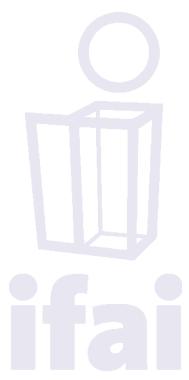




transparencia

2005 Semana Nacional



MESA 3

¿CUÁNTO VALEN MIS DATOS PERSONALES? EL PRECIO DE LA VIDA PRIVADA

Ponentes:

David Banisar. Especialista, analista y autoridad mundial en temas de acceso y confidencialidad, pertenece a la organización estadounidense Privacy International.

Isabel Davara. Abogada y especialista en datos personales del despacho Davar & Davara de España.

Mauricio Domingo Donovan. Abogado y Director Jurídico de Microsoft en México.

Gustavo Adolfo Bello. Profesor jurista, Coordinador General para temas laborales. Comisión Federal de Mejora Regulatoria.

Horacio Aguilar Álvarez de Alba. Comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Presentador:

Esta Mesa se refiere a uno de los temas más delicados y más importantes para la configuración del derecho de acceso a la información pública gubernamental. Esto es, para la determinación de los límites entre lo público y lo privado, y aún más, los límites entre lo íntimo y lo privado.

Esta mañana abordaremos el tema de la protección de los datos personales, no sólo desde los posibles abusos de la autoridad sino también de la invasión de las empresas, el comercio y el lucro en la esfera de la privacidad, ¿cómo?, ¿bajo qué reglas? y ¿hasta dónde?

transparencia

5 Semana Nacional

2005



ifai

Ponente: David Banisar. Privacy International

(Traducción) Muy buenos días. Gracias a todos ustedes por haberme invitado, es un placer estar aquí.

Tengo el privilegio de ser el primer orador, creo que vamos a establecer las bases, cuando menos para la forma de cómo como organización de derechos humanos consideramos la vida privada y desde la globalidad, desde la perspectiva global, y ver también las relaciones de esta información y la protección de los datos personales.

Primero permítanme decir cómo consideramos lo que es la confidencialidad o la privacidad.

Privacy International es un grupo que tiene su base en Londres y trabajamos a nivel mundial en diferentes temas, lo que es la confidencialidad, libertad de expresión, libertad de información.

Nosotros trabajamos con la privacidad y ésta la consideramos con cuatro diferentes tipos de temas:

La primera es el derecho de la privacidad, cómo se relaciona con la integridad corporal de la gente.

Con esto lo que queremos decir son los temas relacionados, por ejemplo, con las pruebas de consumo de drogas o condiciones médicas que una persona puede tener y también cómo el cuerpo de una persona se puede controlar por parte del Estado y el patrón.

El segundo tema es la secrecía o privacidad del hogar, es decir, cómo está protegido el hogar de la invasión por parte de los gobiernos o de las entidades privadas a través de diferentes medios.

El tercero es la privacidad de las comunicaciones, el derecho de tener comunicaciones privadas por medio de los teléfonos, por Internet y por supuesto todos los otros tipos de temas relacionados que uno discute y que uno quisiera que no se hiciesen públicos.

Finalmente, y algo muy importante para los temas que tiene que ver con la transparencia y su semana de transparencia, es la privacidad de la información personal o datos personales. En Europa se llama protección de datos, es decir, las leyes que protegen el uso de información personal, qué es lo que se puede recopilar, quién puede exigir información, cómo se puede utilizar, cómo se puede disseminar o difundir.

Permítanme decirles que por supuesto hay mucho traslape entre estos temas, por ejemplo en la privacidad de los datos personales que se relaciona mucho en estas épocas con Internet, con la privacidad de las comunicaciones, con temas como la recopilación de lo que son los sitios que uno visita y esto puede ser tan personal como algo que uno tiene, por ejemplo, si está visitando a un amigo, alguien que tiene SIDA o que utiliza drogas. Puede tener cierta información sobre ustedes, sobre su familia, cualquier cosa personal que puede estar en su historial médico, o los periódicos, cuáles son los periódicos que ustedes leen o las filosofías que ustedes tienen.

O sea que hay mucho traslape entre estos cuatro temas, pero tratamos de mantenerlos de manera separada conceptualmente.

Ahora, de cómo consideramos que es importante la privacidad, pues es que la consideramos que es el definir la relación entre los individuos y la sociedad. No creemos particularmente que ésta se deba extender, por ejemplo, a las corporaciones.

Las corporaciones tienen reglas de confidencialidad quizás, pero como no son seres humanos no vemos este concepto de secrecía como debe de ser, como algunas leyes lo tienen.

Y nosotros pensamos que esto es un mal uso de esta palabra, pero la relación entre la privacidad, el individuo y la sociedad. Por ejemplo, la relación entre una persona y el gobierno, la relación entre una persona y una corporación comercial o su patrón o entre dos vecinos.

La secrecía define como debe de reconocerse éste de muchas palabras y es importante porque vemos que la secrecía es igual que el derecho a la información, pues se ve como uno de los derechos subyacentes que nos da poder a los demás.

Por ejemplo, si ustedes no tienen la capacidad de pensar de manera privada y de pensar exactamente cuál es su filosofía personal; es más difícil tener una libertad, una libertad de religión o libertad de expresión, sin tener la capacidad de pensar por uno mismo primero para tener ese espacio personal.

Así que permítanme hablar de qué es lo que está sucediendo a nivel universal, es un campo de crecimiento, yo ya he estado en este campo durante unos 15 años y cuando comencé a trabajar en lo que se refiere a la privacidad en los Estados Unidos fue, era una idea que estaba bien reconocida.

El concepto de la privacidad se puede encontrar en las filosofías desde la Biblia y otros textos religiosos también, pero como derecho legal a la privacidad no se ha desarrollado suficiente hasta quizás después de la Segunda Guerra Mundial.

Cuando comencé a trabajar en los Estados Unidos, había muy pocas leyes en ese país y no estaba bien reconocido esto, pero desde que surgió Internet el tema de la privacidad, creo yo que cada vez es más reconocible para las personas, se percatan de esto, porque antes había alguna computadora gigantesca con una base de datos sobre uno. Ahora todo mundo sabe que Internet es una serie de pequeñas computadoras con pequeñísimas computadoras que tienen información sobre ustedes.

Obviamente todos hemos escuchado lo que es el robo de identidad que es prevalente en los Estados Unidos,

quizás todos tenemos direcciones de correo electrónico y recibimos esto todos los días por correo *Spam*, así que hay diferentes datos donde se ve que la privacidad se reconoce más debido a Internet, pero también tiene el efecto de que ahora la gente lo reconoce debido a los historiales médicos.

Es obvio que un historial médico no nada más lo tiene su médico, sino también una base de datos gubernamental en algún lugar o la base de datos de una compañía de seguros, o sea, que ahora la gente ve que hay un incremento en la conciencia sobre este tema.

Los europeos han estado a la vanguardia, éste es el efecto de lo que sucedió durante la Segunda Guerra Mundial donde las primeras computadoras o sistemas tipo computadoras se utilizaron con diferentes registros para relacionar a la gente con antecedentes religiosos y políticos, y funcionó bastante bien, desafortunadamente, así que después de la Segunda Guerra Mundial los derechos internacionales crecieron, entonces la privacidad se incluyó en la Declaración Nacional de Derechos Humanos.

Y la mayoría de los tratados internacionales lo tienen, cualquiera que tenga que ver con derechos humanos tanto a nivel regional, como internacional reconocen algún tipo de privacidad.

Y también ahora en casi todas las constituciones del mundo existe y yo tengo reconocimiento de haber leído casi todas las constituciones en el mundo, o sea, que se las puedo decir con autoridad o cuando menos eso es lo que dice mi investigación que he hecho. Por lo tanto, existe un reconocimiento internacional y nacional también.

A nivel de la Unión Europea; la Unión Europea ha ejercido mucha influencia y en los últimos años han tenido una directriz sobre la protección de datos que regula la recopilación de información personal, quién la puede tener, cómo la pueden tener y cómo se utiliza.

Y si es información sensible que incluya cosas como condiciones médicas, religión, filosofías políticas, aspectos sindicales, entonces no se debe recopilar a menos que existan obstáculos que se tengan que salvar y no se puede utilizar sin tener reglamento y normativa muy seria. Esta es la información sensible que se puede utilizar de una manera u otra.

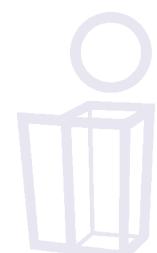
Ahora, la filosofía de la Unión Europea que ha sido adoptada para todos los miembros de la Unión y también de otros países, muchos del Este y de la parte Central, es el *Defot Global*, es lo que se va a utilizar.

transparencia

5

2015

Semana Nacional



ifai

Esto le ha mostrado, por ejemplo, que hay alrededor de 60 países en el mundo que han adoptado leyes sobre la privacidad, leyes muy completas y casi todas éstas se basan en el modelo de la Unión Europea, por ejemplo, Canadá habla mucho sobre recabar información que se basa en el modelo de la Unión Europea, igual que Australia, Nueva Zelanda, Argentina, Chile y muchos otros países.

Los Estados Unidos es único y singular y no tiene esta ley tan exhausta sobre privacidad y, bueno, esto ha tenido ciertos efectos, como lo es el robo de identidad y creo que esto es prevalente en Estados Unidos.

Y hay leyes sectoriales, en el siguiente panel vamos a hablar a cerca de las leyes sobre los expedientes clínicos y hay leyes sobre otros temas también. Pero los Estados Unidos es único y singular en el mundo y sinceramente el resto del mundo está siguiendo más o menos el modelo de la Unión Europea, más que otro modelo.

Ahora, en cuanto a por qué es importante esto, se ven dos diferentes modelos y vemos que existe lo que es el *Defot* en Estados Unidos que nada se protege, nada más en áreas muy limitadas, esto es por omisión o hay cosas, por ejemplo, como una nueva tecnología que se está desarrollando en Estados Unidos, la información personal de esta nueva tecnología no necesariamente es información protegida hasta que el Congreso estipule esta ley, así que se crean estos efectos; hay muchos registros en Internet que no están protegidos, pero los registros de Cablevisión sí o televisión por cable, porque hace mucho tiempo el Congreso adoptó una ley sobre la protección de la televisión por cable.

Así que si uno está en Internet no está protegido específicamente, pero si uno está navegando en la televisión por cable probablemente sí esté uno protegido.

Así que esta ley sectorial tiene también sus desventajas desde la perspectiva de negocios puede ser más eficiente, pero eso se lo voy a dejar a los otros miembros del panel para que hablen al respecto, ya que no estoy aquí para hablar de esto.

Ahora, permítanme terminar diciéndoles una descripción de cómo veo la privacidad en cuanto a la transparencia, creo que estos son derechos complementarios.

La libertad de información y la privacidad, ambos tienen que ver con la persona, y cómo esta persona individual y el gobierno se relacionan entre sí. Así que la libertad de información es hacer que el gobierno sea transparente, y la privacidad tiene que ver con la protección de individuos, de personas físicas. Así que ahí existe esta gran relación entre ambos.

Ahora, yo lo veo como complementarios, así que, por ejemplo, conforme su Constitución aquí, ustedes no tienen ley de privacidad, pero sí de libertad de información, que permite que la gente tenga acceso a sus propios registros personales, y en la mayoría de los países la protección de datos, esta ley de privacidad le permite a la gente tener acceso de sus propios registros.

Así que la ley de privacidad le permite a la gente tener acceso de sus propios registros, así que las leyes sobre privacidad las utilizan las personas con frecuencia para hacer transparente lo que la entidad gubernamental hace con relación a ellos.

Aquí hay un traslape, por supuesto. Muchas veces el gobierno tiene un registro que puede ser de información personal, pero también es necesario debido a la transparencia. Y también en ocasiones hay situaciones sencillas y hay veces que

son difíciles, las situaciones fáciles, creo yo. Y ya que tengo ambas cachuchas como Director de Información de este proyecto para Privacy International manejo ambos temas para tratar de equilibrar esto en mi cabeza, lo que no es muy fácil necesariamente.

Y se tienen temas, por ejemplo, que están relacionados con un empleado gubernamental que actúa en su capacidad oficial, personalmente y creo que a nivel internacional dice que esto no se debe de considerar como información personal. Para un servidor público que existe un memorándum simplemente porque el nombre del empleado está en ese memorándum, no quiere decir que él es dueño de esta información, podría sostenerse para otros propósitos. Puede ser alguna relación de que este nombre no debe ser público, pero no se debe de considerar bajo el nombre de privacidad.

También cosas con los gastos gubernamentales. Hay problemas, por ejemplo, han escuchado de la Unión Europea y los Estados Unidos que están luchando sobre subsidios agrícolas, de cuánto dinero reciben los campesinos o los productores, y creemos nosotros que sí reciben una gran cantidad de subsidio gubernamental, el agricultor es como la familia real en el Reino Unido, recibe millones de euros al año en subsidios agrícolas.

Esto, no porque sean individuales o porque tengan una discapacidad o porque trabajan para el gobierno durante algún tiempo y deben de recibir un subsidio, sino que reciben este dinero debido al negocio que están haciendo, y el negocio es el agrícola.

Así que no creemos, por ejemplo, que ese tipo de información personal deba de considerarse como información personal, información relacionada con el trabajo que estén realizando, que podría ser información personal en algunos casos, pero cuando hablamos acerca de los gastos gubernamentales, uno debe de tener un umbral más alto de lo que se considera información personal.

Ahora cuando uno va más allá de estos casos sencillos entramos a los más difíciles, por ejemplo, los registros de alguien que ha sido arrestado por un acto delictivo. A veces esto puede ser información personal, a veces no.

Lo mismo se refiere con los registros de tribunales, sobre todo relacionados a divorcios, si es información financiera susceptible o sensible sobre estos registros, no necesariamente uno quiere que estén disponibles,

los registros acerca de los niños o de los hijos de divorciados. Quizá no quieran que esto sea público.

Y después nos metemos ahora en otro tipo de cosas. Así que cuando uno llega a ese tipo de temas se deben de considerar cómo se van a equilibrar ambos derechos, y hay muchas leyes que lo hacen, al poner una prueba de equilibrio, o es lo que han dicho los tribunales, por ejemplo, en Estados Unidos la Corte Suprema tiene varios casos donde se ha decidido que se necesita equilibrar los temas de privacidad y libertad de información, aún cuando la Ley de Libertad de Información en Estados Unidos no habla específicamente al respecto.

Por ejemplo, no han permitido la liberación de diferentes tipos de registros, y se debe de entregar éstos. Los de autopsia, donde se muestra que puede haber un gran daño para la familia y muy poco beneficio al público, éstos se han retenido.

Lo mismo se aplica con los registros de los astronautas y de sus voces reales. Por ejemplo, cuando se destruyó el Challenger la transcripción se emitió, pero no necesariamente las voces, porque se iba a hacer un daño que no demostró que no era mayor que el beneficio. Así que existen casos donde hacen eso en los Estados Unidos, en otros países como Irlanda, Sudáfrica, Canadá, adquieren estas pruebas de equilibrio, de balance, que son un poco más formales y cada vez que sale un caso donde hay información personal que por ejemplo no sea de un empleado gubernamental o lo que sea, entonces el Tribunal va a examinar los beneficios de ambos lados o el Comisionado de Información en Irlanda, sé que haría esto, y después llegarían a una decisión.

Por lo tanto, no es algo donde sea sencillo determinar en cada uno de los casos, pero obviamente se debe de trabajar con los principios de que la transparencia es importante al igual que la integridad de la persona, ésta también es importante.

Por ejemplo, no es muy probable en ninguna ley que los registros médicos o expedientes clínicos se liberen, a menos que haya un interés público para que estos expedientes se enseñen. Así que muchas veces ustedes no pueden saber esto.



Ponente: Isabel Davara. Abogada y especialista en datos personales del despacho Davar & Davara de España

Pues muchas gracias, buenos días a todos. Gracias al IFAI por invitarme.

El título de esta Mesa es ¿cuál es el valor de mis datos personales?

El valor de mis datos personales es absoluto, es todo, ya he terminado.

Como decía mi antecesor, se puede tomar esta protección de datos respecto de muchos puntos de vista, les podría hablar respecto de tres puntos de vista:

Uno, respecto del titular de los datos. Cada uno de nosotros, personas físicas que somos titulares de los datos personales, ese va a ser el enfoque de mi charla, pero me van a permitir seguir metiéndome un poco con los compañeros de la Mesa.

Otro podría ser desde el punto de vista comercial, de los intereses comerciales de las empresas privadas que tratan nuestros datos personales. Ese podría ser otro y como verán son perspectivas bien distintas.

Y finalmente podría ser uno doctrinal, uno dogmático, que es un poco elevado pero les voy a dejar también un poco el expuesto.

Este punto de vista doctrinal sería, que es un poco también lo que quiero que nos llegue a la conciencia de cada uno de nosotros, que el derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental. Aquí tendrían que girar todas esas posiciones de esta Mesa.

Es un derecho fundamental de tercera generación, es decir, surge cuando las sociedades comienzan a desarrollarse hasta un punto tal que las herramientas de tecnología que se usan en el tratamiento de la información personal, presentan una potencialidad, un riesgo al tratamiento de nuestra intimidad.

Y utilizo este tema de intimidad sabiendo que es el concepto o el término que más cercano nos va a resultar a todos, porque no conocemos los datos personales. Pero intimidad no son datos personales.

Intimidad es diferente a privacidad. Privacidad es una palabra que no existía en el Diccionario de la Real Academia Española, hasta hace como cinco años y era una traducción, una transposición de la privacy anglosajona. Nosotros no teníamos ese término pero lo utilizábamos.

Pero qué queríamos decir con esto, de qué estamos hablando cuando hablamos de privacidad, que nos gusta más hablar de privacidad que de intimidad, porque aparte me estoy refiriendo a otra cosa.

Privacidad es este ámbito de cada uno de nosotros, este ámbito mucho más profundo que la intimidad, que desconocemos. Y les digo bien, cada uno de nosotros desconocemos cuál es nuestra privacidad.

Podemos saber cuál es nuestra intimidad y fijarla, cada uno de nosotros podemos decir: esto es íntimo para mí y esto no lo comparto con cualquiera. Porque conocemos cuál es nuestra intimidad.

Pero sabemos cuál es nuestra privacidad, porque ¿qué significa la privacidad?; es ese perfil de la persona que surge del tratamiento de nuestra información personal, mediante estas herramientas tecnológicas, y les aseguro que lo desconocemos.

Siempre les pongo el ejemplo de cada uno que tengamos una tarjeta de algún centro comercial, de éstos de pagar, asociado a un centro comercial. Estos centros comerciales, estos bancos, estas entidades financieras, estas aseguradoras, estas grandes multinacionales llegan a tener, de cada uno de nosotros entre 150 y 200 datos personales.

Les pongo el ejercicio de que cada uno de ustedes intente decir 150 datos de ustedes mismos, no les estoy diciendo de un tercero, digo de ustedes mismo.

Entonces ¿quién les conoce mejor El Palacio de Hierro?, perdón, yo hubiera puesto otro ejemplo en España, ¿El Corte Inglés o ustedes? A eso me estoy refiriendo con privacidad, a eso me estoy refiriendo con datos personales y con tratamiento de información personal, a ese perfil que cada uno de los bancos: que BBVA, que Santander, que HSBC, que cada uno de los bancos conocen de ustedes y eso no es un tratamiento ilícito, no tiene por qué serlo.

Pero ahora lo ligo con lo siguiente, ¿cuándo no es ilícito ese tratamiento? Cuando yo titular de los datos lo conozco y en la mayoría de los casos lo consiento.

Toda esta teoría de datos personales, que como decía el señor Banisar, viene de una teoría mucho más europea, la podemos remontar, no digo normativamente hablando que sí hay unas recomendaciones para el año 73 y 74 y un convenio del año 80, los estadounidenses dicen que tienen una ley por ahí perdida, pero como decía el señor Banisar, los estadounidenses, él educadamente decía que son únicos. Bueno, pues sí, únicos porque hacen ellos lo que quieren, únicos en el mundo en ese sentido sí.

¿Pero los demás países del mundo?, todos intentamos seguir una línea que significa que los derechos del individuo están por encima del mercado. ¿Entienden? Esa es la única diferencia entre la posición estadounidense y la posición del resto del mundo, la posición única estadounidense y la posición del resto del mundo. Pero eso no quiere decir, y aquí me niego y siento ser tan apasionada, pero es que es como la falacia de los que intentan defender una posición absolutamente mercantilista, y no me entiendan mal, yo tengo un despacho de abogados, es decir, no vivo del aire y además los abogados no somos conocidos precisamente por nuestro mecenazgo.

Pero no me entiendan mal, la protección de los derechos del individuo no tiene por qué aplastar, es decir, la deficiencia mercantil, al revés, no tiene por qué aplastar los derechos del individuo, se pueden

conjugar y un negocio no es más eficiente aplastando los derechos del individuo, que eso es una falacia, eso es lo que me duele de la perspectiva absolutamente mercantilista.

Les digo, yo me gano la vida asesorando empresas, así que tengo que ver cómo pueden conseguir, tratar nuestros datos de manera eficiente sin gastar demasiado dinero, pero respetando nuestros derechos individuales.

Como les decía, esto surge normativamente hablando, de una sentencia muy conocida del Tribunal Federal alemán del 83 en el que se expuso o se concluyó lo que se ha dado en llamar el Derecho a la Autodeterminación Informativa, que así los que nos dedicamos a esto le cambiamos la v chita por la c y lo llamamos Derechos a la Autodeterminación Informática.

¿Qué quiere decir? Que los titulares de los datos, cada uno de nosotros, cada uno de ustedes que están ahí sean o no sean servidores públicos, porque siento liarme, pero esta distinción de si son datos personales o no son datos personales. Si son datos personales, lo que pasa es que no entran dentro de la protección porque hay una excepción al consentimiento o una excepción al tratamiento, pero ustedes servidores públicos también son titulares de derechos fundamentales.

Lo que pasa es que cuando entran ustedes en el negocio de servir al Estado, entonces ceden parte de sus derechos fundamentales, pero los ceden pero los tienen, de tal modo que si salen del ámbito público los vuelven a recuperar. Y es más, como estaba diciendo el señor Banisar, hay que ver en ese momento si para un lado, o sea para un fin determinado sus derechos, sus datos personales ceden y para otro no, pero siguen siéndolo, es muy importante esa distinción, no es que no sean datos personales sino que se excepcionan al tratamiento, se excepcionan, podemos tratarlos porque ustedes, digo, para los que sean servidores públicos.

Pero es importante eso porque, y ha mediado otra vez los derechos de autodeterminación informativa, es importante porque cuando se dice qué es dato de carácter personal. Igual que hubiera podido terminar mi charla diciendo todo es el valor de mis datos personales.

Dato personal es casi todo, porque información personal es cualquier información concerniente a una persona física identificada o identifiable, cualquiera.

transparencia

5 Semana Nacional

2005



ifai

Este micrófono que estoy utilizando ahora, ese es un dato, pero como yo lo utilizo y ustedes saben que estoy aquí dando una charla se convierte en información personal, el micrófono.

No sé si estoy llegando a ustedes, digo, todo es información personal en cuanto me concierne a mí. Entonces es muy fácil la definición aunque nos duela.

Bueno, entonces, ¿qué les quiero dejar claro de todo esto? El valor de mis datos personales es absoluto, es la única diferencia, el único valor añadido hoy en día, porque como todos los procesos están estandarizados, están automatizados, no añaden nada, pero cuanto más conozcan a su cliente eso es lo que añade, pero claro, cuando les digo todo poniéndolo con ese derecho de la autodeterminación informativa, que quiere decir que el titular de los datos es el único que decide quién, cómo, dónde y cuándo se tratan sus datos, el valor de mis datos personales es el que yo le ponga. Si yo decido que quiero darlos a cambio de un CD que me regalan, está bien, pero yo decido.

La única diferencia en todo esto es que el eje central en la protección de datos de carácter personal es el consentimiento, el titular de los datos consiente y con ese consentimiento ya podemos sacarlo, que el titular de los datos unido a una finalidad decidida.

Entonces, tampoco son tantas trabas para los negocios, es sólo hacerlo bien. No es que la protección de datos vaya a implicar cortes a los negocios, ni faltas de eficiencias empresariales, lo que va a pasar es que van a tener que empezar a tratar nuestros datos de carácter personal de manera lícita y leal.

Con esto quiero decirles que una ley, una normativa en protección de datos en países de nuestro entorno, no sólo por nuestra tradición histórica, sino porque como bien decía mi antecesor esa es la tendencia en todas partes del mundo y salvo la posición única estadounidense es absolutamente imprescindible una ley que cuente con principios, con derechos y con un procedimiento, que se establezca una autoridad administrativa e independiente, un órgano de control que sea capaz de resarcirnos o de tutelar mejor dicho el ejercicio de los derechos por cada uno de los ciudadanos, por cada uno de los titulares de los derechos y esto se puede hacer de manera eficiente sin que cause una traba a los negocios o a estos grupos de presión que están impidiendo el desarrollo más rápido de las leyes.

Ponente: Mauricio Domingo Donovan. Abogado y Director Jurídico de Microsoft en México

Antes que nada quiero agradecer al IFAI mi invitación, es verdaderamente importante para nosotros como sector privado tener una presencia en este tipo de eventos para dar a conocer cuál es nuestra opinión y en este mundo, en esta democracia, en estos nuevos tiempos, creo que el sector privado juega un papel fundamental, puesto que es precisamente el sector privado el que agremia a la mayoría de la población, de alguna manera ya sea desde el punto de vista de consumo o desde el punto de vista de empleo.

La buena noticia es que tenemos muchos puntos en común y la buena noticia también es que tenemos muchos puntos de divergencia que creo que son positivos.

Voy a empezar diciendo tres cosas, la realidad de las cosas, yo no sé si sea bueno o malo, no lo he decidido, pero no somos la Unión Europea, nuestro socio comercial

principal es Estados Unidos, entonces, en lugar de hacer un esbozo de preocupaciones que tengo respecto a la iniciativa del senador García Torres, pensé, no sería mejor tomar lo mejor de los dos mundos.

Decía David que la directiva de la Unión Europea respecto de privacidad de datos lleva 10 años. Y, en efecto, lleva 10 años y el robo de identidad sigue siendo un problema en Estados Unidos y en el mundo, el problema de *Spam* sigue siendo un problema en Estados Unidos y en el mundo. Entonces, llevan 10 años como pioneros en el tema, pero el problema no se ha resuelto.

Sin embargo, la directiva de la Unión Europea y la tendencia europea tiene cosas muy salvables y yo creo que tenemos la gran oportunidad de tomar la experiencia que se han vivido en otras naciones para poder hacer una legislación *ad hoc* y tratar de mejorar aquellas legislaciones que existan en el derecho comparado.

Esta es mi opinión personal, no necesariamente representa la opinión de la empresa para la cual trabajo, ni mucho la industria, no obstante, sí se basa mucho en la experiencia que he tenido tanto en el sector privado, como en empresas de tecnologías de la información.

Ya se ha definido el derecho a la intimidad, no es necesariamente lo mismo que el derecho a los datos personales, son género y especie. Y lo que nosotros queremos regular es el derecho a la intimidad. Isabel decía acertadamente los datos personales son todo, cómo regulamos todo. En nuestra realidad tecnológica cómo es que regulamos el todo.

Representa un reto en los países, especialmente con una tradición jurídica civilista, es muy difícil regular el todo.

Dentro de los datos personales es muy importante definir cuáles son ese todo y cuál es la información verdaderamente sensible o sensitiva o qué es confidencial o qué puede afectar que otras personas lo conozcan.

Por supuesto los datos personales deben de excluir cualquier información de carácter público. La información de carácter público se rige por otro tipo de legislación, como puede ser el IFAI.

Decía yo, la privacidad es el género y la protección de datos es la especie. Y la intención es preservar la integridad precisamente de la información, es un necesario, es una actividad que sí tenemos que tomar

de frente, que sí tenemos que llevar a cabo, que sí hay muchos riesgos, y que sí es necesario legislar, pero de manera adecuada, de manera medida.

Y aquí voy a resumir los dos modelos diferentes. El primer modelo es una legislación combinada con disposiciones reglamentarias especiales y la autorregulación. Decía David acertadamente que las corporaciones no necesariamente tienen que estar reguladas de manera específica respecto a la privacidad de datos, y es cierto.

Nosotros, cualquier empresa, la que sea, la miscelánea de la esquina o la transnacional más grande regula precisamente en base a sus tendencias de compra, a sus tendencias de necesidad de mercadeo, si son datos personales, no son sensibles, no son sensitivos, no van a afectar, al contrario los van a beneficiar.

Si yo tengo un servicio de televisión de pago, y saben que me gusta el fútbol americano, pues me van a llegar las promociones de fútbol americano, si quiero pagar menos, sí quiero que me lleguen.

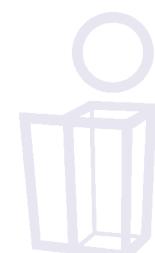
El modelo dos, que es más o menos, muy resumido, por supuesto, la iniciativa del senador García Torres, es la creación de una autoridad reguladora de datos personales, que es la institución de registros y tiene restricciones amplias y previas de tratamientos de datos, es decir, todo está prohibido, salvo que yo te diga lo contrario.

Nuestra posición, y lo vamos a ver un poquito más adelante, vamos a tomar el tema de "opt-in y opt-out", y tampoco radical que todo está permitido. Hay que tener un modelo mixto de cómo es que se debe de manejar la situación.

El tema de autorregulación, en la medida que las corporaciones a nivel mundial tienen más injerencia en la sociedad, cualquier corporación grande tiene una política, aunque sea muy primaria de empresa socialmente responsable. Las empresas mexicanas son un gran ejemplo de ello, son empresas socialmente responsables, y toman una preocupación por una serie de temas, incluyendo los datos personales.

Si bien es cierto que el banco tiene muchísima información que detentan, finalmente es para prestarles un mejor servicio a ustedes los consumidores del banco, sus tendencias de compra emiten mejores productos para tratar de satisfacer las necesidades de sus clientes.

Y respecto a la autoridad reguladora, tendría que ser una nueva, porque, por ejemplo, la que más se



ifai

90

asimilariá, porque son complementarias sería el IFAI, pero el IFAI regula una relación de supra-subordinación, la relación del gobernado con el Gobierno.

La relación de datos personales es de coordinación, son de actos de comercio, son entre particulares. Y eso no es una garantía individual, eso no es el derecho a la privacidad que nadie puede ser molestado en sus bienes, posesiones, el artículo 16 constitucional. La garantía individual protege contra actos de gobierno.

Son cosas completamente diferentes. Tendríamos que tener una autoridad diferente que detentara todos los datos personales y hubiera una cola de gente diciendo: Yo sí quiero recibir información de estos bancos, de esta televisión de paga. ¿Pasarán?

La aceptación tácita es un concepto muy bien aceptado en el derecho mexicano. La aceptación expresa también lo es, pero la tácita tiene el mismo valor jurídico que la aceptación expresa.

Habrá que considerar si queremos tener una autoridad independiente, diferente y nueva para regular base de datos, tomando en cuenta, además, que el tema de privacidad de datos no necesariamente tiene que ver con tecnologías de la información, se obtienen datos personales con un edecán afuera de un supermercado tomando una encuesta.

Una base de datos es todo, como decía Isabel, puede ser mi archivero, puede ser una base de datos muy sofisticada, puede ser *main frame* de un banco, pero también puede ser una hoja de papel con datos personales.

¿Cómo vamos a regular eso? ¿Tenemos la sofisticación tecnológica hoy en día para hacerlo? Ojalá y lo tuviéramos, pero la realidad es que no.

La base de lo que nosotros consideramos que puede tomar lo mejor de los dos mundos es el aviso de privacidad, es decir, yo estoy recabando esta información y esta información es tuya y es privada y la voy a utilizar de equis o ye manera, ese es el objeto primario.

Por ejemplo, voy a solicitar una tarjeta de crédito, bueno, pues la información que estoy solicitando de ti es para la tarjeta de crédito.

Diario puedes haber objetos secundarios, es cierto, hay venta de bases de datos. Hay gente que te habla por teléfono para ofrecerte servicios que tú no quieres recibir, hay gente que se aparece en tu casa y te ofrece servicios que tú no quieres recibir.

Esa venta de base de datos que tiene un efecto secundario sí se tiene que regular y sí tiene que ser con el consentimiento expreso de las partes. Pero el objeto primario no debe de ser más que con consentimiento tácito.

Como decía yo, los avisos de privacidad deben de ser tanto *on line* como *offline*. La realidad mexicana, yo creo que la mayoría de los datos personales se recaban por teléfono o llenando formas, la verdad es que creo que muy pocos datos personales en México se recaban vía Internet o en línea de cualquier forma.

Vamos a tocar brevemente el tema de los opt-in y opt-out. Está la presunción de aceptación de recolección y uso mediante avisos amplios de privacidad, para tanto el objeto primario como el secundario.

Esa primera premisa opt-out. Yo tengo el derecho de utilizar tus datos personales para ir con el buró de crédito y solicitar una tarjeta de crédito a tú favor, para eso lo necesito.

Y opt-out cuando hay avisos de privacidad razonables por objeto primario, es decir, autorizo que pidas mi información al buró de crédito, todos los firmamos cuando llenamos una solicitud de tarjeta de crédito, ese es el fin de la información que estoy recabando.

¿Cuándo es que vamos a usar opt-in para el objeto secundario? Siempre que sea información sensible, como puede ser información médica, como puede ser información de preferencias sexuales, como puede ser información de preferencias religiosas o cuando va a haber una divulgación subsecuente a terceros.

Esa base de datos yo la voy a utilizar, la voy a vender a una empresa de telemarketing, por ejemplo, para ofrecer una gama de servicios que a mí no me interesan. Ese sí tiene que ser con un consentimiento expreso.

¿Cuáles son las obligaciones y la autorregulación a la que me refiero? Pues tiene que ver notificación de esa limitante a terceros, esa declaración unilateral a la cual yo me obligo, cuando tú me das esos datos personales, yo me tengo que asegurar que el tercero a quien le voy a dar esa base de datos, si tú deseas que se la dé, cumpla también para que a su vez si él lo da a terceros, tenga su obligación de privacidad.

Y el cumplimiento de las limitaciones por terceros es la base para que este esquema de autorregulación funcione.

Evidentemente cuando tú contratas un servicio en línea, además de los avisos de privacidad, hay una relación contractual, cuando tú das *acepto* a un contrato, que le llamamos "clic-up", es una relación contractual, nadie lo lee, les recomiendo que lo lean porque ahí es donde vienen los términos de privacidad de servicios en línea y muchas otras cosas referente a los servicios que van ustedes a obtener respecto de la página que sea en comento.

Evidentemente entre sociedades afiliadas o de control común y de uso interno, pues es como decía David, entre corporaciones es muy difícil cumplir con la privacidad de datos personales.

Imagínense ustedes la iniciativa del senador García Torres, tiene una disposición en donde dice que no podemos transmitir esos datos a otra jurisdicción, que no tenga por lo menos los niveles de protecciones

similares, iguales, a los que esta ley establece. Nuestro socio principal es Estados Unidos.

En el caso Microsoft, bajo esa disposición, no podría compartir la nómina, que por cierto paga el corporativo. Sí podría, le tengo que buscar y le tengo que dar la vuelta.

Pero el fin de una ley es que verdaderamente proteja de manera sensata, sin estar buscando los hoyos y recovecos para poder cumplir con disposiciones tan sencillas como es compartir la nómina o cuántas ventas tuve este año o este mes en México.

Y finalmente, la relación de causahabiente que es muy similar a la relación de empleado o empleador y muchísimas otras que pudiéramos pensar.

Uso y revelaciones protegidos. Pues la protección de derechos de prevención de riesgos inminentes y cualquier otro caso previsto por ley estará excluida de los datos personales.

Si yo tengo el requerimiento de un Tribunal Judicial para revelar la información que me requiera, pues estaré obligado a hacerlo y eso evidentemente es una excepción a datos personales.

Aspectos de protección. Es el establecimiento y mantenimiento de salvaguardas mínimas de protección técnicas administrativas y físicas y eso sí lo podemos definir.

¡Oye tú! empresa que detentas una base datos, estas son las reglas de seguridad que tú vas a tener para salvaguardar precisamente esos datos personales. Y esto es mucho más fácil de definir que tratar de definir cómo voy a trabajar mi archivero o la información que tengo aquí que es datos personales y, evidentemente los criterios de precaución razonable.

Finalmente el acceso a la información que es la regla general por parte de los individuos a siempre tener acceso a la información que recabaste.

¡Oye!, el ejemplo que tenía Isabel, ¿tú, banco, cuánta información tienes mía? Porque yo nada más te di mi nombre, mi dirección y referencias crediticias, ¿pero qué otra información tienes?

– Bueno, sé que vas a comer a este restaurante tres veces al mes.

– Bueno, quiero saber y tengo el derecho de decirte que no quiero que la uses.

transparencia

5 Semana Nacional

2010



ifai

Esa premisa expresa, esa parte activa por parte del tenedor de los datos personales debe de seguir y se debe de cumplir.

El establecimiento de excepciones como el que comentábamos entre corporativos, entre Gobierno y el procedimiento accesible y sumario de resolución de controversias.

En vez de tener una autoridad, por qué no utilizamos eficientemente las agencias que ya tenemos. Yo creo que la agencia gubernamental *ad hoc* para esto precisamente sería PROFECO porque estamos hablando de actos de comercio, cómo es que estos comerciantes utilizan los datos personales. Te puedes ir por la vía administrativa, por PROFECO o si lo determinamos como un acto ilícito que lo debemos de hacer, tiene siempre la vía civil por parte de los tribunales.

PONENTE: Gustavo Adolfo Bello. Profesor jurista, Coordinador General para temas laborales. Comisión Federal de Mejora Regulatoria

Es un honor para mí participar en este foro y con una audiencia multidisciplinaria, lo cual enriquecerá el debate.

Yo creo que lo importante será, al final de las presentaciones, la parte sabrosa va a hacer cuando nos cuestionemos internamente qué estamos haciendo a este respecto en México.

También deseo señalar que mi participación es a título personal y que las opiniones y puntos de vista aquí presentados son de mi exclusiva responsabilidad y que no necesariamente coinciden con los de la Comisión Federal donde laboreo.

Mi exposición se llama “La diferencia entre lo dicho y lo hecho y cómo reconciliarlos, el valor de los datos personales”.

Cuando recibí la invitación por parte del IFAI para atender este foro. Yo dije, aquí hay, me están poniendo un gancho porque estamos hablando del valor de los datos personales y el valor de la intimidad o la privacidad.

Creo que es importante señalar, como ya lo dijo Isabel, que hay una diferencia importante entre privacidad, entre datos personales e intimidad, todos tienen puntos donde se concatenan y donde se traslanan, pero sí tenemos que ser muy decididos y tiene que ser la relación muy decidida en dónde termina uno y dónde termina el otro.

En mi opinión, la falta de protección efectiva a los datos personales se debe, en gran medida, a que todos los actores involucrados en México en la protección de los datos personales decimos una cosa y hacemos lo contrario.

Por ello propongo que con la definición de valor de los economistas, lo siento, mi baja cultural me determina, determinemos cuáles son actores involucrados en la protección de datos personales y veamos cómo valoran en el dicho y en el hecho ese bien que llamamos datos personales. Esto reconoce de forma implícita que al menos algunos de los datos personales son factores de la producción y distribución de bienes.

Al final tendré que revisar si todos los datos son, pueden ser factores de producción y distribución, especialmente cuando hablamos de datos sensibles, aquellos relacionados con la dignidad humana.

También es un objetivo de esta presentación demostrar que la eficiencia mercantil, como estaba señalando Isabel hace unos minutos, no debe aplastar de ninguna forma los derechos personales. Y eso intentaré presentar en esta exposición, demostrar que puede existir la eficiencia mercantil siempre y cuando esté sujeta a la dignidad y al respeto, a la dignidad de las personas.

También estoy cierto que una consonancia de lo dicho y lo hecho favorecerá una efectiva protección de datos personales y propongo por eso al final de esta presentación, una serie de factores para lograr esta consonancia.

Primero una definición de valor. Según los economistas neoclásicos, especialmente Alfred Marshall de finales del Siglo XIX, *el valor de un bien es equivalente al precio del mismo y este precio se define en el mercado, según la utilidad que dé a quienes lo demanden y los beneficios que produzca para quienes lo ofrezcan*.

Esta definición tan sencilla supone lo siguiente: Uno, que hay una oferta. Esto es, que haya una persona interesada en ofrecer sus datos personales.

Dos, que haya una demanda. Que haya alguien que requiere esos datos personales o que busca apropiarse de los datos personales utilizados de cierta forma.

Tres, que exista un mercado. Un merado no como lo conocemos típicamente o coloquialmente un lugar de *trading*, sino tiene que ser un lugar donde institucionalmente estén protegidas las transacciones.

También señala que este mercado debe ser capaz de lograr un acuerdo o equilibrio, que haya una oferta, igual una demanda a un precio definido entre todos los actores.

Esto que suena muy económico tiene que ver con todo lo que ya dijo Isabel y con lo que ya dijo David, es necesario un balance y también como toda transacción comercial debe de haber un consenso y un consentimiento para iniciar esta transacción comercial.

Implícitamente estamos diciendo, también, que los datos personales son un factor de producción, pero siempre y cuando haya un acuerdo de parte del que los tiene.

Veamos a los actores, oferente al sujeto de los datos, persona que se asocia un dato personal o físico o que puede ser asociado a él. –Se refiere a la gráfica–

Demandantes, los recolectores y procesadores de los datos personales. Y mercado, esto es lo importante, es un marco institucional que pueden ser reglas, autoridades, incentivos, tecnología, en el que se desarrolla el intercambio, en este caso de los datos personales.

La interacción es muy simple, los oferentes o sujetos de los datos rendirán sus datos si de esta transacción tienen más beneficios que costos.

Los demandantes solicitarán estos datos si tienen beneficios mayores a sus costos.

El mercado debe de asegurar que las transacciones se respeten y que cumplan ciertas características deseables, que yo creo que al final del día lo que podemos ir viendo en esta Mesa, que sean consentidas, acotadas, proporcionales, seguras, verificables, modificables, conscientes, verídicas.

Un punto importante consiste en señalar que dichos mercados existen y son exitosos para los sujetos y los recolectores de los datos, hay un número reducido de fraudes, vamos a platicar posiblemente en un momento de esos datos, y en los casos que existen hay mecanismos judiciales para atacarlos y perseguirlos, hay esquemas de compensación para los afectados y son mercados que a pesar de que tienen un elevado costo regulatorio, si no me equivoco, para el Reino Unido son casi 400 millones de euros al año, es capaz de generar grandes ganancias para las empresas que ellos participan y también para los sujetos que pueden acceder a financiamiento, pueden acceder a programas, etc.

Por ejemplo, en los Estados Unidos los ingresos reportados, las tres principales empresas recolectoras de datos en 2003 fueron de 2.5 billones de dólares para *Experien*, 950 millones de dólares para *TransUnion* y 1.3 billones de dólares para *Equifax*. Entonces, vemos que efectivamente existe un mercado.

¿Pero en qué radica el éxito de estos mercados? Uno, que existe un marco institucional que favorece la adecuada recolección, transmisión y tratamiento de los datos personales.

Que al permitir el flujo regulatorio de la información entre los diferentes agentes económicos autorizados los datos personales adquieren un valor monetario.

Que al adquirir un valor los datos dejan de considerarse como un bien público, con ello todos los actores cuidan aquello que tiene un valor en el mercado y buscan mantenerlos correctos y actualizados.

transparencia

5 Semana Nacional

2005



ifai

94

Un punto aquí que es muy importante para mí y yo creo que coincidirán ustedes conmigo, al final del día todo mundo cuida lo que tiene un valor, lo que no tiene un valor desgraciadamente se abusa de ello.

Pasemos al caso mexicano. En México existe una disonancia social respecto al valor de los datos personales. Si a ustedes les preguntan, yo hice un pequeño *sorry* que no era estadísticamente fiable, con los alumnos de la cátedra que doy en la Universidad Nacional, les pregunté: ¿Cuál es el valor de sus datos? Y el 85 por ciento de un grupo de 135 señaló que son invaluables.

Pero lo chistoso es que lo rinden fácilmente bajo la promesa de una contraprestación tal vez como cortesías, descuentos, download, programas de cliente frecuente y sin certidumbre de su buen uso, recordemos que en México existe un grave problema, los recolectores y procesadores dicen que son importantes para ellos los datos, son valiosos, la conformación, su tratamiento, su transmisión, pero vemos que no los mantiene apropiadamente.

Y finalmente vemos que el Estado nos señala que la protección a datos personales y la privacidad es una garantía constitucional, sin embargo, vemos que existe una inmensa laguna regulatoria en el tema.

Esta disonancia genera un círculo vicioso de la desprotección o protección de los datos personales.

Hay datos personales, se consideran que son bienes públicos, que tienen un valor cero, entonces los controladores no invierten adecuada manutención de los datos personales, entonces los sujetos no tienen incentivos para mantener veracidad en su información personal. Los sujetos no tienen incentivos para mantener no sólo eso, la inversión ahí mismo, sino también buscan mecanismos para allegarse de otros datos o dar datos falsos.

Esto es cierto con excepción de los datos que están en buró de crédito, y ahorita podremos hablar de ellos.

Algunos controladores, entonces, abusan de los sujetos para establecer, mantener o expandir sus bases de datos. Esto genera confianza nula entre los sujetos y los controladores de los datos personales, que vuelve a generar otra vez que los datos personales tengan un valor igual a cero.

¿Qué podemos hacer para eliminar esta disonancia, para que tengamos finalmente una consonancia entre los dichos y los hechos? Uno, que se reconozca que existen los datos personales con un valor, y que estemos dispuestos a protegerlo e incrementarlo.

Para ello necesitamos una Ley de Protección de Datos Personales que prevenga y elimine violaciones de garantías individuales con respecto a la privacidad. Ser muy tajantes en eso. Jamás el mercado debe de estar encima de la dignidad humana, y lo dice un economista del ITAM. Creo que si yo lo extremo, puede llegar a estos mecanismos, vamos, cualquier puede llegar.

También permitir que los datos tengan un valor económico. Esto incentiva su afectiva protección. Acordémonos, los incentivos son importantes. Si a mí me tiene un valor y me cuesta, yo lo voy a cuidar en la medida que esto tenga valor. Que se establezcan precisamente los derechos y las obligaciones de todos los involucrados, así como un árbitro con capacidad de sanción.

Que se asegure que el valor esperado de la sanción por haber incumplido una ley sea mayor que el valor esperado del premio por haber incumplido la sanción. Esto tiene que ver con probabilidad, y esto tiene que ver con qué tan buenos somos para ejercerle, pero es muy importante.

Si la ley es una compilación de buenos deseos no nos va a servir de mucho.

También que reconozca que la tecnológica avanza más rápido que la regulación. Por lo tanto, que permita la flexibilidad necesaria para promover la autorregulación buena, y que utilice la tecnología a su favor, reconociendo al factor tecnológico como uno de los motores en la protección de los datos personales.

Que compense por el mal uso de los datos personales. El caso, la semana pasada se dio en Estados Unidos, fue dramático, que un procesador de Master Card perdió 40 millones de cuentas ó 40 mil cuentas en un disquete.

Vamos, ahí debe de haber una compensación para todos aquellos que resulten afectados. Y eso debemos de promover en el marco regulatorio mexicano. Y asegurar que las transacciones cumplan con condiciones mínimas.

Estas condiciones, voy a mencionar algunas rápidamente, las bases de datos deben de ser procesadas justa y legalmente, los datos personales deben ser obtenidos para unos o varios propósitos definidos y legales. Y no pueden ser procesados de manera incompatible con estos propósitos originales.

Deben ser adecuados y no excesivos con relación a los propósitos definidos por los cuales son procesados.

Deben ser correctos, y cuando sea necesario actualizarlos. No deben mantenerse más allá de lo necesario por cumplir con los propósitos para los cuales fueron procesados, y no deben transferirse a quienes no los protejan con, al menos, la misma seguridad.

Eso es importante, no quiere decir que no sean transferidos a quien no tenga el marco regulatorio que tenemos, sino que no sean transferidos a alguien que sabemos que de hecho ocupará de manera diferente, o que no tendrá el mismo cuidado que en el cual nosotros estamos poniendo el estándar.

El controlador de los datos personales debe establecer y mantener las medidas técnicas y organizacionales adecuadas para evitar el procesamiento ilegal y no

autorizado de datos personales, así como para evitar pérdida, destrucción o daño accidental de los mismos.

Con esto me gustaría terminar mi exposición. Estoy seguro que la parte más interesante viene en las preguntas. Pero yo quisiera dejar dos ideas dentro de su cabeza, y yo creo que con esto promover el debate. Reconocer que no se cuida lo que no nos cuesta, lo que no tiene valor.

Y dos, que es importante que siempre sea una medida consensuada y consentida. Eso es importantísimo.

PONENTE: Comisionado. Horacio Aguilar Álvarez de Alba

Hago una brevíssima referencia a que en el centro de este debate está la persona humana y hablar de persona humana es una tautología o un pleonasmó, porque no hay personas humanas.

Y segundo, que aludiremos a los datos de estas personas, que no son las personas mismas sino son información respecto de estas personas. Es un poco si ponemos un foco frente a la persona humana y la proyectamos en una pared, la persona humana no es la proyección que vemos en la pared.

La proyección humana nos presentan una silueta de quién es esa persona, pero no es la persona misma. Es un poco una precisión.

Por tratarse de la cuestión propia del Instituto en el cual presto mis servicios, me parece importante mencionarles a ustedes que estamos en esta relación de el Gobierno frente al particular y este es un debate planteado hace mucho tiempo que se dice: Si la persona se debe al Estado, entendido como Gobierno, o el Estado-Gobierno se debe a la persona. Para terminar haciendo alguna referencia en relación al mercado.

Estamos en presencia de una amenaza tecnológica frecuente que puede limitar la vida privada y que cuestiona de alguna manera la privacidad e intimidad de las personas.

Tratándose de las agencias públicas, se habla de la *habeas data*, que es la posesión de datos atribuibles a las personas sujetas a la protección jurisdiccional. Y esto muy similar al procedimiento que tiene el sistema sajón del *habeas corpus*, de proteger la libertad física.

La intimidad, dice el maestro Juventino Castro, generalmente se sugiere asociada a casos que le

transparencia

5 Semana Nacional

2005



ifai

96

agraden o la atenta, es al mismo tiempo un derecho humano y un derecho personal al cual no se le pueden aplicar reglas patrimoniales, salvo su reparación en caso de ofensa o daño moral.

Los datos personales y los datos sensibles, constituyen la protección jurídica de la intimidad y la privacidad de las personas, incluso, por ello existen en la legislación conductas punibles como delitos, tales como la difamación y la calumnia.

Como se ha dicho, es al mismo tiempo un derecho humano y un derecho personal, derecho humano que se confronta o enfrenta ante la autoridad del Estado y un derecho personal que se ejerce *ergo monees* se opone a todas las personas que forman parte de una colectividad.

La privacidad es un concepto más amplio que la intimidad que la persona puede reservar. A continuación transcribimos el artículo Sexto constitucional.

Me parece importante hacer algunas reflexiones históricas sobre este artículo Sexto constitucional, pero sobre todo de su añadido que dice que el Estado garantizará el derecho a la información.

Nace en 1977 en el periodo presidencial del Presidente López Portillo y muy impulsada por su secretario de Gobernación, don Jesús Reyes Heroles y nace muy vinculada a la reforma electoral, he dicho en otras ocasiones y lo repito ahora, un poco contaminada con la reforma electoral.

Esta disposición se ubica en el capítulo de las garantías individuales de la Constitución. Tradicionalmente los estudiosos de la teoría de la Constitución dividen las partes de la misma en dos: La dogmática y la orgánica.

La orgánica que contiene los principios de organización de los poderes públicos del Estado y la dogmática que consigna derechos fundamentales que van evolucionando hacia derechos públicos subjetivos y en su tercera generación son verdaderas garantías constitucionales.

Los datos personales al igual que el derecho a la vida, por ejemplo, son derechos difusos en el texto constitucional, protegidos mediante el procedimiento jurídico constitucional establecido para su limitación o restricción por la autoridad pública competente. En los términos de las garantías de seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

¿Qué es persona? La antigua Grecia, a partir del concepto *prosopon*, que es la máscara que se utilizaba en el teatro griego, establecía que esta era la persona, era la persona más que presentar, representaba alguna situación.

Ya hacia el Siglo V de la era cristiana, Boecio la define como la sustancia individual de naturaleza racional, jurídicamente se considera que es todo ser susceptible de derechos y obligaciones. Y Hans Kelsen la define como el centro de imputación de derechos y obligaciones.

Esto nos lleva a hablar de la personalidad, que son los, y que trae como consecuencia los atributos de la misma y la capacidad; la personalidad es esa aptitud de la persona de ser sujeto de derechos y obligaciones y su capacidad es la posibilidad que esa persona por sí misma o a través de otro pueda modificar su entorno de derechos y obligaciones.

Pero tanto la personalidad como sus atributos vienen a establecer un cerco protector de la dignidad de la persona.

La persona tiene la dignidad y la posibilidad de asumir derechos y obligaciones que se conoce como personalidad y los atributos de la personalidad, entre otros son, y voy de un concepto más amplio a uno más restringido, la nacionalidad, el estado civil, el domicilio y el nombre.

Además de los atributos de la personalidad, las personas tenemos sentimientos, afectos, principios o tendencias que constituyen datos personales o datos sensibles. Estos datos personales o sensibles son, al mismo tiempo, derechos humanos o derechos de la persona.

Nuestra Ley, rápidamente, establece lo que se entiende por datos personales en la fracción segunda de nuestro artículo Tercero y, sí nada más llamo la atención en la redacción de esta disposición normativa que inicia mencionando, entre otras, y concluye diciendo, u otras análogas que afecten su intimidad.

El artículo 18 y subsecuentes establece cómo se hará la protección de la información confidencial a la que se refiere la fracción segunda del artículo Tercero y abre la posibilidad de que exista otro género de información con el carácter de confidencial que esté protegida por estas normativas establecidas en la ley.

Así el artículo 18 en su fracción primera así lo establece, lo regula de alguna forma el artículo 19 junto con el artículo 20 que ya es más de carácter procedural; el artículo 21 también hace referencia a ello, lo mismo que el artículo 22 y hasta el artículo 24 hay disposiciones en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información en materia de datos personales.

El Gobierno de un estado, de cualquiera de los ámbitos de gobierno, genera y recibe información de particulares que aludan a su privacidad de intimidad, los cuales no pueden ser revelados sin el consentimiento del titular.

Me parece que éste es un principio reiteradamente enunciado entre quienes me han precedido en el uso de la palabra.

Los datos, hasta aquí vamos viendo cómo está la regulación en nuestro sistema jurídico mexicano, hay una disposición, unas disposiciones en materia de protección de datos personales en la Ley de Acceso a la Información, pero también hay otras disposiciones aplicables al caso y son los datos personales o sensibles, hoy tienen una protección frente a los ataques por los particulares en los términos de los artículos 1816, 1816-bis y 1830 del Código Civil.

Hay una reciente referencia legislativa en materia de datos personales que se contienen en los artículos 16, 17, 18 y 18-bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor mediante reforma del 4 de febrero de 2004.

Inicié esta brevísimas reflexión con ustedes aludiendo a si la persona se debe al Estado o a la inversa. Ahora tenemos que plantearnos cuál es la correlación de la persona con el mercado y tratar de llegar a alguna suerte de definición, teniendo en mente que estos son derechos humanos oponibles frente a la acción del Estado, pero también derechos personales oponibles frente a otros particulares.

Y en ambos casos la solución jurídica para la restitución es diferente, aunque en ambos casos también en última instancia se puede tener en mente la reparación del daño por la vía patrimonial, tratándose de los agentes de gobierno a través de la responsabilidad patrimonial y tratándose de las entidades de carácter privada a través del manejo de esta información como si fuese un hecho ilícito en los términos del artículo 1830, en relación con el 1816 y 1816-bis del Código Civil Federal.

Por su paciencia y atención les quedo muy reconocido y agradecido damas y caballeros y quedamos a la orden de nuestro monitor para que nos indique la mecánica que habremos de seguir a continuación.

Presentador:

Considerando la lectura de las muchas preguntas que se están formulando y la inquietud del público y lo que ya decía Gustavo Adolfo creo que sería pertinente generar este debate interno de la Mesa, mismo que servirá, incluso, para responder las propias preguntas que se están generando en el auditorio.

Me permito ceder la palabra en el mismo orden que lo hicimos al principio a cada uno de nuestros ponentes.

Ponente: David Banisar. Especialista, analista y autoridad mundial en temas de acceso y confidencialidad, pertenece a la organización estadounidense Privacy International

Nada más quisiera hacer unos cuantos comentarios para discutir con ustedes y poder debatir un poco.

Creo que el primer tema y uno de los más fundamentales que se mencionó casi por todos tiene



que ver con el consentimiento y éste es un tema muy obvio en conceptual, pero no en la práctica, en la práctica es muy difícil.

Un amigo mío que inicialmente fue invitado aquí, pero desgraciadamente no pudo venir, el señor Gelman, solía al describir el debate de si se iba a adoptar la Ley de Privacidad Médica en Estados Unidos, la idea de consentir o morir, básicamente ese es el problema, porque uno puede tener consentimiento, pero si el consentimiento se basa en una coerción de que a uno se le niegue cierto servicio o beneficio debido a esto, a no dar el consentimiento, entonces realmente ya no es consentimiento, es simplemente una coerción en ese momento, pues los están obligando a acordar algo.

Así que debe de haber un reconocimiento, de que en muchos casos el consentimiento tiene que ser anulado por las políticas importantes y no en todas las áreas, pero en muchas sí.

De tal manera que si a uno no se le niega el servicio médico o algo por el estilo porque uno se niega a firmar un pedazo de papel o algunas otras áreas, pero bueno, esto después se relaciona al debate de *up in* y de *up out*, que también es obvio en la letra y difícil en la práctica.

Yo he practicado esto durante unos 15 años y cuando leo las notificaciones de *up in* se mueven mis ojitos y sinceramente considero pasar al campo de otro tipo de servicio, de agricultura o algo donde no tenga que leer ninguna otra nota de una compañía de “punto com”, porque son muy difíciles y como grupo de derechos humanos sinceramente pensamos que este tema se debe de basar más en *up in* que en *up out*, porque la mayoría de la gente es difícil de entender a qué están consintiendo.

Otro tema que surgió fue el de *over side*, es decir, esto es clave en el área de la información, también es clara en lo que es la protección de datos, la directiva requiere que todos los países tengan la ley de protección, que también tengan una condición de supervisión, así si debe de haber una comisión o dos, creo que es muy interesante.

Sí recomiendo que para las pequeñas jurisdicciones que le sea difícil darse el lujo de tener una entidad gubernamental adicional que quiera hacer la supervisión de esto, considere el tener una pequeña entidad, hay como 12 diferentes países que lo han hecho, incluyendo al Reino Unido, que es un país grande, pero también hay pequeños países como Estonia y Lituania, así se hace en muchos casos.

Pero la pregunta aquí es si el debate interno, si la privacidad o la libertad de información se deciden de cierta forma que sea razonable, pero que como es interno pues es algo difícil de decir.

Finalmente, este tipo de decisiones siempre llegan a que un ser humano lo decide de una manera u otra, o sea, no hay que tener un debate interno o externo, no sabemos si esto es mejor o peor, eso no lo sabemos, pero sé que en Canadá donde se tiene todo a nivel nacional, una división separada para acceso a la información y para privacidad, hace unos cuantos años el Comisionado de Privacidad era una persona, digamos, bastante interesante, por llamarlo de alguna manera, y finalmente lo sacaron porque estaba demasiado interesado en sus finanzas. Pero él luchó mucho con esta Comisión de Acceso a la Información, e hizo que este campo se sintiera un poco avergonzado.

O sea que a veces hay dificultad de manera institucional. Pues esto sucede en otros campos donde tienen dos diferentes instituciones con dos puntos de vista,

y si tienen personalidades muy fuertes puede ser quizá demasiado interesante la situación.

Finalmente el tema de si la ley debe de proteger únicamente a los registros o los expedientes a través de tecnología. Yo creo que éste es un serio problema.

Antes de la directriz de la Unión Europea, hubo una directriz de Consejo de Europa, que lo conforman 45 países, hasta Rusia y hasta el occidente, hasta Islandia. Por lo tanto es una entidad más fuerte que la Unión Europea, y tienen una convención, un tratado sobre privacidad que cubre nada más los registros electrónicos. Y con estos dos problemas, uno, que en primer lugar desalienta la creación de los registros electrónicos, y desde el punto de vista de la sociedad no es una muy buena idea que digamos.

Si quieren hacer algo sensible entonces lo esconden en un archivo en papel, que es algo negativo definitivamente si estamos tratando de pasar a un sistema más avanzado. Pero fundamentalmente hay un concepto real, la idea de que algo debe de protegerse únicamente si está en un formato en particular.

¿No deberíamos de estar de acuerdo de que si la información es sensible se debe de proteger, esté en formato electrónico, esté en un DVD o si es un video, o si es un pedazo de papel?

Así que desde la perspectiva fundamental la información se tiene que proteger y debe de protegerse esté en el formato en el que se encuentre.

Algo que se mencionó brevemente sobre Microsoft y las dificultades de transferir o transportar los flujos de datos, yo no sé si aquí se estaba especificando algo más concreto, pero quiero decir que estaba luchando Microsoft con el Gobierno español porque estaban recopilando información sobre los consumidores en España, estaba regresando a los Estados Unidos y después volvía otra vez a España. Y estaban violando las leyes de protección de datos española.

Así que aún las grandes corporaciones con grandes números de abogados y personal y todo esto, a veces tienen problemas con las reglas de protección de datos aún cuando ya estén muy bien establecidos como la Ley española que cuando menos ya tiene unos cinco, siete años ¿no? Desde el 92, ¡ah!, entonces ya es bastante vieja. Ya tiene 12 ó 13 años.

Así que los flujos de transporte de datos también es un tema que las corporaciones transnacionales todavía, obviamente tienen dificultades con esto, pero este es el gancho que le permite a la Unión Europa

resistirse a permitir que la información se mande a otros países del mundo.

Por ejemplo, uno quiere que la compañía recaude información sensible y la envíe a otro lugar, en donde quizás no está tan bien protegida y ésta es una manera de proteger esto. Así que ésta es la razón fundamental por la que se tiene una restricción sobre la transportación de flujos de datos.

Hablando desde el punto de vista práctico, aún si no se controla la información de manera remota a distancia hay dificultades prácticas. En el Reino Unido, por ejemplo, la semana pasada se descubrió que muchos bancos están enviando su información a la India, a los "call center" para recibir información sobre el consumidor, y el "call center" aparentemente está en la India y está vendiendo la información bancaria de todo mundo por, no sé, cuatro dólares o algo por el estilo. Y este es un problemita, porque hay una ley de protección del Reino Unido, pero el Comisionado no ha sido muy vigoroso para poder hacerla cumplir.

O sea que aún con una buena comisión no es tan fácil. Así es que eso es todo lo que tengo que decir.

PONENTE: Isabel Davara. Abogada y especialista en datos personales del despacho Davar & Davara de España

Lo que no me pueden negar ustedes es que está divertido el tema, y que tienen ustedes para estudiar y para aplicar en la práctica, si Dios quiere, muchos años.

Vuelvo a lo mismo, no es tan difícil, no se dejen engañar, una legislación en protección de datos no paraliza al comercio, no lo hace. Al contrario, es un valor añadido, las empresas tienen que verlo como un valor añadido a cada uno de nosotros.

¿Ustedes cómo van a estar más contentos? Con una empresa que trata bien sus datos o con una empresa que se lo vende a Estados Unidos todos los datos de cada uno de ustedes y ahí tratan el censo como el caso de *E-go*, hace un par de meses, tres meses.

No es tan difícil las legislaciones en protección de datos y yo estoy de acuerdo en la exposición de Mauricio Domingo ha sido brillante. Ustedes no son la Unión Europea, pero no son Estados Unidos tampoco.

Y aparte, en todo el globo terráqueo, resulta que en esta tendencia Estados Unidos es sólo Estados Unidos y el resto de los países del mundo parece ser más tendencia europea.

transparencia

Semana Nacional

2015



ifai

100

Canadá parece ser tendencia europea y está bien cerquita de Estados Unidos y además son bastante avanzados.

Coincido plenamente con Mauricio en que hay que llegar a un equilibrio, hay que tomar lo mejor de los dos mundos, entonces pueden ustedes aprender de nuestros errores, de los que llevamos más tiempo implantándolos y tomar sólo lo bueno.

Pero reitero lo mismo, con el consentimiento del titular de los datos, en una cláusula de recogida de los datos como Mauricio apuntaba, se puede hacer todo lo que el titular de los datos consienta, y seamos sinceros, cuando a nosotros nos están pidiendo los datos para concedernos una hipoteca, no sólo vamos a dar nuestros datos, yo les doy los de Mauricio si quieren, para que me den la hipoteca.

O sea, es absolutamente sencillo cumplir con la protección de datos, pero cumplan, infórmense, y en eso vuelvo a estar de acuerdo con Mauricio aunque parezca que no.

Digo, para mí si consiguen descubrir cuál es mi hobby y me hacen una oferta muy buena, yo estoy contenta, pero déjenme decidir a mí, evítense paternalismos, fuera los paternalismos ¡Por favor! Señores del Banco Santander, no decidan en qué me van a beneficiar, déjenme que sea yo quien resuelva qué es lo que me va a beneficiar.

Digo, en protección de datos el que decido soy yo y luego ustedes hacen lo que yo les deje hacer, si no les importa. Claro, con excepciones al tratamiento de los datos.

Cuando estamos hablando de una relación contractual, laboral, administrativa como la que estaba planteando el señor Domingo, hay una excepción.

Si yo trabajo en Microsoft, esos datos pueden salir donde sea como excepción de la relación laboral, excepción al consentimiento, no es que puedan hacer lo que quieran, es que yo excepciono.

Porque ¿qué pasa? Que la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental, está por encima de todo lo demás.

Y eso me lleva a pensar, me llegan y me dicen: es que es muy difícil saber que es dato de carácter personal, cómo vamos a poder regular todo.

Pues vuelvo a lo mismo de los paternalismos, miren. Yo les decía del micrófono, pero resulta que este vaso en el que yo estuve bebiendo se ha convertido en dato de carácter personal, y me van a decir todos los de la Mesa ¡qué exagerada!

¡Claro!, así no vamos a poder funcionar en los negocios y ¿por qué el dato de carácter personal? Pues ¿saben por qué?, porque si yo fuera susceptible de un delito, probablemente utilizarían ese dato para ver mi ADN, jah!, entonces el ADN ya es más importante que mi persona, ¿no?, porque claro, vamos a la denominación de datos sensibles y siempre hablan de religión, ideología y creencias.

Y les voy a decir una cosa: para mí es más sensible mi peso que mi religión. Y mi peso no está protegido.

Así que dejemos de hablar de sensibilidades por cada uno de ustedes, yo les puedo decir que soy católica y no tengo ningún problema, no les voy a decir cuánto peso.

Desde luego que es absolutamente necesaria una autoridad que regule la protección de datos, tiene que ser una autoridad independiente, que no dependa de ningún poder, porque si depende de algún poder, quién controla los archivos de ese poder.

Con esto les quiero llegar a decir que no se puede ver la protección de datos como un límite o un obstáculo a la transparencia, es un complemento a la transparencia.

No tiene nada que ver con el que da los datos, o el órgano público vaya a quitarme información pública, o sea, menos transparencia. Son dos cosas diferentes. No tengo por qué conocer cuáles son los datos personales incluidos en una sentencia. Yo quiero saber el fondo de la sentencia, si fue uno u otro quien cometió ese delito, ese supuesto delito. No tiene nada que ver.

Ponente: Mauricio Domingo Donovan. Abogado y Director Jurídico de Microsoft en México

Esta ideología romántica de tratar de regular para resolver problemas no nos ha llevado a ningún lugar en los últimos 30 años.

El pensar que la regulación de los datos personales va a resolver todos los problemas de robo de identidad, todos los problemas de *Spam*, todos los problemas habidos y por haber, es tanto como decretar temporada de lluvias para eliminar las manifestaciones.

No es cierto, no existe y por el contrario en nuestra realidad mexicana sí nos puede afectar gravemente. No tenemos el avance tecnológico que tiene Europa, la brecha digital con Europa es de 10 años; la brecha digital con Estados Unidos y Canadá es de 25 años.

Entonces, nuestra realidad es otra. Ojalá y esa brecha digital la podamos reducir muy rápidamente en dos o tres años, ojalá, y entonces tendremos otra realidad.

Yo les quiero decir seis cosas muy sucintamente. Sí hay que regular, pero hay que matizar cómo se regula, siempre tomando en cuenta la realidad mexicana, hay que confrontar el tema de consentimiento y no hay que buscar radicalismos, creo que es necesario tener un sistema mixto en donde el acto de comercio normal sea *out down* todo lo demás sea óptimo.

La autoridad, la autoridad es un tema muy interesante y pónganse ustedes en la realidad mexicana, pónganse ustedes en el contexto que vivimos en México hoy día.

¿Quién va a observar al que observa? Tenemos el caso del IFE, toda nuestra información se vendió. ¿Quién observa a quien nos va a observar a nosotros?

El tema de emisión de datos transfronterizo es un tema, precisamente David lejos de dejarme en ridículo confirmó mi punto. Nosotros reportamos al corporativo para que el corporativo, que es donde están los desarrolladores decidan qué producto lanzar y qué producto no lanzar.

En la medida que nosotros vamos mejorando nuestros productos informáticos, pues es en base a la retroalimentación que tenemos no solamente la gente de Estados Unidos, sino alrededor del mundo. Y cabe señalar que esa multa específica fue para determinar si valía la pena hacer una versión de *Office* en catalán.

¿A quién hubiera beneficiado? A los catalanes.

De igual forma que estamos tratando de definir si vamos a hacer una versión de *Office* en Náhuatl. Para poder definir eso y salir a invertir millones de dólares en investigación y desarrollo pues tenemos que tener información de campo.

Y finalmente mencionar nada más la legislación interna que el señor Comisionado mencionó. Fíjense, todas las cosas que tenemos que protegen, no necesariamente datos personales, pero cosas inherentes a ella, la confidencialidad.

Hay disposiciones de confidencialidad en diversas leyes, el daño moral en el artículo 1916 derivado de un acto ilícito, el daño que me causas de forma directa inmediata, la difamación y la calumnia son conductas ya tipificadas, etcétera.

Hay que matizar, estoy de acuerdo que hay que regular, es un tema importante pero hay que matizarlo.

Y finalmente les quiero decir una cosa también en nuestra realidad mexicana, ¿cuántos datos personales verdaderamente se obtienen a través de la tecnología?

Ustedes van a un centro comercial el día de mañana y van a llenar una formita a mano, no en computadora, y es más, todavía existe precisamente por la brecha digital y por todos los riesgos informáticos que hay la resistencia en México de no llenar ningún tipo de forma en línea, prefiero hacerlo por escrito, por correo, por alguna otra manera.

No es regulado por bases de datos, de *Software*, intangibles que reciben en main frame de los bancos o de los call center de las grandes compañías.

transparencia
Semana Nacional
2015



ifai

Es todo, lo que tú me puedes decir en una entrevista, lo que yo te puedo sacar en una encuesta, etcétera.

Ponente: Gustavo Adolfo Bello. Profesor jurista, Coordinador General para temas laborales. Comisión Federal de Mejora Regulatoria

Yo creo que lo mejor es leer sus preguntas, creo que de ahí podemos sacar mejor utilidad para el debate.

Creo que todos coincidimos en tres cosas: consenso, oversight y los datos personales, no todos pueden ser un factor de producción.

Una idea que yo creo que podría recapitular muy bien lo que hemos dicho varios de nosotros en el transcurso de la Mesa, es que para los griegos la libertad consistía en el derecho de participar en la vida pública.

Y para los modernos, consiste en el derecho de refugiarse en la vida privada sin ser molestado por nadie.

Pero también ese derecho de quedarme recluido puede implicarnos racismo y depende de cada uno a dónde quiera llegar.

Una cuestión que también me llamaba la atención en una discusión que tuve justo respecto al mismo tema, es que decían que el derecho de la privacidad es un derecho irrenunciable.

A mí no me parece así, me parece que al final del día hay gente que decide hacer público lo privado y lo íntimo, eso es una decisión de cada uno, pero lo importante aquí es que debe ser una decisión de cada uno.

Y dos, la otra cuestión, importante, es nada más recapaciten en qué país estamos, en el cual no tenemos todavía una protección, donde cualquiera pueden utilizar nuestros datos de la forma casi, casi como se les antoje, es impresionante que recibamos llamadas todavía a las ocho de la mañana del sábado, por parte de la empresa más importante de comunicaciones del país diciéndonos si queremos un servicio o no; o es primordial ver que yo por obtener una hamburguesa gratuita en alguno de estos centros rápidos de comida doy mis datos y yo no sé qué va a suceder con mis datos, no hay una manera, no hay un tratamiento, estamos en la peor indefensión de todas.

Y yo creo que el debate y muy atinado por parte del IFAI es justamente generar esas condiciones, a ver hacia a dónde nos tenemos que mover y a la máxima brevedad.

Ponente: Horacio Aguilar Álvarez de Alba. Comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública

Bueno, en beneficio de la brevedad y toda vez que somos una institución democrática acogiendo la propuesta del maestro Bello, en un momento vamos a dar paso a las preguntas formuladas por ustedes, yo nada más quisiera hacer una brevíssima intervención para mencionar que efectivamente no están contrapuestos el acceso a la información y datos personales, sino que vienen a ser de alguna forma las dos caras de una moneda.

Y el artículo Sexto constitucional con su agregado, que se ubica en la libre expresión de las ideas, establece el límite a la libre expresión de las ideas y por su ubicación tiene límites al derecho de acceso a la información, que son el orden público y los derechos de terceros, que en este caso los derechos de tercero son los datos personales, en tanto que el orden público es la información considerada por ley como reservada, donde a diferencia de los datos personales no abre la oportunidad a otros similares o análogos, sino que son números cerrados en los artículos 13 y 14 de nuestra Ley.

Sí me parece muy pertinente mencionar que son dos calzadas diferentes la información que tiene el Gobierno de los particulares, el *habeas data* y en el cual se debe de proteger mediante acciones más o menos sumarias y el procedimiento está establecido en la Ley.

Y separar del tema de los particulares, y aquí es donde me parece que se está centrando el debate y es algo que va a ocurrir, aunque ya ha ocurrido algo, hoy lo que ya tenemos es protección de datos personales en posesión o administración del Gobierno.

Revisar de acuerdo a nuestra tradición jurídico-civilística a la que aludió don Mauricio, el objeto de un acto jurídico dice el Código Civil debe existir en la naturaleza y reconocido en el comercio.

Esta parte es importante ¿para qué? Como yo empecé mi modesta intervención diciendo: hemos logrado armonizar la correlación de la persona con el Estado, debemos de trabajar en armonizar la correlación entre el mercado y la persona.

Parece ser que aquí estamos en el “TOCUSA”, todos unidos contra los Estados Unidos, pero México es experto en mestizajes jurídicos; fíjense ustedes, tuvo un mestizaje jurídico en 1521 con el Virreinato, de donde nació todo el derecho novohispano indiano que es de una gran riqueza en nuestro país.

Luego tuvo otro mestizaje en 1824 cuando asumimos el Federalismo.

Y un tercer mestizaje jurídico que estamos presenciando sus efectos, es en 1994 con la firma del Tratado de Libre Comercio, en este mestizaje jurídico en el que somos expertos los mexicanos, debemos de ir caminando en la recepción del derecho, en asumir el derecho y en asimilar ese derecho ya mezclado.

Simplemente pensemos tratándose de información

que le damos al Gobierno, si vamos a obtener un pasaporte nos preguntas color de pelo, a mí ya no me pueden preguntar eso, porque ya no tengo pelo, pero hay algunos que podrían decir tornasol, porque un día lo traen verde, otro día amarillo, otro día azul, etc.

Nos piden estatura y a veces nos piden peso, el peso hoy con los regímenes para reducir, pues lo podríamos escribir como fluctuante, ¿verdad?

Dichas estas cuestiones yo creo que pasamos a las preguntas.

Presentador:

Temáticamente obtuvimos algunos rubros de la gran cantidad de preguntas que se hicieron, destaca la preocupación de muchos servidores públicos respecto de la protección de sus datos personales que en virtud del estatuto que como servidores públicos tienen, ¿qué pasa con esos datos personales en relación, ya sea su declaración patrimonial, a su sueldo en las páginas de internet, a su fotografía, a sus datos curriculares?

En segundo lugar destaca ¿si la autoridad garante del derecho de acceso a la información debe ser la más indicada para proteger los datos personales, como es el caso de la Ley Federal de Transparencia?, así lo establece. O bien, se requiere, como lo propone la iniciativa del senador García Torres, una autoridad garante o protectora de los datos personales distinta a la del acceso a la información.

En tercer lugar destaca la preocupación sobre las bases de datos con que cuentan principalmente los bancos, y en la parte en la que se refiere al envío de estas bases de datos de cuentahabientes morosos, y que esta base de datos se pasa al buró de crédito o bien a bufetes de abogados para su cobranza.

En este sentido serían los tres grandes rubros que se han generado en estas preguntas. Así que quien desee responder en esta Mesa.

PONENTE: Isabel Davara. Abogada y especialista en datos personales del despacho Davar & Davara de España

Lo de los datos de los servidores públicos, siguen siendo titulares de los datos como lo está diciendo, pero tienen que ceder en alguno de ellos.

transparencia

5 Semana Nacional

2005



ifai

¿Qué pasa? Como estaba diciendo antes también Mauricio, frontera, conceptos difusos, lagunas, lo que ustedes quieran. Por ejemplo, la declaración patrimonial que tanto les preocupa a ustedes, a mí también me preocuparía. Yo entiendo que como servidores nosotros tenemos derecho a conocer su sueldo, porque se lo pagamos nosotros. Al fin y al cabo somos sus empleadores. Pero de ahí no pasa que yo tenga que conocer su declaración patrimonial en el que haya datos de su cónyuge, de sus hijos, de a dónde van al colegio. Estos datos ni siquiera son tuyos, con lo cual ni siquiera pueden cederlos. Así que eso queda claro, ustedes también siguen siendo personas, a pesar de que son servidores.

El segundo de los casos. Claro que es necesaria mi opinión, y aquí entiendo perfectamente que ustedes conocen más la realidad mexicana y que puedo herir susceptibilidades. No sé si independiente del IFAI, un órgano que no sea IFAI, lo que sé es que tiene que haber un órgano de control independiente. Si es dentro del IFAI que haya un departamento que únicamente se dedique a esto. Es lo que ustedes quieran.

Ahí no me voy a meter para que no se metan ustedes conmigo a la vez. Pero tiene que ser independiente, no puede depender de nadie.

Y además les digo una cosa que no les dije antes. No se olviden de las sanciones, no las pongan tan altas como nosotros en España, porque cada sanción son 600 mil euros de multa, 600 mil. ¡Imagínense!

Pero también les digo que en Polonia y en Francia hay pena de cárcel, así que el Comisionado que decida si prefiere pagar 600 mil o ir a la cárcel. Digo, quien sea el responsable, no sería el Comisionado, lo que fuera. Pero no porque no lo pagaría usted, lo pagaría IFAI. Digo, qué prefiere o que lo pague IFAI o ir yo a la cárcel. Bueno, vean ustedes.

Pero no se olviden que somos países de un cierto entorno cultural, y aquí sí me voy a permitir añadirme, como dice mi marido: Qué pena que no les conquistaron los vikingos en vez de nosotros, porque les iría mejor. Pero como fuimos nosotros, pues les digo en países de nuestro entorno es imprescindible tener sanciones.

Canadá es un país muy civilizado. Nosotros no somos tanto. A lo mejor un poco más divertido, pero no civilizado. Entonces pongan sanciones, porque si no hay sanciones no cumplimos. Eso les digo yo desde el punto de vista español.

Y el tercero, de los burós de crédito. Yo sé que eso duele mucho lo del buró de crédito, porque me van a poner en el registro de morosos y ya no me van a dar el crédito para la lavadora. Pero también les digo que es una excepción al consentimiento en beneficio del tráfico mercantil en todas las legislaciones. Es necesario, es imprescindible, porque les voy a decir una cosa, no sé si a lo mejor les va a sonar raro o es que yo soy muy desconfiada. Las entidades financieras no van a perder dinero. Si las entidades financieras no pueden tratar nuestros datos de demora o de deuda, van a subir inmediatamente los intereses a todos, a los que somos buenos pagadores y a los que no.

Entonces, por aquello de que no paguen justos por pecadores, hay esta excepción al tráfico mercantil en la que los datos se pueden tratar por los burós de crédito.

Vuelvo a lo mismo, ahora los burós de crédito pueden hacer cualquier cosa porque ustedes no tienen ley, el día que la tengan los burós de crédito que además han sido los datos que el profesor ha dado o sólo dado en los burós de crédito de Experien, de TransUnion y de Equifax, son todos buró de crédito porque ganan un dineral con nuestros datos.

Entonces, si ganan un dineral con nuestros datos, que tengan una legislación para tratarlos, ¿no les parece? Pero que los traten porque nos viene bien para que no paguen los demás, dentro de una regulación.

Sólo como dato, cuando empezó a surgir la Agencia de Protección de Datos en España, el 70 por ciento de su presupuesto lo pagaban los burós de créditos.

Ponente: Mauricio Domingo Donovan. Abogado y Director Jurídico de Microsoft en México.

Bueno, Isabel no me dejó mucho que decir en cuanto a los datos personales de los servidores públicos, coincido totalmente.

En cuanto a la autoridad de datos personales, fue un tema que sinceramente creo que no estamos preparados para tener una autoridad que regule esa relación de coordinación, ese flujo de datos entre particulares, entre supras o subordinación, reitero, hace mucho sentido. Entre coordinación creo que se complica un poquito más.

Y bueno, totalmente de acuerdo con la base de datos en los bancos, mi especialidad no es financiera, así que si alguien en la Mesa me corrige no me voy a sentir mal, pero según yo, en recientes reformas al Código Financiero y a la Legislación bancaria, se reguló el buró de crédito y la información que puede dar a terceros.

Y nada más reiterar, el hecho de que el banco le dé esa información al buró de crédito o a sus abogados, deriva de un acto jurídico previo que es la firma de algún tipo de crédito, sea de tarjeta o hipotecario, que excluye por supuesto eso como un dato personal.

Ponente: Gustavo Adolfo Bello. Profesor jurista, Coordinador General para temas laborales. Comisión Federal de Mejora Regulatoria

Es cierto, es curioso, pero los datos que están mejor protegidos son los datos de quienes tienen más dinero. ¿Qué quiere decir esto?

Al final del día son usuarios, vamos a llamarles sofisticados, los bancos, etc., tienen o han establecidos mecanismos para proteger y disminuir el riesgo y han sido tan cuidadosos en esta etapa que primero lo regularon de manera, vamos a llamarle motu proprio.

Esto quiere decir: yo lo hice porque se me antojaba, quería tener estos datos, ya tengo conocimiento del

cliente, pero también al mismo tiempo me daba cuenta que esto me iba a beneficiar.

Sin embargo, en México empezaron a haber irregularidades, les voy a poner un ejemplo. Había un banco "A" para el cual yo era cuentahabiente y entonces a mí me pagaban en nómina. Yo ahí tenía mi cuenta de crédito, yo ahí tenía también mi crédito hipotecario y se daban cuenta cuánto ganaba, se daban cuenta cuánto gastaba, se daban cuenta que era un muy buen pagador de mis créditos.

Y entonces, lo que empezó a hacer este banco "A" es que me boletinó a mí en el buró de crédito, ¿por qué? Porque lo que hizo es que le cerró la puerta a los otros que podían legítimamente ofrecerme créditos y entonces el único que se iba a arriesgar a darme crédito iba a ser definitivamente el banco "A", que me conocía y que curiosamente me había vetado o que me había dado una bandera roja en el buró de crédito.

Eso se modificó, eso se cambió, ya hay una reforma, hay una ley, Ley para Regular la Sociedad de Información Crediticia publicada el 15 de enero de 2002 y que ya tiene también unas reformas, creo que del año pasado.

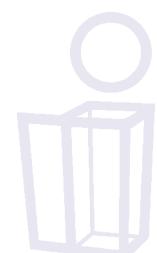
Que lo que están haciendo al final del día es que están intentando hacer más expedito y más seguro este crédito.

Pero ojalá este tipo también de protección que tenemos en el sistema financiero, se pueda ampliar, se pueda mejorar y se pueda expandir a otros sectores de la economía.

A mí lo que me preocupa también es que en algún momento dado, ¿cómo es posible que una tienda departamental me ofrezca de pronto de la noche a la mañana un crédito por 135 mil pesos y que me lo mande por correo a mi casa?, es impresionante.

Eso se debe de evitar, ¿por qué? Porque lo que está sucediendo es que llega un cartero o alguien, equis, abre ese sobre y se da cuenta que tengo una capacidad de endeudamiento de 135 mil pesos, por decir lo menos.

Entonces, ese tipo de cosas que están sucediendo actualmente, están sucediendo en los sectores menos protegidos de la economía y también están sucediendo en otros sectores que están avanzados tecnológicamente, pero como tenemos el problema que la regulación es menos dinámica que la tecnología, queremos someter la tecnología a lo que no podemos.



La experiencia internacional es muy evidente, tenemos que tener mecanismos flexibles que permitan a la autoridad reaccionar rápidamente a esto.

Ponente: Horacio Aguilar Álvarez de Alba. Comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública

Me parece que yo podría hacer alguna aportación.

Primero. En cuanto a los datos de los servidores públicos. Tenemos que considerar que los servidores públicos también son personas y tienen datos personales y están protegidos en los términos de la fracción segunda del artículo Tercero.

Pero también existen las obligaciones de transparencia previstas en el artículo Séptimo, donde aparecerá un servidor público, qué grado, qué puesto ocupa, cuánto gana, sus prestaciones en términos brutos y en términos netos y eso, pues hombre, es un derecho que tiene la ciudadanía a conocer cuánto les costamos los servidores públicos.

En cuanto a los datos personales, pues éstos sí que están protegidos. Por ejemplo, lo que no está dicho que se debe de mencionar es en qué gastan los servidores públicos, porque en el momento en que la remuneración ingresa a su patrimonio, en ese momento entra bajo protección patrimonial a la que alude el artículo Tercero.

Una de las cosas que no se va a poder decir, en este caso, es si hay una deducción por concepto de una pensión alimenticia, porque eso deriva de una situación relacional protegida por la vida privada y la vida íntima que no es motivo de acceso a la información pública.

Otro caso que por ejemplo hemos discutido, equis servidor público nos dice en su acta de nacimiento que tiene sexo masculino. Después en su acta de matrimonio que está casado, pero no aporta nada en relación a sus tendencias sexuales, esas están protegidas; porque puede estar perfectamente casado pero tener otras tendencias sexuales, independientemente de su estado matrimonial.

Se ha preguntado en alguna ocasión al Instituto, militancia partidista; en el caso de su servidor yo he manifestado que soy panista. Antes ser panista era pecado, hoy es desgracia, ¿pero eso significa que al decir que soy panista quiere decir que esas son mis convicciones políticas?

No, yo puedo hacer una objeción de conciencia respecto del instituto político al que pertenezco y decirles: Señores estoy de acuerdo en la parte dogmática o doctrinaria, ya la parte de cómo la estamos ejecutando yo ya tengo mis ideas muy personales. Por lo tanto ahí vemos esta situación.

El IFAI, como una entidad para proteger los datos personales lo tiene que hacer ahora, pero respecto de los datos personales que obran en los archivos de la Administración Pública Federal, los demás no nos competen, nos quieren dar esa tarea porque consideran que hemos cumplido razonablemente con el encargo, necesitaríamos muchos más recursos y recursos públicos.

Esa parte ni la compramos como cheque en blanco ni tampoco la rechazamos. Nosotros estamos aquí para cumplir la ley. Si la ley nos dice ahora tienes que hacer esto, pero mañana tienes que hacer esto otro más, tendremos que buscar la manera cómo cumplir con esas disposiciones.

Ponente: David Banisar. Especialista, analista y autoridad mundial en temas de acceso y confidencialidad, pertenece a la organización estadounidense Privacy International

Sólo quisiera hablar más sobre el asunto de empleados públicos, servidores públicos.

Se debe reconocer que hay diferentes niveles de servidores públicos y en parte esto debe determinar qué se reconoce. Muchos tribunales, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y también la Suprema Corte estadounidense reconoce, así también los tribunales constitucionales húngaro y alemán, es que obviamente los servidores públicos tienen menos expectativas sobre la privacidad que el ciudadano común y corriente.

Hay que determinar si se trata de funcionarios electos de alto nivel o nombrados por alguien, versus alguien que esté en un trabajo como servidor civil más tradicional, hay que determinar esto. Entonces, tenemos que ver los diferentes tipos de asuntos, tenemos cosas como si alguna persona es identificada por su nombre en su puesto, esto es muy común, estas son cosas que no se consideran como datos personales.

Pero otras cosas, como por ejemplo información biográfica, es decir, si las calificaciones profesionales y educativas de la persona para ese puesto también deben de estar disponibles. Esto no se ha decidido si es absolutamente necesario.

Por otro lado si los candidatos para puestos públicos electos, si toda esta información se debe hacer pública. A veces se hace pública y a veces no.

Por ejemplo en la Unión Europea cuando estaban teniendo las discusiones para decidir quién iba a ser el Director de Protección de Datos, entonces tuvieron mucha información que manejaban, que ni siquiera se podía dar a conocer a otros países, dijeron éstos son los candidatos, pero cuando las cosas se dificultan tenemos que ver entonces cuándo estamos hablando más de la persona, el salario, beneficios, prestaciones, bonos, aguinaldos, desempeño, es ahí donde esto es cada vez más privado.

Y hablamos de cosas, por ejemplo, como si hay alguna forma para revelar esta información, si se tiene que firmar, si esto constituye algún conflicto de interés potencial en relación con las familias también usualmente para funcionarios de mayor nivel, si se da a conocer públicamente, no para los de bajo nivel, se trata de una escala sobre la relevación de esta información.

No podemos decir sí o no en esta pregunta, depende del contexto quién es el servidor público y qué trabajo tiene.