

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO LA NEUROIMAGEN Y SU INVASIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO

Mariana Dobernig Gago¹

1. Introducción

En las últimas décadas, la ciencia nos ha sorprendido a través de nuevas tecnologías que han cambiado radicalmente la forma de ver la vida.

Descubrimientos como la cadena de ADN, en los años cincuenta; las técnicas de fecundación *in vitro*, a finales de los setenta; el mapeo del genoma humano, en los ochenta; el primer mamífero clonado, a finales de los noventa; la investigación con células madre, ya en este siglo, y así podríamos continuar con una lista detallada de los avances científicos que no sólo han dado la vuelta al mundo sino que literalmente han hecho que el mundo gire de una forma diferente.

De esta forma, con esta investigación se presenta un logro más, un avance donde el ser humano se vuelve no sólo un espejo de sí mismo; algo mucho más revelador, podríamos decir de una forma muy coloquial que es un lector de nuestra propia vida. Sí, algo que nos hará temer hasta de nuestros propios pensamientos.

Hablamos de una nueva técnica llamada *Neuroimágenes*, descubierta por el Dr. Farwell en los laboratorios llamados Brain Fingerprinting, algo así como las huellas dactilares de nuestro cerebro.

Básicamente es un lector de nuestros pensamientos y recuerdos, donde la idea central es descubrir los datos almacenados en nuestro cerebro para poder ser utilizados en diferentes áreas como la ciencia forense, entre otras que analizaremos con detalle.

Junto a este análisis, como lo señala la autora Galán Juárez, haremos un breve estudio del derecho a la intimidad en la llamada *sociedad tecnológica electrónica*,² ya que,

1 Profesora titular de las materias de Bioética y Derecho y Personas y Familia en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, mariana.dobrnig@uia.mx

2 Galán Juárez, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 179-181, en donde la autora señala que el término de sociedad tecnológica electrónica, sea la mejor manifestación para la creciente preeminencia que ha adquirido la tecnología y la define como el tipo de sociedad en la que el conjunto de relaciones jurídicas, sociales, económicas y políticas están estructuradas con creciente injerencia de la tecnología electrónica. Dicha tecnología se halla presente en la forma en que se organizan y coordinan los recursos, en la manera como se llevan a cabo las actividades, en el modo en que se conciben los procesos y los sistemas, en cómo se toman decisiones y se percibe el mundo y se interactúa en él. En los últimos treinta años se viene registrando la aparición y difusión creciente de una serie de

como veremos a lo largo de este estudio, los avances de la ciencia han hecho que ciertos derechos tengan que evolucionar e ir acordes con la realidad actual.

De manera concordante, señala Zavala de González sobre el derecho a la intimidad, donde hace un tiempo relativamente reciente la intimidad no había sido sentida como un bien frágil y valioso. Ello sólo ha ocurrido cuando la complejidad de la vida actual —en especial en las grandes ciudades—, el progreso de la ciencia y de la técnica han hecho peligrar la intangibilidad espiritual del hombre, y advertir el tremendo riesgo de alienación o dislocación que implicaría la carencia o mutilación de la intimidad, incitando a cimentarla y defenderla.³

2. La técnica de neuroimagen

2.1. ¿Cómo funciona?

La técnica de *brain fingerprinting* o huellas dactilares cerebrales, como se mencionó, fue descubierta por el Dr. Lawrence Farwell, director y jefe científico de los laboratorios Brain Fingerprinting en Seattle, Washington, en donde se analizan las ondas cerebrales de la persona para identificar los recuerdos o pensamientos del sujeto.

La forma en que esta técnica funciona, es colocar una banda con sensores en la cabeza del sujeto. Al que posteriormente se le muestran una serie de palabras, fotos o imágenes en una pantalla. La computadora graba la respuesta que producen las palabras o imágenes expuestas a través de ondas que se producen por la actividad cerebral. A continuación se analizan estas ondas que se produjeron y el Dr. Farwell puede determinar si el sujeto ha reconocido lo que ha visto. En resumen, podemos señalar que, si el cerebro tiene almacenada esa información, se podrá detectar si reconoce los datos expuestos o no.

El principio que está detrás del sistema de *brain fingerprinting* es muy sencillo: el Dr. Farwell ha descubierto que la memoria, como centro principal del cerebro, responde a estímulos familiares o conocidos por él y los refleja a través de descargas eléctricas. Cuando un sujeto observa en la pantalla algo que conoce crea un patrón dentro de su actividad cerebral, y esta actividad se incrementará si el sujeto reconoce lo que ve.

Recientemente se realizó un simulacro dentro de la Marina de los Estados Unidos, a cargo del Comandante Rene Hernandez, y lo que se buscó fue tratar de que el sistema reconociera a estudiantes de medicina de la Marina sobre simples ciudadanos, mostrándoles a los participantes imágenes o palabras clave que cualquier miembro de la Marina reconocería y que un ciudadano no. El resultado del estudio fue sorprendente, ya que de acuerdo con el reporte la prueba tuvo un 100% de efectividad, siendo capaz de reconocer

inventos, nuevos conocimientos, formas de organización y procesos novedosos, fuentes de energía alternativas, etc., que permiten configurar un panorama nuevo marcado por el predominio de la tecnología electrónica. Estas tecnologías de la información han dado un giro a las relaciones humanas dentro de la sociedad. Las relaciones entre la sociedad y la tecnología son cada vez más evidentes. El mundo contemporáneo se caracteriza por una producción, circulación y consumo de informaciones sin precedente.

3 Zavala de González, Matilde M, *Derecho a la Intimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 14.

a los estudiantes sobre los ciudadanos; y esto se debe a que el cerebro siempre responde de forma honesta, no tiene la capacidad de mentir.⁴

El análisis de *brain fingerprinting* será la herramienta más poderosa de la ciencia forense de este nuevo siglo. Ningún secreto estará a salvo cuando tu propio cerebro lo revele a la justicia. Algunas personas han comparado esta prueba con el tradicional detector de mentiras; sin embargo, el detector de mentiras actualmente no es admisible en una Corte como un elemento de prueba.

La forma como trabaja el detector de mentiras es tratando de detectar el estrés o las respuestas emocionales a ciertos estímulos, a través de la respiración y del ritmo cardiaco. Sin embargo, no es una prueba totalmente confiable, ya que se le puede engañar si uno tiene un buen control sobre sí mismo.

El polígrafo trabaja con la teoría de que no puedes controlar tu ritmo cardiaco y tu patrón de respiración, pero esto no es totalmente cierto. Por el otro lado, las pruebas de *brain fingerprinting* nos demuestran que sobre lo que no tenemos control es sobre la información que tenemos almacenada en nuestro cerebro, por lo menos por el momento.

Con el *brainfingerprinting* un delincuente puede convertirse en su propio testigo del delito; la mente de un sospechoso se puede voltear en su contra, es decir, su propia memoria.

2.2 Su aplicación en la ciencia forense

La técnica de neuroimágenes es una nueva tecnología de la ciencia forense que involucra un monitoreo de las ondas cerebrales a través de un encefalograma.⁵

La utilización del ADN en la ciencia forense ha sido una gran herramienta para ayudar a resolver ciertos delitos, por lo que son de gran apoyo. Sin embargo, si le agregamos poder descifrar ciertos elementos de un crimen a los presuntos delincuentes, se tendrían más elementos para poder iniciar un proceso judicial.

De acuerdo con el Dr. Farwell, “la técnica de *brain fingerprinting* es un método científico, que analiza la información que se tiene y la que no se tiene almacenada en el cerebro. Si una persona ha cometido un crimen el tendrá cierta información relevante sobre ese crimen, almacenada en su cerebro. De esta forma al utilizar la técnica podemos determinar específicamente cuando una persona ha cometido o no un crimen, ya que si esta persona si cometió el crimen, su cerebro grabara la información al respecto en su memoria”.⁶

Un problema se podría presentar cuando exista un testigo presencial de un crimen, ya que éste, y el que realizó el delito, tendrán almacenado en el cerebro datos específicos de cómo sucedió, y ahí será la utilización de pruebas de ADN las que nos ayudaran a tratar de resolver quién realizó el acto delictivo. Por otra parte, la información anterior y posterior al delito la sabrá únicamente quien realizó el acto, ya que por ejemplo, si alguien comete un homicidio y hay un testigo, éste sólo conocerá los datos sobre el homi-

4 Conf.: <http://www.brainfingerprinting.com/discovery.php>, agosto 9, de 2006.

5 Conf.: http://uslegalforms.com/lawdigest?legaldefinitions.php/brain_fingerprinting.htm, febrero 2 de 2006.

6 Conf.: <http://brainwavescience.com/iowaSupCourtPR.php>, agosto 7 de 2006.

cidio, pero no de dónde se obtuvo el arma mortal que se hizo con el cuerpo, en dónde se escondió el arma que se utilizó, etc.

2.2.1 El caso *Ferry J. Harrington vs. State of Iowa*

La primera vez que se utilizó esta técnica como una “prueba” dentro de un juicio criminal, se realizó en los Estados Unidos, en la Suprema Corte de Iowa.⁷ En este caso, Ferry J. Harrington estaba en prisión, sentenciado por un delito de homicidio, del cual siempre alegó su inocencia. Sin embargo, en este juicio él solicitó que se abriera un nuevo proceso por haber encontrado nuevas evidencias sobre el principal testigo del homicidio, las investigaciones preliminares que realizó la policía y los resultados de las pruebas realizadas del *brain fingerprinting*.⁸

A través de las pruebas de *brain fingerprinting* se comprobó que él no conocía los detalles del homicidio, así que, junto con otras pruebas que se presentaron, se dictaminó su inocencia. La técnica utilizada no fue un factor único para la decisión del Tribunal, pero sí jugó un papel importante, demostrando que en la memoria de Harrington no se encontraba evidencia que lo pudiera incriminar.

Asimismo, se efectuó la misma prueba al único testigo que incriminaba a Harrington, el cual aseguraba que lo había visto cometer el homicidio. Cuando se corroboraron los resultados de la prueba, en los cuales no había recuerdos de haber visto a Harrington cometer ningún homicidio, éste confeso que nunca había visto nada y que tuvo miedo ya que él a su vez era sospechoso del homicidio, así que prefirió mentir.⁹

2. 3 Su aplicación en la lucha contra el terrorismo

Después de los últimos actos terroristas reportados en ciudades como Nueva York, Madrid y Londres, se están buscando alternativas para tratar de evitar estos trágicos eventos. El metro de Londres ha anunciado recientemente que planea instalar escáner de alta definición que puedan observar al cuerpo humano completo, para tratar de detectar actos de terrorismo.

Otro método que se está implementando es colocar sofisticados sistemas de cámaras biométricas, las cuales serán capaces de captar los detalles faciales de una persona, y compararlos con una base de datos de personas que han cometido algún acto delictuoso.

⁷ Terry J. Harrington vs. State of Iowa, No. 122/01-0653, Supreme Court of Iowa, 659 N.W. 2d 509; 2003 Iowa Sup. Lexis 35, Febrero 26, 2003.

http://web.lexis-nexis.com/universe/document?_m=bddf53bad78b17d6c788b35f4270f2d

⁸ Conf.: http://www.emergentchaos.com/archives/2006/01/brain_fingerpri.html

⁹ En un caso anterior al de Harrington, la prueba de *brain fingerprinting* había sido utilizada para acusar a un presunto homicida de nombre JB Grinder, cuando era el principal sospechoso de la muerte de Julie Helton en Macon, Missouri, Estados Unidos. Grinder había declarado varias historias sobre su presunta participación en el homicidio, pero no daba datos claros, por lo que el *Sheriff* solicitó al Dr. Farwell que utilizara su técnica para determinar si la historia que contaba el presunto homicida era verdadera. El resultado fue que el presunto homicida efectivamente tenía almacenado datos clave sobre el homicidio de Julie, lo que probaba que conocía los eventos. Así, una semana más tarde, Grinder se declaró culpable buscando una sentencia de cadena perpetua en lugar de la pena de muerte, y solicitando no ir a juicio. Conf.: “What you don’t know can’t hurt you”, By reading brainwaves, investigators are able to access suspects’ minds. Escrito por Sam Simon, en Law Enforcement Technology. Conf.: <http://www.brainwavescience.com/LET%20Article.pdf>

Otro ejemplo de la utilización de estas técnicas de neuroimágenes se podría utilizar para obtener una tarjeta de seguridad,¹⁰ la cual podría servir para que una persona se identificara a través de las técnicas de *brain fingerprinting*, y demostrara que es una persona que no ha estado sujeta a entrenamiento terrorista, o que no conoce datos sobre codificación de datos terroristas, así como eventos que los puedan relacionar de alguna manera. Si una persona voluntariamente se somete a estas técnicas, y el cerebro no reconoce ninguna actividad peligrosa, entonces se le otorgaría una tarjeta de identificación como una persona segura; adicional a esto se tomaría una prueba biométrica de identidad, que puede ser a través de un escáner con la lectura del iris del ojo. Estos datos se almacenarían en una base de datos gubernamental, y así, cuando una persona quisiera viajar en avión, entrar a un evento deportivo, etc., se le podría solicitar su tarjeta de identificación y verificarla con la lectura del iris. Así, tratar de que únicamente personas que voluntariamente han aceptado tramitar sus tarjetas de identificación tengan un libre acceso a eventos que potencialmente sean peligrosos, y por otro lado vigilar o prohibir el acceso a personas que no cuenten con este tipo de identificación.

3. La violación a la intimidad con el uso de la nueva tecnología

Los Tribunales pueden decidir que estos escáneres no sólo están buscando una prueba física sino que además se está invadiendo en las memorias y recuerdos privados, y que por consiguiente se viola su privacidad mental, además que está siendo obligado a testificar en contra de su dicho.

El escaneo del cerebro pondrá una tremenda presión al entendimiento que la Corte pueda tener sobre la privacidad. Los estudios de neuroimágenes pueden acceder a información personal que el individuo se ha reservado para sí y que nadie tiene derecho a exponer al público, como por ejemplo sobre asuntos de su vida sexual, financiera o acontecimientos traumáticos que uno no desea que se den a conocer.

Normalmente cuando hablamos de privacidad, nos referimos a la prohibición de invadir mi espacio, mis cosas. Sin embargo, aquí estamos hablando de algo mucho más grave: la invasión a mi persona.

4. El derecho a la intimidad

Para poder comprender la implicación en el uso de estas técnicas, debemos explicar el derecho que tiene cualquier persona a la intimidad.

De acuerdo con Martínez de Pisón Cavero, en el habla coloquial, “intimidad” hace alusión siempre a algo que es cercano al individuo, ya sea porque le es próximo o porque es algo propio, interno al mismo, que surge de él y que proyecta sobre su entorno. Suele hablarse por ello de la existencia de una esfera individual, de una vida privada, en la que

¹⁰ Conf.: <http://www.skirsh.com/politics/plane/ultimate.htm>

sólo cada persona es quién para decidir lo que le afecta sin tener que tolerar ningún tipo de intromisiones.¹¹

Para poder comprender el derecho a la intimidad tendríamos antes que nada definirlo, sin embargo cabe aclarar que existe una imposibilidad de “definir el derecho a la intimidad con palabras exactas y en términos jurídicos: Su significado es demasiado amplio y las situaciones que comprende son tan variadas y diversas que es casi imposible encontrar una definición que abarque todas sus facetas”.¹²

Podríamos comenzar con señalar que tenemos que separar a la intimidad del honor, y se deben “establecer fronteras o límites con la libertad de expresión y el derecho a la información, ya que pueden entrar en conflicto en determinados casos: en último término se trataría de fijar la denominada esfera íntima, como último reducto de la libertad, donde se desarrolla la personalidad, marcando, los límites con otros derechos fundamentales”.¹³

Con estos elementos podríamos tomar en cuenta varias definiciones que se han pronunciado a través de la doctrina para tratar de definir el derecho a la intimidad.

Gómez Pavón define a la intimidad como “aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en la sociedad”.¹⁴

Para Carbonell, el derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. En sus inicios, el derecho a la intimidad es un derecho a la soledad, a ser dejado en paz, sin ser molestado por los demás.¹⁵

Zavala de González señala por su parte que los elementos esenciales del derecho a la intimidad son: innato, vitalicio, extramatrimonial, absoluto y relativamente indisponible.

El objeto del derecho a la intimidad para Vidal Martínez es la especial libertad que la persona reclama en el ámbito de lo íntimo, que padece con la fiscalización intrusita o la difusión instrumentalizadora del conocimiento adquirido de la zona nuclear de la personalidad, de modo tal que, suprimida esa libertad, la persona queda reducida al nivel de una cosa.¹⁶

Podríamos entonces concluir o definir que el derecho a la intimidad es el “derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”.¹⁷

11 Martínez de Pisón Cavero, José, *El Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, p. 27.

12 Zavala de González, *op. cit.*, p. 87.

13 Gómez Pavón, Pilar, *La intimidad como objeto de protección penal*, Editorial Akal, Madrid, 1989, p. 15.

14 *Ibidem*, p. 37.

15 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/UNAM, México, 2004, p. 450.

16 Vidal Martínez, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, p. 172.

17 Zavala de González, *op. cit.*, p. 87.

5. La Intimidad y las nuevas tecnologías

Actualmente, un concepto como “intimidad no es fácil de determinar, pues en alguna medida depende de las condiciones culturales más o menos democráticas que tengan los jueces encargados de aplicarlos. Es un bien jurídico que cobra una mayor importancia en la era actual en la que las modernas tecnologías lo han puesto en riesgo, los avances técnicos hacen que deban ser protegidos”.¹⁸

Debido al desarrollo de sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener acceso a nuestra vida privada, así como a nuestros datos personales, hoy la intimidad es un derecho que está sujeto a múltiples violaciones, y que es urgente que en nuestro país se regule de forma apropiada.

Los avances de la ciencia y de la tecnología han provocado que la invasión a la esfera de lo individual se vea cada vez más afectada y sobre todo es difícil poner un límite real a estas intromisiones, sobre todo en muchas ocasiones que el interés colectivo pasa por encima del personal, como en el caso del terrorismo.

6. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido aquí sería la esfera personal, y más aún nuestros propios pensamientos y recuerdos, ya que con las técnicas de neuroimágenes se pueden descifrar esos pensamientos. Es por tanto una intromisión a mi propio yo, un derecho, como ya lo explicamos, a la propia intimidad, el cual debe ser protegido y regulado.

Para Vidal Martínez, el bien protegido por el derecho a la intimidad es una libertad soberana, ilimitable “a que el hombre es acreedor en el ámbito de lo íntimo de modo tal que suprimida la susodicha libertad de la persona, sujeto de derechos, quedaría reducida a nivel de cosa, simple objeto”.¹⁹

Por consiguiente, el derecho a la intimidad tendrá la misión de tutelar no sólo la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico sino también la de sus expresiones o comunicaciones, “la de sus vínculos afectivos más cercanos y profundos y la del lugar donde habita o desarrolla su vida de relación personalísima y el espacio en que desenvuelve su existencia privada”.²⁰

De acuerdo con Vidal Martínez, el contenido del derecho a la intimidad puede desglosarse en una serie de facultades:²¹

- 1ª. De la realización directa e inmediata del interés del titular, el disfrute de la intimidad.
- 2ª. Facultad de exclusión *erga omnes* para garantizar el disfrute antes aludido, en el ámbito protegido.

18 Carbonell, *op. cit.*, pp. 449-450.

19 Vidal Martínez, *op. cit.*, p. 61.

20 Zavala de González, *op. cit.*, p. 82.

21 Vidal Martínez, *op. cit.*, pp. 172-173.

3ª. Facultad de configurar, dentro de ciertos límites, el ámbito protegido.

4ª. Prioridad, frente a otros derechos y libertades.

6.1 Los sujetos pasivos

Si vemos a la intimidad, de acuerdo con lo señalado anteriormente, como uno de los derechos de la personalidad, en este sentido el sujeto pasivo sería el titular del bien jurídico protegido; en otras palabras, a la persona que se le está violando su derecho a la intimidad.²²

Por tanto, es a uno mismo a quien se le ve infringida su esfera personal; su propia intimidad se ve afectada por el uso de nuevas tecnologías.

Principios elementales como la “presunción de inocencia” se ven afectados por estas técnicas, ya que, de antemano, se está presuponiendo una culpabilidad y por esta razón se exige el uso de la tecnología. En algunos casos efectivamente nos encontraremos frente al presunto delincuente, pero en muchas otras serán personas inocentes que tienen que someterse a la técnica de *brain fingerprinting* para demostrar su inocencia.

7. Conflicto de derechos

Esto se daría entre el derecho a mi propia intimidad y cuando ésta tiene o debe ser violada en beneficio de una colectividad, esto se da por ejemplo en el caso del terrorismo.

7.1 Interés público vs. intimidad

Frente al derecho de la persona a gozar de su intimidad, la sociedad está interesada en conocer los hechos que suceden en su medio. Sin embargo, la ley resuelve protegiendo por regla la intimidad y permitiendo excepcionalmente la intromisión, ya que también es exacto que la paz social reposa en la salvaguarda de los intereses de sus componentes. La tutela de la intimidad se integra en esta orientación, pues pretende evitar la desintegración de lo individual en lo colectivo.²³

Ésta sería la excepción a la regla, es decir, cuando el derecho a la intimidad de una persona debe ser violentado en beneficio de una colectividad, en este caso estamos hablando de ejemplos tan claros de nuestro tiempo como puede ser el terrorismo.

“Frente al interés del individuo en que su vida íntima no sea objeto de intromisiones, puede existir un interés social en mostrar aspectos concernientes a ella, en exponerla

22 La Suprema Corte de Estados Unidos a través del caso *Cox Broadcasting Corp. V. Cohn* del 3 de marzo de 1975, ha considerado constitucional una ley que prohíbe dar a conocer el nombre de la víctima del delito de violación. Asimismo, de conformidad con la 1ª. Enmienda de la Constitución la Suprema Corte a través del caso *Time Mirror Co. V. Superior Court* resuelto en 1989, prohíbe dar a conocer la identidad de un testigo en un crimen, con la finalidad de garantizarle su seguridad.

23 Zavala de González señala que es violatorio infringir la intimidad ajena, pero para poder formular un juicio sobre su ilicitud, es necesario indagar si no existe alguna circunstancia especial que lo legitime. El interés público es principio informante de todas las causas de justificación, ya que éstas reposan en la prevalencia jurídica de aquel interés que la sociedad estima superior. *Op. cit.*, p. 126.

de algún modo ante los demás. Esto da origen a un conflicto entre la custodia de la privacidad y la exigencia, más o menos amplia, y por diversos motivos, de conocimiento y transparencia de la existencia privada. La protección del derecho a la intimidad supone, por regla, la ilicitud de las conductas que afectan la reserva de la vida privada ajena, pero en determinadas circunstancias y excepcionalmente, éstas se encontrarán autorizadas por el ordenamiento jurídico por intervenir otro interés prevaleciente en el caso".²⁴

Por lo que podríamos decir que, a primera instancia, es violatorio indagar sobre la intimidad de la persona, salvo que exista una causa de interés público que lo justifique. No justifica cualquier interés público sino aquél que reviste la suficiente seriedad y gravedad como para que pueda considerarse prevaleciente.²⁵

Dentro de las intervenciones que el Estado puede realizar en razón del interés público, Luis Javier Mieres ha identificado las siguientes obligaciones positivas de los poderes públicos en relación con el derecho a la intimidad: a) los poderes públicos tienen el deber de proteger la intimidad frente a inmisiones de ruidos en el ámbito domiciliario; b) tienen la obligación de limitar la accesibilidad a documentos y archivos públicos en los que figuren datos relativos a una persona y familia; c) deben adoptar, dentro del marco de un proceso judicial, medidas cautelares de urgencia para proteger la intimidad, las que pueden consistir en la prohibición de divulgar informaciones relativas a una persona o familia con el fin de evitar el carácter irreversible o irreparable del daño que pudiera sufrir el derecho a la intimidad de los afectados; d) tienen el deber de penalizar los abusos sexuales contra menores; e) están obligados a facilitar el acceso del interesado a los datos personales en relación con el periodo de su infancia en que estuvo a cargo de instituciones públicas; f) deben proveer información necesaria y apropiada a los afectados por actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias para la salud, y g) deben adoptar medidas de prevención contra ataques graves al medio ambiente que afecten al bienestar de las personas, perjudicando el desarrollo de su vida privada y familiar.²⁶

8. Consentimiento

Desde nuestro punto de vista, un factor esencial de la violación al derecho a la intimidad sería el consentimiento del sujeto pasivo, ya que éste debe permitir y aceptar esta intromisión.

Para Carbonell, el derecho a la Intimidad comprende la posibilidad de que una persona conozca, acceda y tenga control sobre las informaciones que le conciernen, tanto a ella como a sus familiares. Por esta razón, la autodeterminación informativa supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser

²⁴ *Ibidem*, p. 116.

²⁵ *Ibidem*, p. 128.

²⁶ Mieres, Luis Javier, "Intimidad personal y familiar" *Prontuario de Jurisprudencia constitucional*. Aranzadi. Navarra, 2002, pp. 46-47, citado por Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/UNAM, México, 2004, p. 461.

conocida o qué otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información.²⁷

Pero en el tema de análisis, es muy problemático el consentimiento del sujeto, ya que quizás un terrorista o un asesino no permita la utilización de la técnica de neuroimágenes, porque sabe que efectivamente se encontrará la información adecuada y aquí es donde estaríamos en el plano de que el interés colectivo que va por encima del individual. Sin embargo, la línea que se debe cruzar es muy delgada y en ciertas ocasiones no se sabe valorar adecuadamente cuándo se debe tener el consentimiento y cuándo se puede violar esta autorización.

9. La Intimidad como un derecho de la personalidad

Los derechos de la personalidad son inherentes al ser humano desde el momento de la concepción, no es necesario que un ordenamiento jurídico los reconozca para que existan. Son “cualidades esenciales de la persona que se imponen al derecho, por su propia naturaleza intrínseca a todo humano, y constituyen un presupuesto necesario que explica y a la vez justifica la validez y eficacia de todo el ordenamiento jurídico, tanto del derecho público como del derecho privado, en el orden interno, como en el orden internacional”.²⁸

La intimidad se encuentra situada dentro de los derechos a la personalidad, por ser un derecho intrínseco del hombre, ya que es proteger de alguna manera su propio “yo”; es guardar para sí mismo lo que uno no desea revelar a nadie y por esta razón el derecho lo debe proteger.

9.1 La intimidad como un derecho humano

Los derechos humanos, de acuerdo con el artículo 6° del Reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México”.

Para poder entender a la intimidad como un derecho humano, debemos antes comprender que la piedra angular de este derecho es la dignidad del ser humano. “El hombre tiene una dimensión básica que es su dignidad. La dignidad de la persona es un rango de la persona como tal, que no tienen los seres irracionales. La dignidad del hombre es una de las piedras angulares de su existencia. Los derechos humanos se centran en esa característica y los filósofos coinciden en afirmar que los hombres deben tener una vida digna. La dignidad de la persona es un atributo de todo hombre y requiere el reconocimiento y el respeto tanto de los derechos como de su libertad. Las dimensiones

²⁷ Carbonell, *op. cit.*, p. 454.

²⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, McGraw Hill, México, 2002, p. 243.

éticas de la dignidad implican la resistencia contra el uso del hombre como un simple instrumento al servicio de propósitos espurios”.²⁹

Sin embargo, dentro del ámbito internacional, “hace pocas fechas se ha recogido y mencionado en los textos internacionales sobre derechos y libertades, la protección legal de la intimidad, el honor y la propia imagen y, en algunos casos, ha sido indirecta. Ésta es, entre otras, una de las razones de que se considere que esos derechos son *novísimos* o que forman parte de los que se llama ya *nueva generación* o *nueva frontera* de los derechos fundamentales, por cuanto su aparición obedece a la incidencia de las nuevas tecnologías y de la revolución informática y de los medios de comunicación en la vida privada”.³⁰

Podemos entonces decir que el derecho a la intimidad es un derecho humano más, la dignidad humana será, por tanto, el origen y fundamento del derecho a la intimidad.

10. La regulación del derecho a la intimidad

10.1 Derecho Mexicano

Este derecho no se encuentra reconocido en la Constitución mexicana de 1917, sin embargo en varios instrumentos internacionales está protegido y éstos forman parte del ordenamiento jurídico nacional de conformidad con el artículo 133 constitucional.³¹

A continuación analizaremos las leyes y los documentos internacionales más importantes que recogen el derecho a la intimidad.

10.1.1 La Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental

Esta ley entró en vigor el 12 de junio de 2002, y tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información.

Asimismo, dentro de esta ley se habla de datos personales e información reservada, definiendo a la primera como la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad. Y define a la información reservada

29 Galán Juárez, *op. cit.*, p. 115.

30 Martínez de Pisón Cavero, *op. cit.*, pp. 87-88.

31 Aunque el tema en México ha sido poco explorado, hay algún caso práctico que puso en evidencia los límites del derecho a la intimidad. La exposición del mismo, donde Jorge Carpizo concluye con la siguiente reflexión: “El funcionario público tiene derecho a su vida privada e intimidad, a menos que éstas incidan en la función pública, porque entonces la sociedad tiene derecho a conocerlos por razones de interés público y porque pueden estar en peligro los derechos y las libertades de las personas. Desde luego que la regla anterior es aplicable cuando esos actos no son constitutivos de probables delitos, porque si lo son, entonces el servidor público no puede, como no puede ningún individuo, alegar que no se conozcan sus actos, porque lesionan su vida privada, su intimidad u honra”. Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública”, en *Este País*, México, No. 148, julio de 2003, pp. 37 y ss. Citado por Carbonell, *op. cit.*, p. 454.

como aquella que se encuentra temporalmente sujeta a alguna excepción y por esta razón no se puede dar a conocer.

El Capítulo III se refiere a la Información Reservada y Confidencial, que para el tema que nos atañe podemos señalar a la fracción IV del artículo 13, que señala que será información reservada aquella que pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.

También, el artículo 14 en las fracciones III y IV señala que será información reservada las averiguaciones previas y lo expedientes judiciales o los procedimientos administrativos.

10.1.2 Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal

La presente ley entró en vigor el pasado 19 de Mayo de 2006 y busca la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional, reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitucional.

Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión, así como el objeto de garantizar los derechos de la personalidad, como son el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen de las personas en el Distrito Federal.

La presente ley entiende como derecho de personalidad a los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.

En cuanto a la vida privada, la ley señala que es aquella que no está dedicada a una actividad pública y que, por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

Como parte de la vida privada se tendrá al derecho a la intimidad que comprenden conductas y situaciones que, por su contexto y por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinadas al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Dentro de esta misma ley existe el título tercero sobre la afectación al patrimonio moral, donde se marcan las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, señalando que una violación a estos derechos personales constituirán un menoscabo al patrimonio moral.

El título cuarto señala los medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen, donde se expresan los requisitos que tienen que existir para que se dé el daño moral patrimonial.³² Por último, el título quinto habla sobre las responsabilida-

32 Art. 36: "Para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere:

- I. Que exista afectación en la persona, de los bienes tutelados en la presente ley;
- II. Que esa afectación en la persona, de los bienes tutelados en al presente ley;
- III. Que esa afectación sea a consecuencia de un acto ilícito; y

des y sanciones, señalando que estas últimas derivadas del daño al patrimonio moral nunca serán privativas de la libertad de las personas.

Con la entrada en vigor de esta ley se deroga el título Décimo tercero referente a los delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto, el capítulo I sobre la violación de la intimidad personal del Código Penal del Distrito Federal.

10.2 Instrumentos internacionales

10.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948

En su artículo 12,³³ ésta protege el derecho a la intimidad, marcando que el ordenamiento jurídico debe proteger, sin aclarar en que situaciones expresas este derecho puede ser alterado.

10.2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966

En este instrumento, en el art. 17,³⁴ se protege igualmente el derecho a la intimidad, sin embargo, añade a la mención de la Declaración Universal de los Derechos humanos la prohibición de injerencias ilegales y no sólo las arbitrarias, implicando al poder político.

En interpretación al artículo 17 del Pacto, el Comité de Derechos humanos de la ONU ha dictado una observación general que contiene algunas consideraciones interesantes sobre el derecho a la intimidad, el cual señala lo siguiente:

10. La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por los particulares o entidades privadas, deben estar reglamentadas por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y porque nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.³⁵

IV. Que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Para la procedencia de la acción se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso".

33 Art. 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 de la ley contra tales injerencias o ataques".

34 Art. 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

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

35 Observación General No. 16, adoptada en el 32º periodo de sesiones, en 1988, citado por Carbonell. *op. cit.*, p. 465.

10.2.3 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950

Igualmente en el Artículo 8° de la Convención,³⁶ se protege el derecho a la intimidad y sólo se verá violentado cuando exista una autorización en la ley o cuando sea en beneficio de la sociedad.

10.2.4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH ha aplicado el artículo 8° de la Convención en el sentido de considerar a la intimidad como a una autonomía, es decir, con un amplio espectro para que pueda proteger la vida privada de un individuo contra los ataques que pueda sufrir por parte de los poderes públicos.

La Convención y la interpretación que hace el TEDH, tal como se dice en la sentencia del Belgian Linguistic Case, el objeto del artículo 8°, y especialmente de su párrafo 2°, “es esencialmente el de proteger al individuo contra la interferencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada o familiar”.³⁷

En una sentencia posterior, la de López Oltra v. España, el tribunal explica cómo debe interpretarse el artículo, conjugando sus dos párrafos:

Tanto, si como desea la demandante, se aborda la cuestión bajo el ángulo de las obligaciones positivas de los Estados —adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo en virtud del art. 8.1—, como si se aprecia desde la perspectiva de las injerencias de los poderes públicos, en los términos del párrafo 2, los principios aplicables son muy parecido. En ambos casos y a pesar del amplio margen de apreciación con que cuentan los Estados, ha de procurarse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad. Además, incluso para las obligaciones positivas que resultan del párrafo 1, los objetivos enumerados en el párrafo 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del deseable equilibrio entre el interés general y el derecho individual.³⁸

Así, explica Fayos Gardó que en el primer párrafo del artículo se establece un derecho general de la persona a su vida privada, y en el segundo se prohíbe la injerencia de las autoridades en el mismo, excepto cuando se trate de una medida prevista anteriormente y necesaria para conseguir una serie de fines.³⁹

36 Art. 8.1 “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia.

8.2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

37 Belgian Linguistic case, 23 de julio de 1968, A-6, pp. 24-25.

38 López Oltra V. España, sentencia del 9 de diciembre de 1994, 41/1993/436/515, p. 9

39 Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 134.

Por lo que podemos decir que el artículo 8º incluye diversos aspectos de la intimidad, ya que dentro de ella se puede englobar cualquier aspecto que dentro del término de vida privada pueden abarcarse muchísimos aspectos de diversa índole.

10.2.5 El Convenio para la protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina de 1997

Elaborado por el Comité Director para la Bioética y aprobado por el mismo en su undécima sesión que se realizó en junio de 1996, y una vez obtenido el dictamen de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y aceptado por el Comité de Ministros, fue aprobado el 4 de abril de 1997, en Oviedo.

En primer lugar, en sus artículos 1 y 2,⁴⁰ el Convenio protege la dignidad del ser humano y le brinda la primacía del ser humano.

En su capítulo III se reconoce el derecho que tiene toda persona a la vida privada en relación a las informaciones relativas a su salud y a recibir dichas informaciones.⁴¹ “Éste es uno de los casos en el que el Convenio instituye un derecho que es resultado de un despliegue de derechos fundamentales antes reconocidos: del derecho a la información, en general, al derecho a conocer la verdad sobre los datos sanitarios. Y del derecho a la intimidad, al derecho a que las informaciones sanitarias sean respetadas como parte de ella”.⁴²

10.2.6 Tribunal Constitucional Español

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español (TCE) ha señalado, a través de varias sentencias, la opinión que tiene sobre la intimidad, señalando que:

“El derecho a la intimidad personal se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona”.⁴³

Asimismo, a través de otra sentencia, el TCE ha manifestado:

40 Artículo 1. Objeto y finalidad: Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.

Artículo 2. Primacía del ser humano: El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

41 Artículo 10. Vida privada y derecho a la información.

1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.
2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.
3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2

42 Casado, María, “Los Derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética”, en Romeo Casabona, Carlos María (coord), *Derecho biomédico y bioética*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 132-133.

43 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 186/2000 de 10 de Julio.

El atributo más importante de la intimidad como núcleo de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusita, como a la divulgación ilegítima de esos datos.⁴⁴

En el año de 1987 el Tribunal consideró que:

Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda susstraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto.⁴⁵

En relación al tema que nos ocupa, que es la interferencia del Estado o de los poderes públicos en la vida de una persona que sea presuntamente un delincuente o un terrorista, el Tribunal Constitucional Español ha señalado sobre la intromisión en la vida privada por parte del Estado lo siguiente:

El derecho a la Intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal o familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos pueden justificar ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público.⁴⁶

Asimismo, el tribunal hace referencia a la sujeción que debe hacer el derecho a la intimidad con relación al interés público. “Esto significa que, para difundir información sobre una persona sin su consentimiento habrá de tratarse de información que sea de interés público, entendiéndose por tal no la información que demande la curiosidad ajena o la que tenga interés noticioso a juicio de los medios, sino aquella que se refiere a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (Sentencia 134/1999)”⁴⁷

10.2.7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

El Art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre señala que: Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

44 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 142/1993 de 22 de abril.

45 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 170/1987 de 30 de octubre, Fundamento jurídico 4.

46 Tribunal Constitucional Español, Sentencia 11/1999

47 Carbonell, *op. cit.*, p. 463.

Por lo que, al igual que los instrumentos analizados con anterioridad, se encuentra dentro del contenido del mismo a la protección al derecho a la intimidad de la persona.

11. Notas finales

- a) La nueva tecnología de neuroimágenes es una herramienta para la ciencia forense y la prevención de ciertos delitos, sin embargo su utilización pone en riesgo ciertos derechos como el de la intimidad.
- b) El derecho a la intimidad puede ser visto como un derecho de la personalidad protegido desde el ámbito civil.
- c) Adicionalmente, está reconocido y protegido en diversos instrumentos internacionales, así como en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español.
- d) Efectivamente, la creación de esta técnica por parte del Dr. Farwell es un gran avance en comparación a los detectores de mentiras, ya que con ésta no se puede mentir; la mente recuerda un cierto dato, imagen o evento y, al reconocerlo, automáticamente manda una descarga eléctrica, por lo que con esto nos convertimos en testigos de nuestros propios actos.
- e) Una vez más, la ciencia pone en riesgo elementos esenciales o tradicionales del derecho, por lo que los juristas debemos estar al día sobre este tipo de acontecimientos y tratar de fomentar su regulación.