

## **Aproximación al cuerpo humano como fuente de datos personales íntimos**

Roberto Aguirre Fernández de Lara

### **Resumen**

El objetivo de este artículo es describir los umbrales de la transformación de la naturaleza estimular y referencial de las fuentes que suministran los datos personales a partir de la mutua remisión e identidad corporeidad-individualidad para evaluar los alcances de la emergencia del cuerpo humano y de la acción jurídica respecto a éste como fuente para la obtención y registro de datos personales. Primeramente, se describe la identidad antes referida y la evolución de la tensión público-privado en las sociedades modernas; posteriormente, el valor del estado de la tensión público-privado para la obtención y el almacenamiento de los datos personales en el escenario del creciente potencial humano de afectar la escala temporal y espacial de la orientación evolutiva de la relación entre las mediaciones corpóreas y las no corpóreas. Como conclusión, se presentan algunos señalamientos de criterio en el orden de los retos para una juridificación de los datos personales que parten de una comprensión continúa de los aspectos naturales y los culturales de la conducta humana.

### **1. La conducta humana como fenómeno juridificable**

Las conductas humanas, su afección al entorno de otros fenómenos -sean animales, elementos o fuerzas de la naturaleza, sustancias de diversa índole, estructuras sociales, territorios, etc.- como al propio cuerpo humano son juridificables. Es decir, son objeto de ser reglamentados por una ley y de ser descritos y objeto de todas las facetas de la acción jurídica, en el entendido de un conjunto de imperativos respecto al interés de orientar la conducta humana sobre la mencionada diversidad de fenómenos a favor del ordenamiento de las relaciones entre los miembros de un conjunto social. Aunque el ordenamiento de dichas relaciones es un bien en sí mismo para ese grupo por la permanencia de la especie a la que pertenecen, no todos los ordenamientos llevan a destinos igual de generosos.

Entre este amplio universo de fenómenos, se encuentra el cuerpo humano y la identidad que cultural e históricamente se ha dado a éste con la noción de individualidad, sobre todo en Occidente. Si bien el propio cuerpo es, de principio, la materia de un organismo vivo, para el caso humano como para cualquier especie animal, este cuerpo humano tiene peculiaridades biológicas y psicológicas sobre las cuales se han construido y se pueden sustentar particularidades culturales y antropológicas que, en un sentido general, apuntan a un alto potencial de mutua referencia como de identificación entre las nociones de corporalidad e individualidad que subyace en el derecho y en la actividad humana cuya realización implica una interpretación de la conducta de los sujetos.

Como actividad humana, el derecho no escapa de esta realidad; máxime si el bien jurídico en cuestión es el propio sujeto con los rasgos que constituyen su subjetividad en el

ámbito psicosocial como en el psicofísico. En un sentido amplio, la consideración del párrafo anterior es válida para todo esfuerzo jurídico sea cual sea el objeto a ser juridificado, pues, en realidad, lo que es pasado por el tamiz de la ley no son los fenómenos –de cualquier orden– sino nuestra conducta ante ellos.

En este sentido, los objetos de la ley son genéricamente información con el solo hecho de ser objetos de nuestra actividad cognitiva. La misma ley y el mismo derecho lo son, si entendemos el sentido básico del término “objetividad” como el de la participación de nuestra especie en el fenómeno de la información.

## **2. Transformación humana del entorno desde la identidad corporeidad-individualidad**

En su sentido específico, el Derecho de la Información remite a la juridificación de un conjunto de contenidos que, independientemente del tópico que ocupen, son socialmente relevantes a la tensión público-privado en los Estados, al menos, formalmente democráticos. El bien jurídico no es tanto el tópico de dicha información como la capacidad de los sujetos de recibir, solicitar y producir información relevante por su carácter público. La conducta juridificada es, entonces, la capacidad de gestionar dicha información y se puede remitir a través de determinados modelos para entender la actual relación entre la vida pública y la vida privada que, en un sentido general, es muy distante a una descripción precisa de los límites entre ambas esferas.

Sin embargo, la información en materia de datos personales es, al menos para los denominados datos íntimos, una identidad corporeidad-individualidad que aún corresponde a la esfera privada en los regímenes jurídicos de Estados democráticos. El derecho de la información es, en este sentido de la tensión público-privado, una realización social doblemente sensible para los aspectos más básicos de nuestra condición y nuestra convivencia humana.

A partir tanto del diagnóstico de Habermas (1990) como de la comprensión de las lógicas sistémicas de una sociedad caracterizada por un aumento de complejidad respecto a las formas precedentes de la misma, se puede apreciar una actualidad social plena de fenómenos que ya desde el siglo XIX van en disfavor de la esfera privada en su sentido histórico y al parecer originario, acaecido éste a partir de la experiencia y transformaciones de algunas sociedades europeas.

El involucramiento y espectacularización de vida privada real o ficticia en la transformación de formatos televisivos; la disposición legal o ilegal de bases de datos personales públicas por parte de empresas privadas; las condiciones contractuales de servicios domésticos, que hacen ágiles los trámites de contratación y tortuosos los trámites de suspensión de dichos servicios; el desarrollo de documentos de identidad que agrupan datos diversos como el número de seguridad social o la huella digital; la dependencia económica estructural de los particulares de un sistema económico de grandes empresas transnacionales con riesgos de devaluaciones económicas; la autorización tácita o velada a cuerpos policíacos y militares internacionales para actuar fuera de sus territorios nacionales bajo criterios de excepción; la inhibición del potencial de iniciativa empresarial local ante la instalación de firmas internacionales; la posesión legal de información privada en manos de servidores y servicios de

Internet como *Facebook* o el uso de la tecnología aeronáutica para observar desde satélites en el espacio sideral a particulares son una muestra de abierta o potencial invasión a la vida privada así como de lo que Habermas (1990) llama la refeudalización de la misma y la notoriedad pública en el sentido de un poder político y económico ejercido por agentes que operan como privados.

Hay una permanente transformación institucional, económica, política, científica y tecnológica que tiende a la transformación de la vida privada y de la individualidad a la que responde en buena medida la creciente atención a los datos personales<sup>1</sup> como bienes jurídicos que constituyen índices de la vida privada y de la participación democrática, legal y legítima de los sujetos en la política en su sentido más amplio y ciudadano. Esa transformación tiene en la actualidad un potencial de alcanzar –además de los aspectos culturales y sociales– los aspectos naturales (biológicos, psicofísicos y genéticos) de la conducta humana que potencialmente rebasaría el umbral de lo que nuestra cosmovisión sobre la individualidad, la persona y la vida privada refleja en nuestra conducta en su conjunto y en las normas jurídicas que desarrollamos.

La ponderación de estos alcances para la eficacia de la protección legal de los datos personales requiere una buena explicación de los aspectos estimulares y referenciales de las fuentes que aportaban y aportan dichos datos personales desde el análisis histórico y funcional de las capacidades humanas de representación simbólica.

En este sentido, el referente fundamental es el cuerpo humano en lo que tiene de realidad biológica, psicofísica, psicosocial, antropológica y cultural; sin embargo, el destino que se encuentra en el horizonte de la protección legal de los datos personales es más variado. El deseable, favorecer el bienestar social y la calidad de vida de los sujetos.

Es cierto que en la actualidad son posibles materialmente, aunque no necesariamente a nivel institucional, mayores niveles de bienestar social. Por ejemplo, la hambruna existe no por falta de recursos materiales y conocimientos de cómo resolverla. Permanecen viejas maneras en que algunos derechos humanos son puestos de lado (p. e. los genocidios) y otras maneras han cambiado a perfiles más sutiles, pero igualmente eficaces en su capacidad de evadir el cumplimiento de tales bienes jurídicos (p. e. la ausencia de condiciones económicas que impidan disfrutar el derecho a la instrucción pública).

El sentido general de la transformación humana del entorno –como punto de partida para el análisis de la vida humana, pues es esta la relación en la que necesariamente participamos por nuestra condición primaria de seres vivos– es uno en el que la capa de la cultura –en el sentido más amplio de productos (materiales, cognitivos, simbólicos, sociales) de nuestra transformación del entorno– en nuestra experiencia cotidiana ha venido adquiriendo en nuestra historia mayor densidad respecto a la capa de lo natural. Es decir, la ecología cultural y con ello representacional, tecnológica y material resulta cada vez más envolvente de los sentidos y las percepciones que nos dan la experiencia del mundo, incluido lo social y con ello lo jurídico. Por ejemplo, los niños contemporáneos conocen las vacas a través de las

---

<sup>1</sup> Los datos personales son un bien jurídico previo a las transformaciones tecnológicas contemporáneas de la información. En el caso de la información que se otorga en forma voluntaria, hay un antecedente en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, plasmado en el artículo 4° la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). El anterior artículo está inspirado en el pensamiento de John Locke, quien señaló que “la razón natural enseña a todos los hombres, si quieren consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie debe perjudicar a otro en su vida, en su libertad, en su bien”

fotografías, caricaturas, películas y libros, más que, o exclusivamente, por la experiencia directa de dicho mamífero, o los juegos de realidad virtual con cascos que envuelven perceptivamente al individuo son otro buen ejemplo.

Sintomático de lo anterior es que las tecnologías de la información y de su transporte sean las más desarrolladas y la infraestructura tecnológica de otras tantas áreas de actividad y especialidad tenga a aquellas como referente para ser desarrollada. Y esto es sintomático en el sentido de que, como ya sugerimos, todo fenómeno es informativo no por sí mismo sino porque el perceptor establece para tal fenómeno una condición de referente en una relación lógica de determinación. Así, se puede obtener información sumamente precisa sobre las características de la persona y su identidad.

Nuestra creciente capacidad de intervención en el entorno que hemos acumulado a través de nuestra historia como especie puede resultar tan ilusoria e inconveniente a sí misma como lo ha sido en otros rubros si no entendemos que la creación de enormes bancos de datos personales públicos y privados no implica por sí mismo el beneficio amplio de la interrelación económica, política y social. Sólo lo implica en tanto hay un equilibrio a través de la regulación adecuada del uso de los datos personales.

### **3. El estado de la tensión público-privado para la gestión y almacenamiento de datos personales**

Tal equilibrio remite nuevamente a la tensión público-privado y a la preservación de un principio de autonomía de exposición de la corporeidad-identidad de los individuos. La noción de autonomía transporta el problema a una cuestión de grado y a averiguar el modelo de opinión pública que es posible en un sistema económico con los recursos científicos y tecnológicos con los que aquel cuenta<sup>2</sup> para la obtención y gestión de datos personales. Las preguntas son cuáles maneras tienen los sujetos en nuestra sociedad actual para conectarse con eficacia -en el sentido de favorecer su bienestar y calidad de vida- al conjunto social, particularmente al Estado, a la Economía y a la Educación como representaciones de la sociedad y cuál capacidad (tecnológica, política, legal, persuasiva) y beneficio tienen estas instituciones y los intereses representados a través de ellas para obtener los datos personales íntimos sin que los sujetos lo consientan y lo adviertan.

La tendencia a no regular los datos personales íntimos con claro apoyo al bienestar social y la calidad de vida de los sujetos se puede entender como un alto beneficio para las instituciones mencionadas y los intereses en ellas representados o, al menos, la creencia de que así es por parte de sus operadores.

Una reflexión sobre los datos personales sensibles o íntimos en el sentido de lo anunciado en el apartado inicial acusaría al cuerpo humano como rasgo fundamental, aunque no suficiente, de la individualidad. Y el señalamiento de la insuficiencia del aspecto físico para la individualidad remite al hecho de que incluso biológica como psíquicamente se requiere de los otros humanos, ya no digamos cultural, política o socialmente, para constituirse como

---

<sup>2</sup> La supuesta "asepsia" que deja de ver a la ciencia y a la tecnología como no funcionales al sistema económico es un acto de ingenuidad antimarxista en una especie de ignorancia ilustrada. En otra perspectiva, el trabajo de Luhmann (1991, 1993) ha mostrado ya las interrelaciones sistémicas entre los subsistemas sociales y los medios de comunicación generalizada de la misma.

individuo. Muestra de lo anterior es la amplia dependencia del recién nacido respecto al progenitor como un rasgo evolutivo de la especie humana que explica nuestras exitosas capacidades adaptativas al medio ambiente frente a otros mamíferos y homínidos; la consecuente expansión demográfica de la especie en el conjunto de continentes; fenómenos como el logro de la competencia simbólica en los dos primeros años de vida; la relevancia de la plasticidad cerebral para la adquisición de la lengua materna, o el cambio de proporción del tamaño de la cabeza respecto a otras partes del cuerpo en los primerísimos años de vida.

Nuestras capacidades sociales, como lo ha mostrado la etología, la psicología (evolutiva, de la percepción, cognitiva y social) o la neurología descansan en un desarrollo evolutivo que, a diferencia de las especies más cercanas a nosotros, nos permite constituir como objeto de conocimiento la pregunta sobre qué hay después de la muerte o el valor de la intimidad a través de productos culturales, o instrumentos psicológicos para usar los términos de Vygotsky (1977), tales como el lenguaje o el propio derecho.

Así es que nuestras capacidades cognitivas, simbólicas y conducta señalan a un espécimen que se relaciona con su entorno, incluidos sus congéneres y las conductas de éstos como las propias, a través de un abanico de representaciones que están presentes desde un nivel biológico y psicofísico –puesto que el cerebro es un sistema interno del cuerpo que permite presentar internamente la información externa, re-presentarla- hasta el procesamiento simbólico y consciente que implica una conciencia del código como de la representación que éste realiza. Es decir, son diversas capas evolutivas las que han dado lugar tanto a la individualidad como a la conducta humana objeto de juridificación.

El derecho positivo, atado como está en su génesis a la creación de Estados nacionales y al Estado burgués, como lo muestra la evolución de los derechos humanos en sus distintas generaciones, ha requerido la noción de individuo como un constructo mental y cultural sobre el cual se sustenta la relación complementaria entre derecho y obligaciones como paradigma comunicativo de dicha evolución jurídica<sup>3</sup>.

La noción de individualidad en el derecho positivo se encuentra asida a la evolución histórico-cultural de Occidente, en el entendido de la etapa de la historia europea y, ni siquiera, toda Europa que, a través de su expansión económica y colonial en los siglos XVIII y XIX, difundió su ideal modernista en el mundo a partir de transformaciones fundamentales realizadas a partir del siglo XVI y de las cuales las diferencias y complementariedad entre Racionalismo y Empirismo es un índice.

Este ideal modernista, que se asocia en el mundo de las Ciencias Sociales a fenómenos de transformación social con el rótulo de la Ilustración y las transformaciones políticas acaecidas en lo que hoy es Inglaterra, Francia y Alemania de manera más tardía, como señala Habermas (1990), es todo un conjunto que abarca, a partir de la transformación económica del mundo medieval europeo –ver Foucault (2003)- al conocimiento, a la política y el gobierno, al derecho y a la cultura en su sentido general de estructura de adaptación, mediación y transformación del entorno que la evolución nos ha permitido desarrollar.

---

<sup>3</sup> El sugerente texto de Nazario González (1990) puede dar luz sobre los procesos históricos que en el ámbito de la Revolución Francesa dan lugar al desarrollo de los derechos humanos y el derecho positivo ligados a la tensión entre los grupos de interés en los entonces nacientes Estados nacionales y burgueses.

Una descripción exhaustiva del desarrollo histórico de la individualidad podría bien mostrarnos distintas etapas, graduaciones y elaboraciones de la misma y los consecuentes patrones de convivencia y de interpretación de la conducta humana que le son correlativos, así como las formas jurídicas que les subyacen o producen. Esta última es una distinción de perspectiva y existen trabajos sugerentes como la historia de la vida privada desarrollada por George Duby y Philippe Aries (2000) o el trabajo de Habermas (1990) sobre la historia de la opinión pública a los que se puede acudir para ilustrar.

En el derecho contemporáneo se han desarrollado o hasta él han llegado diversos conceptos, bienes y tradiciones jurídicas que expresan a la vez que atienden la mutua referencialidad y la identidad corporeidad-individualidad que hemos sugerido, inscribiéndola en un determinado ámbito de presupuestos éticos como índices culturales de esa modernidad que ha llegado a subsumir a la corporalidad a una de las etapas evolutivas de la inteligencia a través de la racionalidad.

Entre los anteriores conceptos, bienes y tradiciones jurídicas se puede encontrar el derecho a la propia imagen, los datos personales o el derecho a la intimidad. El derecho ha desarrollado distinciones jurídicas diversas entre ellos, pero en su conjunto, más allá de una discusión de orden jurídico, dichas nociones se relacionan con información cuyo referente es en parte, o plenamente, el cuerpo humano y la implicación de la identidad entre éste y el individuo como uno de los bienes jurídicos más preciados y fundante de los aparatos jurídicos del Estado moderno y los sistemas democráticos de ejercicio del gobierno.

Se verá que hay un conjunto de prerequisites –naturales y culturales- de la condición humana sobre los cuales descansa y surge cada día la posibilidad de juridificar nuestra conducta. Si bien para la disciplina del Derecho como para otras más de las Ciencias Sociales la conducta humana constituye un objeto de conocimiento interpretado a través de distintas nociones (p. e. nociones como hermenéutica de autoridad) en las que el ámbito psicofísico y el biológico se asumen como dados y no son objeto de averiguación, es necesario mostrar que es en dichas capas evolutivas donde se encuentran las explicaciones primeras de la conducta humana y que, sin plantear una relación biunívoca, esas capas evolutivas son las que permiten a las del ámbito social, psicológico social, político, económico, cultural y jurídico de la conducta humana ser como son.

En todo caso, se puede aplicar la sugerencia de Pablo del Río (1996) respecto a la comunicación audiovisual, quien señala que tras dos millones de años desde la aparición del hombre la actual existencia de una fuerte cultura, en el sentido de una gruesa capa de mediaciones tecnológicas y sociales que históricamente hemos acumulado para la representación externa al cuerpo de la condición humana y de los sistemas de actividad que la hacen posible –la sociedad, el derecho, etc.-, tenemos el problema y la necesidad de entender nuestro entorno cultural de manera no discontinua con nuestra propia naturaleza.

No es casual la referencia a la comunicación audiovisual, pero se requieren algunas acotaciones y reorientaciones para hacer servir a dicho fenómeno en la descripción del escenario que a nuestro juicio reclama la mencionada atención no discontinua. Por principio de cuentas, la comunicación audiovisual y la comunicación de masas en su conjunto son, como bien señala Martín Serrano (1977), mediaciones culturales. Sin embargo, las mediaciones, desde la perspectiva psicológico-evolutiva y del tiempo que nos ocupan son instrumentos para la re-

presentación de la información que no se inauguran en la exterioridad del cuerpo sino en el interior del mismo, en la actividad perceptora y cognitiva de la mente, y que el desarrollo de las mediaciones extracorpóreas no son una discontinuidad respecto a las corpóreas, sino su continuidad en un nivel evolutivo distinto con sus propias reglas.

### 3.1. La corporeidad como fuente de información para constituir datos personales

De manera sumamente sintética, la acción del Estado moderno y su carácter panóptico ha representado una tensión entre la posesión en manos de éste de datos de carácter personal de los ciudadanos y las restricciones jurídicas-administrativas de uso de los mismos. El artículo 2 del Capítulo I de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, señala como datos personales

*“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.*

Entre los denominados datos íntimos o sensibles se encuentran: la afinidad política, las creencias religiosas, episodios de naturaleza especial (violaciones, vejaciones, etc.), enfermedades padecidas, tratamientos psicológicos y preferencias y comportamientos sexuales, datos que revisten características específicas que los hacen merecedores de una mayor protección. Se trata de información relativa al fuero interno de las personas, es decir, que identifica los sentimientos, la personalidad, las creencias y pensamientos de orden privado de las personas. Se trata de partes del ser que se revelan exclusivamente de forma particular e individual, y que rara vez son objeto de tratamiento público.

En un sentido general, se considera que esta información debe ser protegida para evitar su publicidad, con excepción de que existan actividades claras de la persona que determine que las cuestiones no son “sensibles” para ella o que ella misma se encargue de hacerlo público. Como puede observarse, estos datos son referencias que permiten identificar o situar a las personas individuales, razón por la que la ley debe buscar proteger a la persona contra el uso indebido de esta información, al mismo tiempo que deben ordenar su tratamiento. Los datos personales han incluido de manera creciente información acerca del ámbito privado y la constitución y el estado físico y moral de los individuos.

Ligado a ella está el tema de cuál objeto constituye la fuente de esa información, o dicho con más propiedad, la superficie textual, de donde ésta se obtiene y se almacena, sin ser en ambos procesos necesariamente coincidentes. Asociado a las transformaciones sociales e institucionales, y subsidiarias a ellas las tecnológicas, dicha superficie textual ha estado constituida por expedientes en papel, carnets, medios impresos en su conjunto, a medios electrónicos de registro y almacenamiento de dichos datos personales.

El sentido general de dichas transformaciones es la creciente complejidad social dada por un aumento de la esperanza de vida de los sujetos, pero fundamentalmente la contingencia institucional, económica y tecnológica de la relaciones sociales, incluidas las que son entre gobernantes y gobernados.

Por otra parte, el sentido general de la relación entre los procedimientos de registro va de los instrumentos psicológicos y culturales, como el lenguaje oral, la escritura o la fotografía, como fuentes de información al propio cuerpo en lo que hoy se conoce como biometría. Así, los procedimientos de almacenamiento son subsidiarios de esta distinción. Actualmente, la tecnología de video digital, de infrarrojos, de rayos X, inalámbrica, los sistemas de posicionamiento global, la biometría, el escaneado de imágenes, el reconocimiento de voz, el ADN y la identificación de ondas cerebrales proveen métodos para buscar datos personales.

Este tema de la biometría merece una ampliación por su actualidad y porque representa inequívocamente nuestra referencia a la relación individualidad-corporeidad. Se entiende por biometría<sup>4</sup> el estudio de métodos automáticos para el reconocimiento único de humanos basados en uno o más rasgos conductuales o físicos intrínsecos. Actualmente se aplican técnicas matemáticas y estadísticas sobre los rasgos físicos o de conducta de un individuo para “verificar” identidades o para “identificar” individuos. En el proceso de verificación, los rasgos biométricos se comparan con los de un patrón ya guardado. En el proceso de identificación, los rasgos biométricos se comparan con los de un conjunto de patrones ya guardados.

En un sistema biométrico la persona es registrada por el sistema cuando una o más de sus características físicas y de conducta son obtenidas, procesadas e introducidas en una base de datos. Idealmente, todas las características concuerdan, pero cuando una persona intenta identificarse se llegan a alcanzar márgenes de error que varían ampliamente (desde valores como el 60%, hasta el 99,9%).

Las huellas dactilares, el iris, las retinas, los patrones faciales, de venas de la mano o la geometría de la palma de la mano, representan características físicas. Las de comportamiento incluyen la firma, el paso y el tecleo. La voz es una mezcla de características físicas y del comportamiento.

El logro del bienestar social y la calidad de vida de los sujetos requieren un régimen jurídico adecuado del uso de las tecnologías biométricas para dar seguridad en el manejo de los datos personales. El riesgo del uso de la biometría para disminuir las libertades personales de los ciudadanos ante el Estado como ante otros particulares va en perjuicio del bienestar social y la calidad de vida que supone, al menos, como promesa política y proyecto colectivo, la pertenencia a un Estado democrático.

La fiabilidad de estos datos personales registrados biométricamente y almacenados digitalmente, en el entendido de su capacidad para mostrar una relación biunívoca entre la persona y el rasgo corporal que el dato personal revela, es diversa, pero como conjunto son un índice de una transformación relevante en la que son los rasgos biológicos y psicofísicos de cuerpo las fuentes de información de los datos personales y no los rasgos culturales producto de las mediaciones no corpóreas, tales como el nombre propio, la nacionalidad, las preferencias religiosas, sexuales o políticas.

---

<sup>4</sup> La biometría no se puso en práctica en las culturas occidentales hasta finales del siglo XIX, pero era utilizada en China desde al menos el siglo XIV.

### 3.2. La escala temporal entre las mediaciones corpóreas y no corpóreas

En el sentido evolutivo, las mediaciones corpóreas son anteriores a las no corpóreas, y son estas últimas las que imitan a las primeras o se construyen de manera funcional respecto a éstas. Por ejemplo, el diseño de electrodomésticos, el diseño de las actividades en una cadena de montaje, de prótesis corporales, de los organigramas de las instituciones con diversos departamentos y áreas especializados funcionalmente o el uso de la metáfora del organismo biológico como esquema de fondo en la teoría social o del cerebro humano en el diseño de ordenadores.

La razón de esta orientación se remite a las diferencias de temporalidad para los procesos de ambos órdenes. Mientras en el Universo el espacio-tiempo en el que le ha tocado vivir a la especie humana mantenga las características actuales –conocidas o no- parece claro que los fenómenos de orden natural que dan lugar a las características biológicas y psicofísicas en que se sustenta nuestra conducta evolucionan en rangos temporales de una amplitud mucho mayor que las necesarias para transformar las características sociales, culturales, económicos y políticas de la misma conducta. Así, por una parte, el cambio entre cada uno de nuestros ancestros se estima en millones de años; en contra parte, el de la invención del papiro a la invención de la imprenta o el cambio de una sociedad feudal al Estado de bienestar en periodos mucho más cortos.

Cierto es que no hay elementos para pensar que la tendencia evolutiva de las mediaciones corpóreas a las no corpóreas cambie, pues aunque desde las mediaciones no corpóreas se puedan transformar las corpóreas, es decir, las características bioquímicas y psicofísicas de la identidad corpórea, ello sólo confirmaría el sentido de la evolución con la novedad –nada irrelevante- de transformar en un grado del que aún no tenemos noticia en nuestra historia como especie la dinámica de la escala temporal referida en párrafos anteriores.

## 4. Conclusión

Nuestros tiempos modernos<sup>5</sup> -la ciencia ficción nos lo ha mostrado no pocas veces- se han caracterizado tanto por una gran aversión como por grandes esfuerzos para lograr la alienación de los sujetos mediante el control de sus rasgos biológicos, físicos y psicológicos, con el consecuente control de su actividad perceptiva y cognitiva. La pretensión del control no es por nada uno de los mitos y traumas de niñez que la época moderna europea occidental nos dejó y que pervive, quizá con más optimismo y menos caricatura, pero sí con más sentido de realidad y escepticismo sobre esa caricaturización.

Crear saber puede sin duda confundir, y en este tema de los alcances del control de los datos personales íntimos en manos de terceros, sean instituciones públicas o privadas, tal condición es mayormente sensible. El dato cierto es que la capacidad humana de manipulación de nuestros rasgos físicos, biológicos y psicológicos, es decir, de nuestro cuerpo, es mayor que en otras épocas, y que estamos en un sistema social que por vía de la complejización tiende a una enorme diversidad funcional con variados subsistemas con altos grados de autonomía; pero en el que tampoco se dejan de ver tendencias de alta concentración política y económica

---

<sup>5</sup> No casualmente las películas "Tiempos modernos", de Charles Chaplin, y "Metrópolis", de Fritz Lang, son emblemáticas de esta aversión a la alienación como de la oportunidad de la misma en la sociedad moderna.

del poder. Ejemplos como la amplitud de los efectos de la crisis económica en curso en la vida doméstica en muchos países provocado por la ambición de banqueros de algunos países o la incapacidad para un acuerdo más allá de los intereses de las principales potencias económicas en la Cumbre de Copenhague bien lo pueden ilustrar (*La Jornada*, 2009).

El derecho es subsidiario fenomenológicamente de la evolución política, económica y social y de la afectación de éstas sobre la naturaleza –incluido nuestro cuerpo–; por sus propias características va por detrás de tales evoluciones y refleja en el mejor de los casos la capacidad del conjunto social para hacer caso a sus más generosas expectativas y valores de bienestar y calidad de vida.

Se puede decir que, en caso de que sea cierto que el Estado burgués partió de una opinión pública en la que había una fuerte distinción público-privado como vía para dar cumplimiento a las expectativas de libertad, autonomía personal y vida íntima como elemento del bienestar y la calidad de vida, entonces ha sido el más generoso invento comunicativo que ha dado el mundo moderno a nuestra capacidad de convivir y lograr destinos más dignos de aprecio.

Fuese como fuese, ese esquema es historia, pero esa libertad, autonomía e intimidad siguen flotando en la cultura jurídica y más allá de ella como deseables y perseguibles sin que la estructura económica y política sea necesariamente un soporte de dichos bienes y sin que haya cambiado la condición estructural de que la eficacia de la protección de un bien jurídico está en buena medida anclada en un sistema económico y uno político que le sustentan porque, a través de aquél, estos dos últimos se reproducen. Ciertamente, con más autonomía entre estos sistemas y el subsistema del derecho de la que describía Parsons (1993) en la teoría social de su época.

Sea que la protección de datos sea un concepto autónomo o una derivación del derecho a la intimidad, lo relevante es la capacidad de la persona para disponer y controlar los datos que representan su identidad corporal, partiendo del reconocimiento de que estos van a ser objeto de tratamiento por responsables públicos y privados y que dicho tratamiento impone a los responsables una obligación positiva al objeto de que se lleve a cabo con respeto al sistema de garantías propio de un derecho fundamental. Aunque para la doctrina jurídica, el derecho a la intimidad, como capacidad de ser dejado solo y evitar injerencias en la vida privada, se considera un renglón distinto a la protección de los datos personales, es importante advertir que tanto uno como otro bien jurídico remiten a la persona en el conjunto de los niveles evolutivos que la constituyen.

Es necesario que las capacidades jurídicas de rectificación, actualización y olvido de los datos personales sean garantizadas jurídicamente y sean administrativamente operativas en razón del bienestar social y la calidad de vida de los sujetos.

En este sentido, el señalamiento de Luhmann (1983: 55) sobre un intento de cambio de orientación de la frontera del *input* hacia la frontera del *output* en la evolución de la dogmática se puede comprender como un enderezamiento del sistema jurídico hacia sus consecuencias sociales. Es decir, que este cambio de orientación reta a la densidad discursiva y conceptual de lo jurídico a desarrollar plexos eficaces en su relación con lo extrajurídico por medio de recursos como la jurisprudencia.

En su opinión, la dogmática debería ser capaz de formular conceptos socialmente adecuados. Es decir, lograr transformar conceptualmente la autonomía deseable de la esfera privada de los sujetos a una regulación jurídica de los datos personales como del derecho a la intimidad. Ello sin duda tendrá límites de orden jurídico y extrajurídico pues el derecho, como sistema funcionalmente inserto a posteriori y constreñido a tomar una decisión, no puede reflejar dentro de sí ni toda la complejidad ni las formas de abstracción fundamentales de la sociedad. Máxime si esa autonomía de la esfera privada no es tan evidente y plena socialmente (Luhmann, 1983: 97).

Las líneas generales de la protección de los datos personales han implicado que la Constitución ordene a los órganos del Estado proteger a todo individuo de actos que pueden vulnerar su bienestar social y su calidad de vida, como sería el caso del apoderamiento de la información personal sin su autorización, e incluso ha llevado, en el mejor de los casos, a que cuando en la información personal existen datos que pueden constituir un factor determinante en la resolución de un proceso jurisdiccional no se puedan obtener los mismos sin el consentimiento de la persona.

Los desarrollos legislativos no deben ser ni son acordes con la problemática social y los avances tecnológicos en sí mismos, o no en el sentido general de mera actualización al progreso que puede implicar tal expresión, sino acordes con la diferencia entre el estado de la tensión privado-público que el subsistema económico y político tienen como correlato funcional y el estado de dicha tensión pertinente para el bienestar social y la calidad de vida de los sujetos. Sin duda, esta conclusión no escapa del hecho de que el bienestar y la calidad de vida se definan, o en términos de una dogmática jurídica que implica una antropología ética – y una comprensión específica de la corporeidad y su relevancia para la privacidad- determinada, o en términos de ajustar la anterior antropología a la manera en que el subsistema económico y político entiende tal bienestar y calidad de vida.

El resultado puede ser una distancia mayúscula respecto a esa antropología ética y su comprensión de la relación corporeidad-individualidad, pero en cualquier caso lo relevante es averiguar si esta antropología se mantiene implícitamente vigente como aspiración o como referente en la medida que el bien jurídico en juego son los datos personales íntimos.

## 5. Bibliografía

- Azurmendi Adarraga, A. (1998). *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. México: Fundación Manuel Buendía. México.
- Bidart Campos, G. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM.
- Carbonell, M. (2003). *Derecho a la información*. México: Porrúa.
- Castilla del Pino, C. (1975). *Dialéctica de la persona, dialéctica de la situación*. Barcelona: Península.
- \_\_\_\_\_. (1975). *La incomunicación*. Barcelona: Península.
- Duby, G. & P. Aries (2000). *Historia de la vida privada*. (tomos 3, 4, y 5), España: Taurus.
- González, N. (1990). “La Declaración de Derechos Humanos de 1793”, en *Revista de Historia Moderna Manuscripts*, 8, 165-191.
- Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. España: Gedisa.
- Martín Serrano, M. (1977). *La mediación social*. Madrid: Akal.
- Lain Entralgo, P. (1981). *Teoría y realidad del otro*. Madrid: Alianza.
- Habermas, J. (1990), *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gustavo Gilly.
- Johnson, M. (1991), *El cuerpo en la mente*. Madrid: Debate.
- Mardones, J.M., (1991), *Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales. Materiales para una fundamentación científica*. Barcelona: Anthropos.
- Nicol, E. (1975). *Psicología de las situaciones vitales*. México: FCE.
- \_\_\_\_\_. (1980). *La idea del hombre*. México: FCE.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (1991). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. México: Alianza / U. Iberoamericana.
- \_\_\_\_\_. (1993). *Poder*. Barcelona: Anthropos / U. Iberoamericana.
- Parsons, T. (1993). *La sociedad*. México: Trillas.
- Schütz, A. (1993). *La comprensión significativa del mundo social*. España: Paidós.
- Vygotski, L. S. (1977). *Pensamiento y lenguaje. Teoría del desarrollo cultural de las funciones psíquicas*. Buenos Aires: La Pléyade.

## 6. Documentación

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. (1789).

Unión Europea. (1995). Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de la UE.

*Fracasa cumbre de Copenhague; 5 países de América Latina rechazan acuerdo.* 19 de diciembre de 2009. La Jornada nacional, México. [Consultado 11 de marzo de 2010] Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/12/19/index.php?section=sociedad&article=029n1soc>