Respecto a la administración tributaria indica que:

las autoridades deben garantizar que los impuestos no sean objeto de elusión o se apliquen de modo contrario a derecho. Esta función de las autoridades financieras no le responde al mero interés del Tesoro, sino al derecho que el contribuyente tiene a que los

por Beignier, Bernard, “La protection de la vie privée”, en Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, (dirs.) *Libertés et droits fondamentaux*, Thierry Revet, París, Dalloz, 2007, p. 194.

²⁸ Cassinelli, C. W., “El interés público el contexto de la ética”, en Friedrich, Carl J., *El interés público, op. cit.*, p. 58.

²⁹ *Ibidem*, p. 60.

³⁰ *Ibidem*, p. 65.

demás también paguen los impuestos debidos. Conforme a una concepción correcta, el funcionario de Hacienda actúa como *fiduciario de la comunidad solidaria integrada por todos los contribuyentes*.³¹

Lasswell relaciona el interés público con la dignidad humana, basado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde el ideal de dignidad del individuo toma en consideración la totalidad de la entidad política, buscando el equilibrio de los derechos de todos.³² Por interés público se entiende “que el interés común es lo suficientemente grande para justificar el uso de procedimientos inclusivos de elección o de decisión”.³³ Se trata de un “patrón básico de participación de valores y en las instituciones establecidas que son protegidas y desarrolladas por el sistema legal”.³⁴ Este interés público, para Lasswell, conlleva un *interés supervisor* que no es otra cosa que aquel encaminado hacia el ajuste de los intereses privados; adicionalmente, incluye la

³¹ Tipke, Klaus, *Moral tributaria del Estado y del contribuyente*, traducción y notas a cargo de Herrera Molina, Pedro Manuel, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 81. Las cursivas son nuestras. Bajo esta misma línea de pensamiento nos encontramos nosotros, al cuestionar la postura clásica de Berliri dentro de la literatura jurídica italiana, ya que dicho autor al estudiar la contribución especial indica que ésta se ha establecido con el propósito de evitar que tanto la colectividad como el grupo determinado de personas, no vean menoscabados sus propios intereses monetarios o patrimoniales, según sea el caso. También considera que el interés del ente público no se ve afectado porque el costo de la obra lo reparte entre los beneficiados y la colectividad entera. Sobre este último punto, hemos expresado que *no existe un interés del ente público*, debido a que la colectividad es en realidad la interesada en la existencia de éste, y es la que sufraga el funcionamiento del ente público a través de los impuestos. De tal suerte, que en realidad, el interés del ente público se traduce en *el interés general de la colectividad*. Berliri, Antonio, *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Milán, Dott. A Giuffrè Editore, vol. I., 1985, pp. 65 y ss.; Ríos Granados, Gabriela, *La contribución por gasto en razón al deterioro del medio ambiente*, tesis de doctorado, Salamanca, España, 1999, p. 230.

³² Lasswell, Harold D., *op. cit.*, p. 73.

³³ *Ibidem*, p. 78.

³⁴ *Ibidem*, p. 81.

característica de un *interés regulador* que implica el criterio de respaldar políticas que limitan el grado de desigualdad permisible en la posición de los valores (*i. e.* que se proteja el derecho al empleo y no el derecho al desempleo) y el establecimiento de límites máximos a la desigualdad permisible (*i. e.* políticas antimonopolio).³⁵ En este caso, la concepción de Lasswell se funda en un Estado protector de la seguridad y del orden público, y no necesariamente del Estado como empresario económico, papel que también juega en ciertas ocasiones y corre por el tema que nos toca en este libro.³⁶

Admitimos sin embargo, que son los sistemas jurídicos nacionales a través de la interpretación de los derechos fundamentales que con el tiempo reubican las escalas de valores que simboliza el llamado *interés público*, y que varía de país en país.³⁷ Por lo mismo, el interés público no podría ser siempre el equilibrio estable entre los valores que gobiernan una sociedad, pero sí la búsqueda y pretensión de dicho equilibrio de valores.

En la transparencia y acceso a la información tributaria, el interés público traducido en el *interés de la colectividad* se conduce como la base justificativa para abrir al escrutinio de los contribuyentes, datos de otros contribuyentes, normas y acciones de la autoridad hacendaria y cualquier información que pueda dignificar o contribuir al bienestar de la población. Es además de interés público, que la autoridad garantice el derecho de acceso a la información de las personas y motive *explicativamente* la excepción a la apertura.

Sin embargo, este es el mejor momento para aclarar que si bien la información en manos del fisco es de interés público, en el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la información el individuo *no debe justificar el interés jurídico para adquirir los datos deseados*, las razones por las cuales pide la información o

³⁵ *Ibidem*, p. 88.

³⁶ Fiedmann, W., *op. cit.*, p. 98.

³⁷ *Ibidem*, p. 96.

para lo que la utilizará. Al respecto, la CIDH lo ha reafirmado en su sentencia del caso *Claude Reyes vs. Chile* en 2006,³⁸ y el artículo 6o. de la Constitución mexicana en su fracción III, reformada en el 2007 lo sustentan. Así mismo, los estándares internacionales en derechos humanos apuntan que en caso de conflicto de derechos para abrir cierta información, la carga de la prueba de interés público no debe recaer en el solicitante, sino en el organismo público que detenta y reserva la información bajo causales máximas.³⁹

2. Derecho fundamental a la intimidad y derecho a la protección de datos personales

Los dos conceptos que a continuación se describen son dos limitantes para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: *i)* la intimidad como un derecho fundamental de no injerencia de cada individuo a reservarse para sí mismo la esfera de su vida privada y que tiene aplicación en el ámbito económico y patrimonial que es el que interesa en el derecho tributario, y *ii)* la protección a los datos personales que se plantea como una nueva prerrogativa en el sistema jurídico mexicano para hacer subjetiva la tutela de los datos de individuos en manos de los organismos públicos.

Cabe aclarar que el tratamiento del derecho a la intimidad y la efectiva protección y autodeterminación sobre los datos personales por parte de la doctrina constitucional mexicana no ha sido exhaustivo, de tal suerte, que suele confundirse el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales.⁴⁰ Y con la fina-

³⁸ Este caso es paradigmático en el ámbito del acceso a la información, y es a lo que aspiramos en este trabajo.

³⁹ Ver por ejemplo la Ley Modelo de Acceso a la Información de la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁴⁰ Existen varios ejemplos que nos permiten distinguir el derecho a la intimidad del derecho a la protección de los datos personales, así en la Convención Europea de Derechos Sustantivos que establece obligaciones positivas a los es-

lidad de ir aclarando ambos conceptos, citamos varios ejemplos del derecho comparado. En primer lugar, mencionamos un caso clásico de la vulneración del *derecho a la intimidad*, como lo es la publicación de fotografías personales en revistas o periódicos, como el sonado caso del francés Gérard Philipe en el que fueron publicadas unas fotografías de sus hijos en un hospital.⁴¹ Así es como la jurisprudencia francesa nos ilustra con varios casos llevados a juicio, sobre los límites al derecho de la vida privada, la mayoría de ellos relacionados con la publicación de fotografías de la vida privada de las personalidades políticas nacionales en los periódicos de circulación nacional. Beignier Bernard ha documentado estas muestras jurisprudenciales; en tal sentido tenemos un asunto que conoció la Doceava Cámara de la Corte de Casación el 5 de marzo de 1997, donde el abogado de un hombre político publicó una fotografía para un periódico, contra esta publicación prevaleció el artículo 9o. del Código Civil. Otro caso, es el relacionado con la Corte de Apelación en un juicio inédito del 23 de febrero de 1995.⁴² También cita el juicio del 25 de enero de 2000;⁴³ o el juicio del 20 de febrero de 2001⁴⁴ y fue vinculado con el juicio *Érignac* que a la letra decía: “la libertad de

tados miembros para evitar violaciones a la Convención, en el reconocimiento de los transexuales (*Caso Goodwin vs. UK*, No. 28957/95, 11.7.02, 2002. 25 EHRR 18) se estableció la obligación al Estado para respetar la vida privada de los transexuales, así mediante obligaciones positivas permitiendo el cambio del acta de nacimiento. En este contexto, para decidir que es una obligación positiva, la Corte Europea de Derechos Humanos tendrá que hacer un balance entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo. Leach, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Great Britain, Oxford, Blackstones Human Rights Series, 2005, p. 166.

⁴¹ (Traducción libre) Heymann-Doat, Arlette, *op. cit.*, p. 146.

⁴² Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 192.

⁴³ JCP 2000.II.10257 concl. Sainte-Rose. Mettre en parallèle avec CA Versailles 4 mars 1999 (BICC 1er mars 2000, no. 280). Citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁴ Affair du policier de l'église St Bernard, Bull I, n° 43, D. 2000 jur, p.1119, note Gridel JCP 2001.II.10533, note J. Ravanas, citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 192.

la comunicación de la información autoriza la publicación de las imágenes de las personas implicadas en un evento, dentro del respeto de la dignidad de la persona humana”.⁴⁵ En este sentido vemos que la reciente jurisprudencia civil francesa⁴⁶ ha tenido que resolver cuestiones como la libertad de expresión o información frente a la vida privada, y ha tenido que encontrar un justo equilibrio. Otro juicio importante data del 13 de noviembre de 2003 de la Primera Cámara de la Corte de Casación y dice la jurisprudencia: “la liberté de communiquer des informations autorise la publication d’images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de leur dignité”.⁴⁷ De lo anterior, podemos deducir que en el derecho francés existen múltiples casos en los que se pone de manifiesto que los contornos de la vida privada están bordados por la *dignidad humana*; en este sentido encontramos otra importante decisión de la Corte de Casación que indicó: “le principe de la liberté de la presse implique de libre choix des illustrations d’un débat général de phénomène de société sous la seule réserve de la dignité de la personne humaine”.⁴⁸ Un ejemplo más fue el que conoció la Corte de Apelación de Versalles dentro del caso del 31 de marzo de 2002, y que dictó: “S’il est de principe que la publication d’une manifestation publique ne nécessite pas d’autorisation particulière, il n’en est pas de même pour la publication de photographies de manifestations homosexuelles lorsque cette publication n’est pas justifiée par l’information du public sur cet événement”.⁴⁹

⁴⁵ Bull. I, núm. 42, citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁶ El caso llevado ante la Primera Cámara Civil el 16 de mayo de 2006, Bull. Civ. I. núm. 247, D. 2006.IR.1565, RTD, civ, 2006.535 obs.J. Hauser. D.2006.2707 obs. Laure Marino citado por Affair du policier de l’église St Bernard, Bull I, núm. 43, D. 2000 jur, p.1119, note Gridel JCP 2001.II.10533, note J. Ravanans, citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁷ RCA 2004 comm. núm. 26, LPA 29 juill. 2004, note Isabelle Paulik. Citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁸ Citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁹ *Idem.*

En contraste con el derecho comparado con la especial referencia que hemos hecho al francés, en el derecho mexicano respecto a la distinción entre ambos derechos, no son muchos los juicios de amparo al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, existen algunas directrices que han sido expuestas por diversos autores.⁵⁰

A. *Derecho fundamental a la intimidad*

La idea de la “intimidad” indudablemente nace en el mundo moderno, baste citar el paradigmático discurso de Benjamin Constant pronunciado en el Ateneo de París en febrero de 1819,⁵¹ en el que comparaba la libertad de los antiguos con la de los modernos, para advertir que la concepción de las libertades por los antiguos era diametralmente opuesta a la de los modernos, en lo que enfatizaba:

La consecuencia de todo lo que acabo de exponer es que nosotros ya no podemos disfrutar de la libertad de los antiguos, que consistía en la participación activa y continua en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apreciable de la independencia privada... El objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; a eso era a lo que llamaban libertad. El objetivo de los modernos

⁵⁰ Méjan C., Luis Manuel, *El derecho a la intimidad y la informática*, México, Porrúa, 1994; *id.*, *El secreto bancario*, Bogotá, Biblioteca Felaban, 1984. Muñoz de Alba Medrano, Marcia, *Habeas Data*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo núm. 18, noviembre 2001. Muñoz de Alba Medrano, Marcia, *et al.*, *Internet y derecho en México*, México, Mc Graw Hill, 1998. Villanueva, Ernesto y Luna Pla, Issa, (coords.), *Nuevas perspectivas del derecho de la información*, México, Universidad de Occidente, Fundación Konrad Adenauer, 2000.

⁵¹ Constant, Benjamin, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, traducción, introducción y notas de Maria Luisa Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

es la seguridad en los disfrutes privados, llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes.⁵²

El desarrollo de la sociedad de la información, junto con la evolución tecnológica, han dejado desprotegidos el derecho a la intimidad y a la vida privada de las personas. Desde la formulación original del artículo *Privacy* de Warren y Brandeis, publicada en *Harvard Law Review* en 1890,⁵³ se desprenden derechos más específicos que garantizan la intimidad de la persona en legislaciones extranjeras fundamentalmente surgidas después de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁴ Esto es, como la garantía del individuo a la protección de su persona y a su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica. Se definió en 1939 la intimidad como, “El que ofende abusiva o gravemente el interés que otra persona tiene en que sus asuntos no sean conocidos por los demás o en que su imagen no sea expuesta al público es responsable hacia esa persona”.⁵⁵

En el derecho comparado se observa que en las leyes francesas el derecho a la intimidad es parte de la personalidad, así lo ha

⁵² Constant, Benjamin, *op. cit.*, p. 4.

⁵³ Contemporánea a esta obra es el Código Civil alemán promulgado en 1900, que tuvo fuerte influencia en el derecho francés, y aquí es donde aparece la idea de la protección de la vida privada en los países occidentales de Europa. Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁴ En Francia se legisló la protección de la vida privada en la ley del 17 de julio de 1970. Y antes de esta legislación la jurisprudencia desarrolló la protección judicial de la vida privada y la Corte de Apelación de París admitió que el juez de recursos de urgencias podrá establecer la medida necesaria para compensar los daños ocasionados por la publicación de hechos sobre la vida privada (traducción libre de la autora); Heymann-Doat, Arlette, *op. cit.*, p. 146. En este mismo sentido ha fallado la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Von Hannover vs. Germany*, en el que no había duda que la publicación en varias revistas alemanas de las fotografías de la hija del príncipe Rainiero III de Mónaco, y de su vida privada, vulneraban el artículo 8o. de la Convención, Citado por Leach, Philipp, *op. cit.*, p. 287.

⁵⁵ Nizer, *Michigan Law Review*, 1939, p. 526.

expresado Beignier,⁵⁶ y continúa diciendo: pero el hecho de estar ligado este derecho con la personalidad, no debe conducir a una reducción de éste, por ejemplo, el derecho moral del autor sancionado en el artículo 121-1 del Código Civil francés dispone que el autor disfruta de su derecho al respeto de su nombre y la calidad de su obra. Este derecho está unido a la persona. El nombre es el primero de los derechos inherentes de la persona. De acuerdo con Gilles Lebreton,⁵⁷ en el derecho francés el derecho a la vida privada tiene seis componentes: libertad de domicilio, derecho al secreto,⁵⁸ derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, de-

⁵⁶ Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁷ Lebreton, Gilles, *op. cit.*, p. 310.

⁵⁸ El derecho al secreto en sentido amplio comprende el derecho de la inviolabilidad de la correspondencia y la protección de las informaciones nominativas. Lebreton siguiendo el criterio de Jacques Robert distingue “un derecho de secreto del ser” y un “derecho de secreto del tener”, y es así que hace un estudio sobre ambos secretos. El derecho de secreto del ser, que pertenece a cada uno de los individuos se opone a la captación y a la divulgación de su imagen, de su voz, o todo aquello que tenga relación con su vida privada. El nuevo código penal castiga severamente este tipo de violaciones, y en el Código Civil se sanciona la reparación del daño, además de obtener judicialmente todas las medidas de secuestro, embargo y otras, propias a impedir o hacer cesar la violación a la intimidad de la vida privada (artículo 90.) Igualmente la jurisprudencia francesa protege la vida privada haciendo referencia a medidas conservatorias y la supresión de medidas atentatorias del secreto del “ser”, entre las que se destacan la prohibición de emisión en televisión. Gracias a diversos mecanismos el secreto del “ser” está protegido, y además, hay un límite importante que resulta de la existencia de una suerte de derecho reconocido a la persona humana de su derecho de secreto de “ser”. Cada individuo puede renunciar a los secretos relacionados con su vida privada y a condición de que no sea contrario al orden público. En este sentido, la jurisprudencia ha desgranado felizmente el potencial daño que puede generar la libertad de no atender las autorizaciones específicas, pues la divulgación del secreto debe ser precisa y temporal (CA París 26 mars 1987, JCP 1987 no. 20904). En comparación al derecho del “ser”, el derecho de secreto del “tener” está menos protegido en el derecho francés. Tradicionalmente, los recursos financieros y el patrimonio de un individuo o de su familia, están considerados por la jurisprudencia como parte del dominio de la reserva de la vida privada. Su divulgación, por vía de prensa está sancionada penalmente (TGI Marseille, 29, sept. 1982, D. 1984.64; Civ. 1er, 29 mai 1984 Bull no.176; CA París, 27 oct.

recho a la protección de las informaciones nominativas, derecho a la vida familiar normal y el derecho a la vida sexual. Por otro lado, también en el derecho francés el derecho a la vida privada se ha reconducido a la vida doméstica. Sin embargo, actualmente se reconoce más que un derecho a la vida privada, un derecho a la serenidad de la vida: *droit a la serenite de vie*,⁵⁹ noción que deriva del derecho americano: *to be left alone*.

A primera vista la noción de intimidad se opone a lo público,⁶⁰ a lo proclamado por todos, es el valor subjetivo que

1986, CP 1987.1.95; TGI París, 12 janv. 1987, D. 1987.231). Pero a finales de los ochentas la jurisprudencia relativizó la puerta del derecho de un secreto de “tener”. La Corte de Apelación de París admitió que la prensa puede descubrir los recursos y el patrimonio de un individuo a condición de lo siguiente: 1) que el artículo esté escrito por un periodista profesional; 2) dentro de un propósito exclusivamente económico; 3) a partir de informes recogidos de manera lícita, y 4) que sean publicados sin escándalos. Al lado de esto, la Corte de Casación sin dudar afirmó, que encontrar la tradición que “le respect dû á la vie privée de chacun n’est pas atteint par la publication de renseignements d’ordre purement patrimonial, ne comportant aucune allusion á la vie et á la personnalité de l’intéresse” (Civ. 1^o 28 mai 1991, D. 1992.213 á propos d’un article de presse intitulé: “le plus riche des Caldoches ne paye pas d’impôt”, et divulguant le montant des déclarations fiscales de l’intéressé). En fin, el Consejo constitucional negó claramente un valor constitucional de un derecho de secreto del “tener” (CC 29 déc. 1983, Perquisitions fiscales, GDCC), y admitió por consecuencia la validez de las leyes que lo eliminan. A la vista de esta evolución es permitido dudar que el derecho de secreto de “tener” esa parte del derecho al respeto de la vida privada. A partir de esta duda, se deberá la decadencia de una manifestación de la “americanización” de la sociedad francesa, que pone nuestro derecho a favorecer la exposición de las riquezas sin preocuparse de las consecuencias de la afectividad a las propiedades (traducción libre) Lebreton, Gilles, *op. cit.*, pp. 313-315.

⁵⁹ Este derecho se desarrolló en la jurisprudencia francesa en un juicio de la Primera Cámara Civil del 9 de julio de 2003. Bull. Civ. I. num. 172; JCP 2003. II. 10139 obs J.Ravanas. Citado por Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁰ Esta cuestión ha sido difícil definir tanto en la jurisprudencia nacional como extranjera, por ejemplo, en el caso francés la jurisprudencia de la Corte de Casación ha sido fluctuante. Sin embargo, Beignier ha señalado que: “*A priori la vie privée es la vie cachée, a tout le moins discrète, et la vie publique celle qui se déroule dans la rue ou dans un endroit accessible a tous ou a beaucoup*”. Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 189.

le da cada individuo a la privacidad.⁶¹ Barroso Asenjo señala que definir la intimidad conlleva la dificultad de que la noción “tiene un fuerte contenido emocional compuesto en muchos casos de sentimientos, creencias o modos de conducta personales”. Sumado a lo anterior, el campo de lo íntimo “está gobernado en parte no desdeñable por las modas y costumbres de la sociedad de que se forme parte, sujetas a cambios considerables”.⁶² La protección de la personalidad es una idea moderna en el derecho. En el mundo antiguo era indiferente esta concepción, pues no había noción de la vida privada.⁶³ De alguna manera, la vida privada se funda en el derecho a la tranquilidad de la existencia, o como derecho a la calma.⁶⁴

Ahora bien, este concepto del derecho a la intimidad se apoya en la dignidad humana que constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humilla-

⁶¹ El derecho al respeto de la vida privada y familiar, la casa y la correspondencia está sancionado en el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Sustantivos, que a la letra establece: “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

Leach, Philip, *op. cit.*, p. 285.

De la anterior cita, se observa el contraste que existe con nuestro derecho, pues en el ámbito del derecho constitucional ha existido un pobre desarrollo tanto jurisprudencial como doctrinal sobre el derecho a la vida privada, a la vida familiar, a la intimidad de la casa y de la privacidad de la correspondencia. Algunos autores mexicanos indican que esto se debe a que la mayoría de los asuntos que conoce la SCJN son fiscales.

⁶² Barroso Asenjo, P., “Límites constitucionales al derecho de la información”, *Textos de Periodismo*, España, Mitre, 1982, p. 50. En el mismo sentido, Marty, G., « La protección de l'intimité de la vie privée par le droit pénal et le droit privé », *Cours De la Faculté Internationale pour l'enseignement du droit comparé*, 1969, p. X.

⁶³ Beignier, Bernard, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 189.

ciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.⁶⁵ La dignidad humana representa el principio legitimador de los denominados “derechos de la personalidad”. Al lado del derecho a la intimidad tenemos: inviolabilidad del domicilio, secreto del contenido de la correspondencia, secreto estadístico y secreto profesional. Todos estos derechos tienen una sustantividad propia y a la vez constituyen manifestaciones concretas del derecho a la intimidad.

En el tema de la “privacidad” la Corte Europea de Derechos Humanos, ha indicado que esta noción no está limitada por el ámbito de la vida privada de un individuo, ya que incluye el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La vida privada incorpora la integridad física, psicológica y moral;⁶⁶ el derecho a un desarrollo personal (el derecho de la autodeterminación de la identidad personal, por ejemplo, determinadas circunstancias del nacimiento de un bebé⁶⁷ y la identidad sexual de una persona) y la orientación sexual y el establecimiento y desarrollo de las relaciones con otros seres humanos.

Sobre las nociones de la vida privada y del ámbito público, la mencionada Corte en el caso *PG y JH vs. UK*, ha dicho:

There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not neces-

⁶⁵ Perez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 318.

⁶⁶ *X y Y vs. Holanda*, núm. 8978/80, Series A, núm. 91, 26.3.85 (1986) 8 EHRR 235, para 22 (violación de una joven de 16 años con problemas mentales), Citado por Leach, Philip, *op. cit.*, p. 285.

⁶⁷ *Odièvre vs. Frances*, núm. 42326/98, 13.2.03 (2004) 38 EHRR 43 para 29, citado por Leach, Philip, *op. cit.*, p. 286.

sarily conclusive factor. A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character. Private-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain.⁶⁸

En la literatura del derecho comparado se observa que el derecho a la privacidad también abarca la correspondencia, de acuerdo con el artículo octavo de la Convención Europea de los Derechos Humanos, y sobre el tema de la privacidad de la correspondencia, existen varios elementos que implican tanto el acceso a archivos personales, como a la confidencialidad de los datos personales.⁶⁹ Respecto al acceso a los archivos personales se consideran datos confidenciales; en este sentido la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto en el caso *Gaskin vs. UK*, donde el interesado solicitaba a la autoridad local ver los documentos durante el periodo que él se encontraba en la guardería cuando era pequeño, pues su interés era conocer la información sobre su infancia y su temprano desarrollo, la Corte enfatizó que la confidencialidad de los archivos públicos es importante porque contienen información objetiva y confiable, además esa confidencialidad es necesaria para proteger los derechos de terceras personas. En estas circunstancias, el principio de proporcionalidad tiene autoridad independiente, que decide si el acceso debe o no ser garantizado.⁷⁰ En similares circunstancias encontramos el caso *MV vs. UK*; la Corte Europea encontró que el gobierno desagregó los archivos copiados durante la Convención Europea, demostró que necesitan independencia, en este sentido, fueron cubiertas porciones importantes de varios documentos que contenían datos confidenciales.

⁶⁸ No. 44787/98, 25.9.01 para. 57, citado por Leach, Philip, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁹ Leach, Philip, *op. cit.*, p. 289.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 313.

La jurisprudencia establecida por la CEDH se vino a caracterizar por el asunto *Princesse de Hanovre* del 24 de junio de 2004 de la cual se destacan los siguientes puntos:

- La noción de vida privada comprende los elementos de la relación de identidad de una persona, tales como el nombre de una persona o su derecho a la propia imagen.
- La esfera de la vida privada cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía ofrecida por el artículo 8o. de la Convención está principalmente destinada a asegurar el desarrollo sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo dentro de las relaciones con sus semejantes (Referencia al caso *Niemietz* del 16 de diciembre de 1992).
- La existencia de una zona de interacción entre el individuo y sus terceros, que dentro de un mismo contexto público puede revelarse la vida privada.
- La Corte ha indicado que dentro de ciertas circunstancias una persona dispone de una “esperanza legítima” de protección y de respeto a su vida privada.
- La Corte ha entendido que la libertad de expresión constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática.
- En conclusión la CEDH ha expresado:

De même, s’il existe un droit du public à être informé, droit essentiel dans une société démocratique qui, dans les circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu’il s’agit de personnalités politiques, cela n’est pas le cas en l’espèce: en effet, celle-ci situe en dehors de la sphère de tout débat politique ou public, car les photos publiées et les commentaires les accompagnant se rapportent exclusivement à des détails de la vie privée de la requérante. Comme dans d’autres affaires similaires dont elle a eu à connaître, la Cour estime, dès lors qu’en l’espèce la publication des photos et des articles litigieux ayant eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d’un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à

un quelconque débant d'interêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante. Dans ces conditions, la liberté d'expression appelle une interprétation moins large.⁷¹

En la actualidad el derecho a la intimidad cubre dos aspectos: el denominado estático-negativo implica que los demás quedan excluidos del conocimiento de la esfera individual propia de uno mismo, y el aspecto dinámico-positivo que se configura como una nueva libertad personal, como libertad positiva de ejercitar un derecho de control de los datos referidos a la propia persona que han salido de la esfera privada para insertarse en un determinado archivo público o privado. En el contexto europeo que hemos ilustrado en este epígrafe vemos que el derecho a la intimidad también trae consigo el derecho a la diferencia, derecho a que no se conozcan los mensajes personales recibidos por medios informáticos en el lugar de trabajo.⁷²

En la doctrina constitucional mexicana Carpizo McGregor⁷³ ha clasificado a las garantías individuales⁷⁴ contempladas en la Constitución de 1857, en derechos de igualdad, libertad personal, seguridad personal, libertades de los grupos sociales, libertad política y seguridad jurídica. El derecho a la intimidad lo ubica dentro de las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual, y lo concibe como la libertad de intimidad que comprende dos aspectos: la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 25) y de inviolabilidad del domicilio (artículo 16).⁷⁵ También conside-

⁷¹ Beignier, Bernard, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁷² *Ibidem*, p. 197.

⁷³ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2002, p. 137.

⁷⁴ Los cuales los ha definido como límites exteriores de existencia. Carpizo Jorge, *op. cit.*, nota anterior, p. 124.

⁷⁵ El hecho que no se haya establecido expresamente el derecho a la intimidad como tal en la Constitución de 1917, se debe a una tradición en la que las constituciones anteriores establecían la prohibición de catear casas y papeles, salvo los casos expresamente señalados por la ley (Constitución de 1836, artículo segundo).

ró que la seguridad jurídica se manifiesta en la inviolabilidad del domicilio y papeles, a menos de disposición judicial.

Fix-Zamudio y Valencia Carmona,⁷⁶ siguiendo a Carpizo McGregor, han señalado que los derechos de libertad son múltiples y que protegen principalmente al ámbito espiritual y físico del ser humano. Consideran que una expresión de este derecho es la libertad de intimidad consagrada en el artículo 16 constitucional,⁷⁷ que comprende la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Otros autores han señalado que la inviolabilidad del domicilio se refiere a la libertad domiciliaria, y la referente a las comunicaciones privadas al derecho de privacidad, así se observa que distinguen estos dos derechos fundamentales.⁷⁸ No obstante, opinamos que la protección del domicilio y de las comunicaciones privadas son expresiones genuinas del derecho a la intimidad.

Siguiendo con la revisión del derecho comparado, en la Constitución Española, el artículo 18,1 se consagra a garantizar en primer término “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Posteriormente, indica que el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito. También garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y por último, indica que la

⁷⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 416.

⁷⁷ Resulta inexorable la influencia francesa de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la doctrina mexicana sobre las libertades del hombre como límite al poder absoluto de las monarquías. Es así evidente la influencia del liberalismo francés. Sin embargo, consideramos que es necesario dar el salto y considerar el derecho a la intimidad como derecho fundamental diverso al derecho a la libertad. Y los autores mexicanos siguen la clasificación de Carpizo, quien a su vez se ve inmerso en este pensamiento. En esta concepción se encuentra Quiroz Acosta, Enrique, *Lecciones de derecho constitucional*, México, Porrúa, 1999, p. 158.

⁷⁸ Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 1986, pp. 64-77.

ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. El Constituyente español ha pretendido englobar en un derecho único y onmicomprensivo los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada. Esta misma orientación se ha reproducido en la Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.⁷⁹

Ahora bien, existe un sistema de excepciones al régimen de tutela establecido en la Ley Orgánica,

no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviese expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso, o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones... (artículo 2,2).

Así también el artículo 8,1 nos dice “que el interés público predomina sobre el individual, determinando que no se consideren ilegítimas las intromisiones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con una ley, ni cuando predomine el interés histórico, científico o cultural relevante”.

Ahora bien, ¿qué aspectos de la esfera individual cubre? La doctrina ha elaborado dos tesis, una en sentido estricto, que hace referencia a lo anterior y en sentido amplio que equivale a la vida privada o “privacy”. La intimidad económica generalmente queda incluida dentro de la intimidad en sentido amplio.

Las manifestaciones del derecho a la intimidad (aspecto estático-negativo y dinámico-positivo) están presentes en la relación de la administración y el contribuyente. Respecto a esta intimidad económica ya se ha pronunciado la Audiencia Nacional, quien tiene manifestado (S 18 jun. 1983):

⁷⁹ Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo.

En el concepto del derecho a la intimidad personal y familiar formulado por el artículo 18,1 de la Constitución española, comprensivo de todos los aspectos interiores, particulares o reservados de la vida de una persona o familia *debe formar parte, como uno de ellos y también articulado como fondo material de otros, el que se refiere al fluir, administración, origen y destino de sus medios materiales.*

Visto así el derecho a la intimidad patrimonial en el derecho español, en torno a nuestro derecho, en un primer acercamiento se afirma que la Constitución Política mexicana dentro del capítulo de las garantías individuales, no se menciona de manera expresa la protección al derecho a la intimidad.⁸⁰

Por otra parte, debemos mencionar los criterios jurisprudenciales que en México se han destacado al respecto y específicamente a la intimidad patrimonial. Así las cosas, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito han expuesto los siguientes argumentos:

En el Amparo en Revisión 198/2001, derivado del Juicio de Amparo interpuesto por el Banco Inbursa, S. A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Inbursa, la tesis del 17 de

⁸⁰ Por mencionar un ejemplo en el ámbito internacional, en la Constitución Española sí lo recoge en los artículos 18 y 24, el cual quedó circunscrito en las sentencias del Supremo Tribunal Constitucional del 26 de noviembre de 1984 y del 26 de abril de 1990 con las siguientes características: “1o. es un derecho que protege la intimidad personal y familiar, alcanza, por tanto, sólo a las personas físicas; 2o. tanto el secreto profesional como el bancario tienen como fundamento la protección del derecho a la intimidad del cliente, pues en nuestros días una cuenta corriente constituyen una “biografía personal en números”; 3o. el derecho a la intimidad no es un valor absoluto, por lo que debe ceder ante otros derechos superiores; 4o. la investigación de las cuentas corrientes de los contribuyentes y de la contabilidad de los profesionales como requisitos para comprobar el fiel cumplimiento de las obligaciones tributarias, es lícito de acuerdo con la Constitución; 5o. la Constitución sólo impide las injerencias arbitrarias, ilegales o abusivas”. González García, Eusebio, op. cit., p. 692.

octubre de 2001⁸¹ destaca *la protección a la intimidad económica del comerciante traducida en la contabilidad mercantil*, y que en todo caso, si en uso de sus facultades la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) requiere a las instituciones bancarias información general e impersonal sobre los productos o servicios financieros que ofrecen al público en general, no afecta la intimidad de la contabilidad mercantil prevista por los artículos 42, 43 y 44 del Código de Comercio. Además, esta tesis indica cómo se integra la contabilidad mercantil, tal como puede observarse textualmente:

Si se toma en consideración, por un lado, que la contabilidad mercantil se integra por documentos de contenido histórico donde se asientan hechos del pasado que, en su caso, van integrando el historial exacto y minucioso de las actividades comerciales pretéritas del mercader que las efectúa, así como la situación económica presente, basada en resultados pasados y, por otro, que en virtud de ser una obra del propio comerciante, debe protegerse mediante el correlativo derecho de intimidad, resulta claro que cuando la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros requiere información no particularizada sobre productos y servicios financieros que ofrecen las instituciones bancarias al público en general, no se afecta la aludida intimidad de la contabilidad mercantil prevista en los artículos 42, 43 y 44 del Código de Comercio, ya que dicha información no es de aquella que esté protegida por el secreto aludido, pues no se trata de los libros contables encuadernados, empastados y foliados a que se refiere el numeral 34 del citado código; tampoco se trata de los registros contables, inscripciones o asientos que se efectúan por los comerciantes para hacer constar un movimiento activo o pasivo de una operación individual permitiendo su identificación e historial y conexiones, en términos del artículo 33 del propio

⁸¹ Resuelto por unanimidad de cuatro votos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo ministro ponente fue José Vicente Aguinaco Alemán.

ordenamiento; menos aún son comprobantes de operaciones pasadas del comerciante (facturas de bienes o servicios) a que se refiere el diverso artículo 38; tampoco son cálculos aritméticos que permiten corroborar el historial de los negocios del comerciante; ni son documentos personales o actas de juntas que se refieran a operaciones realizadas en términos de los artículos 36 y 41 del código en mención.⁸²

Por otro lado, el Segundo Tribunal Colegiado Mixto del Cuarto Circuito, resolvió el 4 de mayo de 2000, derivado del Juicio de Amparo interpuesto por Interticket, S. A. de C. V.,⁸³ la tesis en la que ha identificado los datos contables con los datos confidenciales del quejoso, por lo que el desahogo de la prueba documental en vía de informes sobre datos contables resulta de ejecución irreparable. Esta situación se observa de la cita textual de la tesis:

Si con la prueba documental en vía de informes se pretende obtener *datos confidenciales*⁸⁴ del quejoso, relativos a cuentas bancarias y otros documentos propios de su contabilidad a fin de ponerse a la vista de terceros, entonces, debe estimarse que el desahogo de tal probanza, por sí misma, genera consecuencias irreparables desde el momento de su realización, afectando de manera directa e inmediata derechos sustantivos contenidos en la carta magna, pues aunque llegase a obtener sentencia favorable, ello no destruiría fácticamente las consecuencias materiales causadas por el acto de molestia en sus posesiones y papeles, a cuya privacidad tiene derecho. En el evento apuntado, se produce un similar sentido de afectación al que se ocasiona en el caso del desahogo de la prueba pericial contable ofrecida por la contraparte del quejoso, tratado en la jurisprudencia número 399 de la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice de 1995, Tomo VI, Materia Común, página 268, cuyo rubro dice: “PRUEBA PERICIAL CONTABLE. LA INDEBIDA ADMI-

⁸² Tesis 2a. CCXXX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XIV, diciembre de 2001, p. 368.

⁸³ Por unanimidad de votos en el Amparo en Revisión número 592/99.

⁸⁴ Las cursivas son nuestras.

SIÓN DE LA OFRECIDA POR LA CONTRAPARTE DEL QUEJOSO EN EL JUICIO NATURAL, ES UNA VIOLACIÓN PROCESAL CUYA NATURALEZA SUI GENERIS PRODUCE EFECTOS LEGALES Y MATERIALES, QUE YA NO PUEDEN SER REPARADOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA Y, POR TANTO, RESULTA PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO EN SU CONTRA”, y en esa tesitura, es concluyente que se está en presencia de una violación producida dentro de juicio que, por ser de ejecución irreparable, es susceptible de combatirse en amparo indirecto en términos del artículo 114, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con independencia de que, como violación puramente procedimental, sea impugnabile en amparo directo.⁸⁵

De los dos criterios anteriores, se observa que los datos contables están protegidos por el derecho a la intimidad patrimonial, y que en algunos supuestos estarán protegidos por el secreto bancario. De tal manera, que el derecho a la intimidad recobra vitalidad en el ámbito económico, el cual queda regulado en diversas materias entre las que es necesario mencionar el derecho tributario, aduanero, bancario y bursátil.

Pero ciertamente, los conceptos referentes a la intimidad son indeterminados y contienen un alto grado de subjetividad por lo que no puede darse una solución abstracta única, sino que al contrario, se requiere que se vaya resolviendo por cada caso concreto. En realidad, lo establecido por las leyes mexicanas como por las españolas, no nos dice mucho respecto a los límites y concreciones del derecho a la intimidad en relación a su interés tributario.⁸⁶

⁸⁵ Tesis IV.2o.P. C.17 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito, t. XII, julio de 2000, p. 806.

⁸⁶ Checa González, Clemente y Merino Jara, Isaac, “El derecho a la intimidad como límite a las funciones investigadoras de la administración tributaria”, *Impuestos*, vol. II, Madrid, 1988, p. 734.

Finalmente, en el ámbito del derecho público internacional, existe un haz de convenciones que se han instrumentado con el propósito de proteger los derechos humanos; vale la pena mencionar tres acudiendo al interés regional. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos el artículo 12 establece el derecho a la vida privada;⁸⁷ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 sobre el respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y protección de la honra y la reputación, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11 sobre la protección de la honra y de la dignidad.⁸⁸

B. *Protección de los datos personales*

La legislación sobre el control y manejo de los archivos de datos personales no solamente conlleva una conversión tecnológica —en vías de garantizar la seguridad, exactitud y actualización de los datos personales en sistemas automatizados—, sino también una conversión política desde los órganos legislativos que garanticen el derecho fundamental a la vida privada e íntima de las personas. En palabras de Luis Manuel Méjan, cuando la información no se queda en el terreno documental sino que se traslada a la información decisional, el riesgo aumenta. La información capturada sobre un ciudadano o un cliente va a ser utilizada para la

⁸⁷ Artículo 12. 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 a la ley contra tales injerencias y ataques.

⁸⁸ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

toma de decisiones, y cuando esta toma de decisiones se hace por procesos electrónicos extraterritoriales, el riesgo de la frialdad, de la despersonalización y, por ende, de injusticia, aumenta.⁸⁹

La doctrina española ha denominado este nuevo derecho como ‘libertad de informática’, mientras la anglosajona lo comprende dentro del concepto de *privacy*. Igualmente, la forma de tutela procesal, y a veces comprendida incluso como derecho constitucional en diferentes países de América Latina, es el llamado Hábeas Data, que es un instrumento para controlar la calidad, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su posible transmisión. En la doctrina anglosajona y germana el derecho tutelar relacionado con los datos personales es la ‘autodeterminación informativa’, o protección de datos personales esbozado en el derecho constitucional. Entonces, se entiende por protección de datos personales, el sistema de principios, regulaciones y tratamiento, métodos y medios de recolección de datos que garantizan la recolección limitada, tratamiento y uso de los datos personales y la protección del interés de las personas.⁹⁰

El alcance de los datos personales implica la obligación del responsable de la información a conservar la exactitud y veracidad de los datos, proveer la seguridad técnica de su tratamiento y almacenamiento, así como notificar a las autoridades de control o supervisión de datos personales. Los sujetos de la información tienen por lo tanto, el derecho de ser informados acerca del propósito de recolección de sus datos y del tratamiento que se les dará, del procedimiento para acceder a ellos, y del procedimiento para corregir, modificar o borrar los datos concernientes a su persona.

Atendiendo a la experiencia comparada, las legislaciones específicas para la protección de datos personales siguen ciertos

⁸⁹ Ekmekdjian, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo, *Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 115.

⁹⁰ Luna Pla, Issa, “Datos personales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario 2004*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

principios básicos: *a) principio de recolección legítima*: los datos personales deben de ser obtenidos de manera legal y por medios justos y transparentes, y con el consentimiento del sujeto de la información; *b) principio de calidad de los datos*: datos que de acuerdo a una recolección de datos legítima, deben ser exactos, certeros, completos y actualizados; *c) principio de especificidad del propósito*: los datos personales pueden ser recolectados sólo si existe un propósito predeterminado, y sólo por el alcance y periodo de tiempo necesario de almacenamiento para ese propósito; *d) principio de uso limitado*: los datos solamente pueden ser utilizados bajo el consentimiento del sujeto de la información o por la autoridad legal; *e) principio de salvaguarda*: los datos personales deben ser protegidos, de acuerdo a las tecnologías disponibles, bajo medidas de seguridad en contra de pérdida, acceso no autorizado, modificación, destrucción o publicación; *f) principio de apertura*: debe ser de acceso público la existencia, lugar y propósito del manejo de datos personales, así como la identidad del responsable del tratamiento de los mismos; *g) principio de participación del sujeto de la información*: los sujetos de la información tienen el derecho a saber, y cuando sea necesario, de corregir, modificar, completar o borrar los datos concernientes a su persona, y *h) principio de rendición de cuentas*: el responsable de los datos debe rendir cuentas y ser auditable, de acuerdo con los principios anteriores, asimismo, debe ser capaz de probar la legalidad de los datos que posee.⁹¹

En el ámbito del derecho internacional, el derecho a los datos personales se encuentra legislado en directivas y normas especiales tanto en la Unión Europea como en algunos países de América. La principal es la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995 relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, como su nombre

⁹¹ *Idem.*

oficial lo indica. De ella han emanado una serie de ordenamientos regionales y nacionales en consonancia con dicha directiva.

En México, el derecho a la protección de los datos personales tuvo una primera protección en el 2001 con la entrada en vigencia de la LFTAIPG, que incluye el capítulo IV de la Protección de Datos Personales, para que los datos personales en manos del Estado sean de acceso para los interesados, incluyendo que éstos puedan corregir y modificarlos cuando resulte de su conveniencia. Pero esta protección jurídica carecía de dos elementos: *a)* que la protección se elevara a rango constitucional, establecida como un derecho a la autodeterminación de los datos personales, y *b)* que la protección se extendiera para los datos personales en manos de privados y no solamente en entes públicos.

El siguiente paso en la historia jurídica de esta protección se dio en el 2007, cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada en su artículo 60., sobre el derecho a la información, y se estableció como un límite a dicho derecho, la protección de los datos personales en la fracción II: “La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”.

Sin embargo, la materia normativa del artículo 60. es la libertad de expresión, el derecho a la información y el de acceso a la información pública, y en éste se estipulan sus alcances y límites. Así que la protección a los datos personales no podría permanecer exclusivamente como un derecho correlativo al acceso a la información pública, sin dotársele de naturaleza propia. Había por lo tanto que proceder en dos direcciones: *a)* otorgar facultades legislativas al Congreso para normar la protección de los datos personales en manos de privados, y *b)* establecer el derecho a la protección de los datos personales como un derecho derivado del resguardo de la vida privada, cuyo lugar es el artículo 16 constitucional.

Finalmente y después de un largo debate legislativo, el 30 de abril de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*

la reforma que adiciona una facultad al Congreso de la Unión: “XXIX-O. Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”.

Con esta provisión constitucional, el Congreso procedió a reformar el texto del artículo 16 constitucional que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de junio de 2009 y a la letra añadió:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la Ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Hasta donde este libro se escribe, una ley especial que regule y desarrolle la nueva protección constitucional no ha sido aprobada. Algunas provisiones sobre el uso y resguardo de los datos personales que deberán armonizarse se encuentran dispersas en la Ley de Imprenta, la Ley de Información Estadística y Geográfica, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, el CFF —a propósito de nuestro estudio—, entre otras.