

Genética humana y derecho a la vida privada II

Víctor M. Martínez-Bullé Goyri*

Vida privada e intimidad en el derecho mexicano

Como señalamos arriba, la conceptualización de los derechos humanos a fines del siglo XVII, con la calidad del absolutismo, como un triunfo del individualismo, representó precisamente la generación de un ámbito de libertad para el desarrollo del individuo de acuerdo con su dignidad, libre de intromisiones tanto de los demás miembros como de la sociedad en especial de quienes tienen el poder, es decir el Estado.

Se generó así un ámbito *privado*, correspondiente en exclusiva al individuo y en relación con el cual éste ejerce su absoluto señorío. Con el desarrollo de las sociedades y el correspondiente desarrollo normativo de los derechos humanos fueron generándose, conceptuándose y construyéndose derechos específicos que en todo momento se encuentran enfrentados a la fuerza del poder y funcionan como el medio para evitar su intromisión en esas esferas. Incluso, los derechos que tutelan la privacidad e intimidad se encuentran también enfrentados con otros derechos, como son los referidos a las libertades de expresión e imprenta y el derecho a la información, resultando unos los límites de los otros y viceversa.

Evidentemente, los derechos que tutelan la privacidad y la intimidad no presentan el carácter de

derechos absolutos, que ya en determinadas circunstancias la intromisión en esas esferas está legitimada en tanto que la acción pretende proteger o realizar un bien considerado de mayor trascendencia, como puede ser, por ejemplo, la protección de la seguridad colectiva en los casos de autorización de cateos o la irrupción en el domicilio en persecución de un delincuente.

A. La vida privada en el desarrollo constitucional mexicano

Hacemos ahora un breve recorrido para ver qué aspectos de la privacidad han sido recogidos para su protección en nuestra historia constitucional. Comenzando incluso con textos a los que podríamos llamar preconstitucionales, como los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón de 1811, que simplemente protegieron el desarrollo de la vida privada en el domicilio, al considerar a este "como una silo sagrado" (punto 31). Poco después don José María Morelos y Pavón consignó una fórmula similar en sus famosos Sentimientos de la Nación en 1913, al establecer en el punto 17: "Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas para los infractores". Es claro que esta tutela del domicilio se refiere a varios aspectos, como la propiedad privada y la seguridad, pero también se está tutelando la vida privada, la intimidad y la vida familiar.

* Investigador Titular y Secretario Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Coordinador de Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos.

Texto similar a los anteriores se recogió también en 1814 en el artículo 32 del Decreto Constitucional para la Libertad de las Américas Mexicana, conocido como Constitución de Apatzingán. Sin embargo, en esta Constitución se inicia ya también la tutela de otro aspecto, expresión de la privacidad, que es el correspondiente al honor, ya que el artículo 40 establecería una amplia libertad de pensamiento, expresión e imprenta, teniendo como únicos límites el no atacar al dogma, turbar la tranquilidad pública u *ofender al honor*.

En la Constitución de 1924, la protección de la privacidad, vinculada con el domicilio, es ahora más extensa ya que abarca los papeles y efectos personales de los individuos, en los términos del artículo 152, que literalmente establecía: "Ninguna autoridad podrá librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, sino en los casos expresamente dispuestos por la ley, y en forma en que ésta determine. "En cambio la tutela del honor en relación con las libertades de expresión e imprenta, que se había consignado en Apatzingán, aquí desaparece al dejarse a que sea la ley la que regule el ejercicio de dichas libertades, limitándose, como principio general, a proscribir la práctica de la previa censura.

En la Siete Leyes Constitucionales de 1836, en la primera de ellas, dedicada a los "Derechos y obligaciones de los mexicanos, y habitantes de la República", entre los derechos del mexicano consagrados en el artículo 2, se establece, en la fracción IV: "No poderse catear sus casas y sus papeles, si no es en el caso y con los requisitos literalmente prevenidos en las leyes". Y respecto a las libertades de imprenta, de nuevo se deja a la ley la reglamentación de su ejercicio.

Como es sabido, la Constitución de 1857, en lo que se refiere a los derechos humanos, bajo su consagración como garantías individuales, contiene una amplia gama de derechos que es casi literalmente el texto que después es recogido por el Constituyente en 1916-1917, y que en gran parte de su contenido se mantiene en nuestra Constitución vigente hasta la fecha. En este caso, ya la tutela de la intimidad y la vida privada es más extensa, comenzando por el artículo 6 respecto de la libertad de expresión o de "manifestación de las ideas",

que tiene establecidos como límites los ataques a la moral, los derechos de tercero, la provocación al delito y la perturbación del orden público, si bien aquí no se tutela expresamente la privacidad, los derechos relativos a la misma caben perfectamente bajo el rubro "los derechos de tercero".

Este artículo 6 pasó literalmente a la Constitución vigente en 1917 y sólo fue reformado en 1977, para añadir en una frase el derecho a la información, con el siguiente texto "[...] el derecho a la información será garantizado por el Estado". No obstante, hasta la fecha no existe regulación alguna del derecho de la información en nuestro país, que cada vez que se ha intentado realizarla se ha acusado al gobierno o sus promotores de pretender imponer una "ley mordaza" a los medios de comunicación, dándose el absurdo de que quienes serían los primeros beneficiados al contar con una ley que regulara este derecho son los primeros que se oponen, prefiriendo mantenerse en la situación vigente, en la que las relaciones con el gobierno en lo que a información se refiere se sujetan a las conocidas y terribles "reglas no escritas del sistema", que no son en realidad más que el capricho, interés o nivel de corrupción del funcionario en turno.

Por otra parte, el artículo 7 de nuestra Constitución de 1957 se dedicó a consagrar la libertad de imprenta, la cual queda tutelada de manera amplísima, prohibiéndose la previa censura o el exigir finanzas a los autores, pero estableciéndose como sus límites "el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública". Aquí se enfrentaron ya con claridad dos derechos, al establecerse a uno como límite del otro, esto es, el derecho a la vida privada como límite de la libertad de imprenta.

Este texto fue literalmente recogido en el artículo 7 de nuestra vigente Constitución. Por su importancia nos permitimos transcribirlo:

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

El problema que se plantea aquí es entonces qué debemos entender por vida privada y cuáles son sus alcances. Es decir, qué puede y qué no puede ser publicado respecto de los individuos. Sería de suponerse que la correspondiente ley reglamentaria nos diera luz al respecto; sin embargo, nos topamos con un caso desgraciadamente no único en nuestro país, sino incluso común, de una ley vieja, por tanto desactualizada e inoperante para regular efectivamente la realidad actual. Se trata de la vieja Ley de Imprenta, reglamentaria de los artículos 6 y 7 constitucionales, sobre la cual se discute incluso sobre su vigencia, dado que fue publicada el 12 de abril de 1917, y nuestra Constitución no entró en vigencia sino hasta el 1 de mayo, de acuerdo con lo establecido por su artículo primero transitorio.

Con referencia a la vida privada, la Ley de imprenta establece en su artículo 1, en cuanto fracciones, lo que considera ataque a la vida privada.

Artículo 1. Constituyen ataque a la vida privada:

- I. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, por medio de manuscrito, o la de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía, o de cualquiera otra manera que, expuesta o circulando en público o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensaje, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses.
- II. Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior contra la memoria de un difunto con el propósito de intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren:
- III. Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan con el mismo objeto apreciaciones que

no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo estos verdaderos;

- IV. Cuando con una publicación prohibida expresamente por la ley, se comprometa la dignidad o estimulación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daño en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecunarios.

Como vemos, en ninguna de estas fracciones se abordan supuestos propiamente de lo que es la vida privada, sino que se hace referencia más bien a la fama pública y al honor, o lo que ahora se denomina también derecho a la propia imagen en uno de sus aspectos. Y queda aún más clara la no protección a la vida privada con el texto del artículo 5 de la propia Ley, que establece que no puede considerarse como maliciosa una manifestación, cuando lo afirmado es cierto:

Artículo 5.

No se considera maliciosa una manifestación o expresión, aunque sea ofensivos sus términos por su propia significación, en los casos de excepción que la ley establezca expresamente, y además, cuando el acusado puede que los hechos imputados al quejoso son ciertos, o que tuvo motivos fundados para considerarlos verdaderos y que los publicó con fines honestos.

Pero continuemos con el texto constitucional de 1857, que en su artículo 16 estableció como garantía el que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento." Este texto pasó literalmente al mismo artículo 16 en la Constitución de 1917, y hasta la fecha es el párrafo inicial de este artículo que ha sido enriquecido con otros derechos, ya sea de nueva creación o reubicados dentro del texto constitucional. Además de los requisitos expresados para poder realizar cateos, actualmente en el párrafo noveno, en 1917 se añadió también la protección del domicilio respecto de la realización de visitas domiciliarias de la autoridad administrativa, las que se limitan y someten a las formalidades de los casos.

Podemos ver que aquí se tutela ya con mayor amplitud la vida privada del individuo, incluyendo la vida familiar, el domicilio y todas las posesiones, como un límite ya no sólo frente a otro derecho, sino también frente a la autoridad, es decir, frente al poder, constituyendo dichos aspectos de la privacidad valores fundamentales a representar en la relación gobierno-gobernado, y derechos fundamentales del individuo garantizados por el Estado. A diferencia de lo que sucede con la protección de la privacidad en relación con las libertades de expresión e imprenta, donde como señalamos, la falta de una regulación que precise qué se entiende por vida privada o privacidad hace ineficaz la garantía del derecho; aquí estos aspectos específicos de la privacidad quedan perfectamente tutelados por la norma constitucional, sus desarrollo en los códigos procesales, y además cuentan con la institución del amparo como medio eficaz de protección.

Otro aspecto de la privacidad tutelado desde la Constitución de 1857 es el relativo a la comunicación, ya que en el artículo 25 se garantizó la inviolabilidad de la correspondencia. El texto se recogió también en 1917 en el mismo numeral, y en 1983, por reforma constitucional, pasó al artículo 16, actualmente como párrafo once. Debemos entender aquí que lo que el legislador pretendió tutelar desde 1857 no fue la correspondencia misa, que es simplemente un medio; lo que se tutela es la confidencialidad de la comunicación, la privacidad de ésta, y como tal este artículo debiera adaptarse de manera que su protección alcance a los modernos medios de comunicación, por cierto algunos inimaginables en 1857, como el teléfono, el telégrafo, el fax, la comunicación por radio, microondas e incluso las novedosas redes de telecomunicación computarizada, las cuales, sin embargo a falta de la reforma, también podrían ser tuteladas por la vía jurisdiccional, pero por desgracia en México nuestro máximo tribunal no se ha caracterizado sino por aplicar las normas de manera literal, y porque nunca su interpretación en relación con los derechos humanos ha resultado extensiva, por lo que seguramente será necesario esperar a la correspondiente reforma constitucional.

B. Tutela civil y penal de la privacidad

Hasta aquí por lo que se refiere a la tutela de la privacidad e intimidad por normas constitucionales, pero es necesario acudir a otras normas secundarias que también tutelan distintos aspectos de la vida privada. Comenzando por el Código Civil del Distrito Federal, que en su artículo 1916 establece la figura del daño moral entendiendo por tal: "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás". Pareciera por esta conceptualización que la privacidad, imagen y honor quedan ampliamente tutelados por la figura del daño moral; sin embargo, el segundo párrafo del artículo nos señala que sólo es causa de responsabilidad cuando el acto u omisión que lo produzcan sean ilícitos, lo que frente a la pobre regulación de la privacidad en general que existe en nuestro país, hace punto menos que imposible caer en la ilicitud.

Para mayor abundamiento, el artículo 1916 bis del mismo Código establece que: "No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República. "Si relacionamos esta disposición con la del artículo 5 de la Ley de Imprenta, que señala como lícita la publicación de datos, privados o no, siempre que sean ciertos, de nuevo encontramos que la protección jurídica de la privacidad e intimidad resulta sumamente pobre, si no es que nula.

Por otra parte, también en lo que corresponde al campo de derecho penal, se tutelan algunos aspectos de la privacidad, con figuras delictivas específicas establecidas en el Código Penal Federal, como son la intervención de comunicaciones telefónicas (artículo 167, fracción IX), la violación e interceptación de comunicaciones escritas (artículo 173), la revelación de secretos (artículo 210).

Especialmente relevante para nuestro tema, por lo que se refiere al secreto profesional del médico, resulta ser la revelación de secretos, donde se sanciona a quien "sin justa causa, con

perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto". Vale la pena señalar que la diferencia con la Ley de Imprenta y con el Código Civil, ya que aquí basta que se cause el perjuicio y que la información revele sin causa justa, aunque sea cierta, para que la conducta sea considerada ilícita y por lo tanto sancionable.

C. El derecho internacional

Comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, que en su artículo 12 indica ampliamente tanto la privacidad como la propia imagen, prohibiéndose las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia el domicilio y la correspondencia, así como los ataques a la hora y reputación. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, recoge íntegramente en su artículo 17 el texto del artículo 12 de la Declaración Universal, bajo el rubro de "Protección de la honra y de la dignidad".

Además de estas prevenciones generales, en el ámbito regional, específicamente el europeo, se han desarrollado instrumentos específicos para la tutela de distintos aspectos de la privacidad, como, por ejemplo, el Convenio para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, del 28 de enero de 1981. En el mismo tenor y muy específicamente respecto del manejo de información personal, en la mayoría de las legislaciones europeas existen leyes precisas que tutelan estos aspectos de la privacidad, incluso con normas a nivel constitucional. Desarrollos similares encontramos en general en el ámbito latinoamericano y por supuesto en los Estados Unidos y Canadá. En algunos países latinoamericanos se han desarrollado incluso instrumentos procesales específicos para la protección de estos derechos, como el *habeas data en Brasil, Paraguay y Perú*.

Frente a este universo normativo nos damos cuenta por desgracia que nuestro país presenta un rezago normativo de décadas frente a no sólo a

países de los llamados desarrollados, sino incluso frente a países con un desarrollo claramente inferior al nuestro, como Paraguay y Perú. Mientras en la mayoría de los países se trabaja ya en los cuerpos legislativos de manera abierta y socializada para construir las regulaciones normativas de bancos de información genética, en México seguimos espantándonos con el fantasma de la "Ley Mordaza" cada vez que se pretenda regular el derecho a la información, consagrado en la Constitución desde 1917, y no se avanza en nada más, ni siquiera en la modernización de nuestra conducta, Ley de Imprenta.

Si vemos el panorama de la tutela jurídica de la privacidad, el honor y la propia imagen en nuestro país, es evidente su pobreza de desarrollo, y lo que es más grave aún, la falta de eficacia y positividad de las escasas normas con las que contamos. Basta pensar que viviendo en un mundo donde la información se ha convertido en uno de los bienes más preciados y fuentes indiscutibles de poder, vivimos una realidad regida por "reglas no escritas", por turbias negociaciones y contubernios, donde el individuo está en absoluto estado de indefensión frente a quienes mezquinamente se aferran a su pobre poder, ya sea político o económico. Mientras el país vive ilusoriamente empeñado en construir una transformación democrática del Estado, quienes debieran promoverla se empeñan en cerrar el camino para la construcción de los presupuestos indispensables para que pueda lograrse una verdadera democracia como se entiende en el mundo moderno.

D. Conceptuación jurídica de la privacidad

Corresponde ahora preguntarnos, desde la perspectiva jurídica qué debemos entender por privacidad, por vida privada, por intimidad. Porque sin tener claro a qué nos referimos seguirá siendo imposible construir normas que nos permitan defender ese "ámbito privado" del individuo, que en la normativa actual parece limitarse al honor y a la reputación o buena fama. En términos generales, debemos entender por vida privada la actividad realizada por cada individuo en su esfera personal y familiar, que no está destinada a trascender o impacta a la sociedad de manera directa.

Ahí encontramos campos como las propias relaciones personales y familiares, tanto efectivas como de filiación, las creencias y filiación religiosa, **las convicciones personales y políticas, las condiciones personales de salud, la propia identidad, las preferencias sexuales, e incluso la situación financiera personal y familiar, así como las comunicaciones personales por cualquier medio.**

Por supuesto queda que la tutela de la privacidad no puede ser absoluta en sí misma, ya que aunque inicialmente sea una información que corresponde a una actividad reservada, al ámbito personal y familiar, la misma puede en ocasiones llegar a trascender y a impactar a la sociedad, e incluso afectar los derechos de los demás, específicamente el derecho a la información, o a la misma paz y orden sociales. Así, se plantea la necesidad evidente de establecer niveles de control y acceso a esa información personal, vinculados a la necesidad de su conocimiento y al uso que pueda hacerse de esa información personal, de manera acorde con nuestros principios constitucionales.

Habrá así un primer nivel de información personal que podríamos denominar como de público acceso, como es el nombre, la edad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, ocupación estado civil; lo que se denomina en términos forales los "generales" de la persona, que no son más que un conjunto de datos que nos permiten identificar con precisión a un individuo, información elemental y suficiente para la interacción social, y que satisface en términos generales la necesidad de registros públicos de control de población; así como posibilita el desarrollo de trabajo estadístico básico, necesario para la planeación. Esta información debe considerarse como de público acceso hasta el nivel individual.

Existe otro nivel de información necesario para controles y trabajos estadísticos más especializados o sofisticados, como pueden ser los relativos a condiciones de salud, nivel de ingreso económico, etcétera; donde se aportan datos personales pero con el fin de sumarlos a un universo que será manejado de manera global, y nunca para fines de control o fiscalización individual. Aquí el acceso a la información estadística global es público, pero debe estar absolutamente vedado el acceso y manejo de información individual, sobre la que debe garantizarse la confidencialidad.

Harbá un nivel más de información, ésta sí individualizada y específica, necesaria para determinadas actividades e incluso en beneficio del propio individuo, como son las historias clínicas personales, los registros fiscales, la información crediticia y comercial personal, los registros policíacos necesarios para la seguridad pública colectiva, etcétera. Se trata de información que se integra en archivos personales individualizados, pero destinados a un fin específico y a un uso reservado en atención a dicho fin. El acceso a este tipo de archivos ha de ser restringido y sujeto a controles suficientes que garanticen su no uso o acceso indiscriminado.

Con referencia a este tipo de archivos es que se ha construido doctrinal y normativamente lo que autores como Antonio E. Pérez Luño denominan "el derecho a la autodeterminación informativa", como un nuevo derecho fundamental que implica en sí mismo un conjunto de derechos, como son: en primer lugar, el *conocer* la existencia de bancos de información donde existan archivos personales propios; el derecho a *acceso* a esa información; el derecho al *control* de la veracidad y a la calidad de la información personal que se encuentre en los mencionados archivos, que implica en sí mismo un derecho a *corregir* o a *enmendar* la información errónea, inexacta o incompleta, e incluso poder exigir la desaparición de archivos personales, y finalmente, el derecho a *disponer* o *autorizar* el traspaso o transmisión de esa información a otras bases de información con fines diferentes a aquellos para los que fueron recolectados o cedidos originalmente.

Finalmente, sin duda es necesario un espacio privado intocable, un espacio *íntimo* que constituiría lo que podríamos denominar como el "ámbito de la intimidad"; un ámbito sobre el cual no es posible injerencia externa alguna, tanto porque se trata de una información que no afecta ni impacta a la sociedad ni a los derechos de los demás, por referirse a aspectos estrictamente personales o familiares, como porque el uso o conocimiento de esa información, sin aportar ningún beneficio o utilidad a la sociedad, puede ser origen o causa de acciones discriminatorias frente a las cuales el individuo quedaría en absoluto estado de indefensión.

Nos referimos aquí a lo que algunos autores denominan como "información susceptible o sensible". Aquí agruparíamos la información sobre el origen familiar, social y racial, las convicciones o preferencias políticas, las creencias y filiaciones religiosas, las preferencias y prácticas sexuales. Información toda ella que corresponde a la propia concepción del individuo sobre sí mismo, que no afecta ni interesa más que el propio individuo y a quienes él libremente se la quiera compartir. Éste sería lo que podríamos denominar el núcleo duro de la intimidad, a cuya información sólo sería posi-

ble el acceso en casos gravemente justificados por su posible impacto social y mediante estrictos controles, de preferencia judiciales, y vedándose de manera absoluta su inclusión en bancos de datos de uso público.

En este último grupo de información se incluirá con toda seguridad la información relativa al código genético personal, dado que se vincula a la más estricta intimidad del individuo.

*Continúa en el Volumen 132
No. 1 Enero-Febrero 1996*