

HACIA LA URGENTE REGULACIÓN OMNICOMPRESIVA DE LOS DATOS PERSONALES EN MÉXICO

Francisco Javier ACUÑA

Agradezco a Lina Ornelas, a quien reconozco por el trabajo que ha venido haciendo desde el IFAI para defender la causa de la protección de los datos personales dentro del enorme aparato del gobierno federal.

Concretamente, a Lina Ornelas se debe, en buena parte, que se reconociera en el seno del propio IFAI la necesidad y la obligación que conforme a Ley Federal de Transparencia tiene éste de velar en paralelo por el desarrollo de las dos cuestiones básicas de órgano regulador independiente del acceso a la información pública: la transparencia de la gestión pública y la protección de datos personales.

No creo que sea un exceso de mi parte —como simple analista externo— reconocer que el trabajo de Lina Ornelas ha sido decisivo para que el Pleno del IFAI, los cinco comisionados que lo integraban al principio, se percataran y luego aceptaran en consenso dar un sí al tema de los datos personales; ese fue un proceso lento y no exento de vacilaciones de algunos de los comisionados, a quienes, escépticos o quizá indolentes, el asunto no les representaba mayor importancia. Durante largos meses, la cuestión de las obligaciones del IFAI en materia de protección de los datos personales estuvo relegada, prácticamente arrinconada, junto con el tema de los archivos públicos; el tema de los datos personales era como un paquete estorboso y cerrado que no convenía ni mover.

Desde el principio he reprochado al Pleno del IFAI su desdén por el asunto de la protección de los datos personales en contraste con su decidido interés por atender en prioritario las cuestiones relacionadas con las modalidades del acceso a la información pública. Los comisionados del IFAI se volcaron a la atención de los procedimientos que exige la lógica de la apertura informativa aplicada a la actividad gubernativa, en cuanto cumpla con las exigencias de las obligaciones mínimas de transparencia,

la clasificación y la desclasificación de la información. La fascinación por la apertura informativa fue y es un hecho evidente; en cambio, hacia el tema de la protección de los datos personales que guarda y trata el gobierno, hubo y hay cada vez menos desprecio interesado. Uno de los más grandes errores que habrá que reprochar al Pleno del IFAI fue la desaparición de la Dirección General de Datos Personales, precisamente para que esa función fuese competencia de la Dirección General de Clasificación de la Información Pública, por lo que esa decisión manifiesta en sí misma la confirmación de mi inferencia sobre el grado de importancia que se le dio al tema, aunada a la tardanza en emitir los lineamientos sobre datos personales.

Pero es justo reconocer que ahora se vislumbra un nuevo auge del tema sin el tiento, la excesiva cautela, para ir en una ruta progresiva de una materia tan delicada; celebro aquí esta nueva actitud del IFAI por ser un buen precedente, porque el asunto ya ha adquirido la relevancia que merece.

Hago votos por que ahora se considere impulsar una ley general, una ley de protección de datos personales para México, dejando atrás esos momentos anteriores, y que se recobren las fuerzas y los esfuerzos sostenidos en un principio, quizá abrumados por el tema del acceso a la información y la transparencia. Los legisladores y actores políticos que impulsaron el tema de los datos personales a la par, privilegiaron el acceso a la información pública y la transparencia de la gestión pública, que desde luego es un asunto de primera entidad pero, hay que decirlo, despreciaron, o por lo menos cautelosamente dejaron para después, el asunto de la protección del derecho a la intimidad, del derecho al honor y a la propia imagen de las personas, que tiene que ver con el asunto de la protección de la vida privada y de los datos personales en México, y eso que se habían dado ya acontecimientos lamentables como el caso penoso del Choice Point, en el que la base de datos de todos los mexicanos fue vendida por unos mercenarios a la empresa estadounidense Choice Point.

Entre los hoyos negros del firmamento estatal, o sea, los boquetes del Estado de derecho que pretendidamente quisiéramos todos tener, la cuestión del debido tratamiento general de los datos personales es uno de ellos; el otro tiene que ver con la desregulación de ciertas materias troncales: me refiero al tema de los archivos públicos, del que hablara la doctora Patricia Galeana.

La desregulación coloca al ciudadano al nivel de la intemperie, es decir, la precariedad del ciudadano; la vulnerabilidad en que se encuentra el ciudadano promedio, ese eufemismo que más que un elemento de homogeneización en positivo, en el caso de los países emergentes refleja al ciudadano de a pie, pero precisamente al ciudadano casi afuera del Estado, colocado o expulsado en la periferia del Estado, es decir, ajeno al beneficio del cobertizo del Estado, si por Estado entendemos esos mínimos, seguros y estables, que debe garantizar la organización estatal para convivir en democracia; de tal suerte, debo reconocer que hace unos días tuvimos la oportunidad de asistir al Congreso Internacional de Protección de Datos Personales que se realizó en la ciudad de México, auspiciado por el IFAI, en lo que, a partir de ese momento, consideré como la prueba indubitable que evidencia su voluntad, ahora sí, de impulsar el tema de los datos personales y con los antecedentes que Lina Ornelas expuso de parte del IFAI.

En los anteriores eventos, como los que se llevaron a cabo en Antigua, Guatemala, en Cartagena de Indias, en La Paz, Bolivia y en San José de la Sierra, se refrendaron los principios del consentimiento de los titulares de los datos personales recolectados tanto por el Estado, a través de sus instituciones públicas, como por los controladores —bancos de datos privados— de un sector privado cada vez más amplio e influyente por el efecto de la “despublicación”, o lo que se llama habilitación progresiva a los ciudadanos para participar cada vez más en ámbitos que en el pasado correspondían al Estado y sólo a la organización estatal representada por las autoridades públicas.

En consecuencia, los principios que tienen que ver con la seguridad, la calidad de datos, la proporcionalidad, que es un elemento que viene a equilibrar el por qué o el para qué, es decir la pertinencia de guardar o no la información confidencial, de cuidar los datos sensibles, los datos que revelan las situaciones más delicadas del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos que viven en democracia y, por su puesto, al final de ello, asegurar un control independiente, es decir, una agencia especializada que se encargue de llevar la tutela básica del uso adecuado y destino de esos datos personales.

En México nos encontramos en un momento crucial desde 2002, año en que se presentó una iniciativa de ley, la del senador Antonio García Torres, del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que es una inicia-

tiva basada —casi una copia— en la Ley de Protección de Datos Personales de 1992 que se abrogó en España en 1999; esa iniciativa, sin embargo, se mantuvo y fue aprobada por unanimidad por todos los senadores, por tanto, la corresponsabilidad es de todos ellos, y lo peor es que fue aprobada por unanimidad. Aprobaron una ley que había sido reconocida como inviable e inconveniente en España por razones técnicas que las directivas comunitarias de la Europa unida habían detectado; en específico, de una ley que no era adecuada para la función que tenía, sin embargo nosotros la convertimos en estandarte, y hoy por hoy existe la preocupación de muchos de que esa iniciativa de ley aprobada por el Senado y por unanimidad pudiera convertirse en la nueva Ley Federal de Datos Personales que tanto nos hace falta en México. Pero de llegar a ser así, tampoco es la mejor que pudiéramos tener.

Y ese es el punto que ha dividido las cosas; hay dos bloques de interpretación: el que ve con buenos ojos la ley García Torres (aprobada por el Senado) y los que la vemos con enorme preocupación.

La ley García Torres tiene el problema de ser garantista en extremo, sin tener el beneficio de asegurar un intercambio incesante de datos personales entre el mercado y el Estado; no se puede ignorar que ambos se alimentan de datos personales. Eso es irrefutable, el Estado y el mercado se alimentan de datos personales a cada instante, lo mismo de usuarios, proveedores, clientes, participantes, etcétera.

Todos los agentes públicos y privados participan permanentemente de una transmisión progresiva e incesante de datos personales, cada acción pública, cada acto de gobierno, por ínfimo que parezca, requiere de datos personales para justificar o para explicar su trámite, igual que los servicios privados se basan en datos personales. La iniciativa de ley de García Torres es una ley reduccionista que, de convertirse en ley, sería un freno a una parte muy importante y creciente de la actividad del mercado. Las empresas de mercadotecnia directa se oponen a dicha ley con toda razón; requieren garantías para que el libre tránsito de información ocurra sin más restricciones que las legales adecuadas; para que circulen los datos personales en transferencias óptimas; que circulen con fluidez. Eso sí, deben ser legales esos flujos, pero que no eviten que haya ese tránsito, esa actividad que el mercado actual y global exige; de esta manera, hay dos posiciones: la extrema garantista pero utópica que no lleva a una solución viable, se centra en la iniciativa García Torres, y la otra es la posi-

ción ventajosa y comodina de ciertos grupos de mercadotecnia directa, de grandes empresas que dicen que ante el escenario actual es mejor que no haya ley. Que mejor nos quedemos como estamos, pues como ya hay disposiciones aisladas en la Ley de Protección al Consumidor y en la Ley de Sociedades de Información Crediticia, dicen ellos, subliminalmente, mejor quedémonos así y no demos el paso a una regulación integral; es cierto que ya tenemos una regulación parcial porque la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y las veintiocho leyes locales que existen tienen un capítulo que habla y versa sobre los datos personales del sector público, y que entonces nos conformemos con una regulación parcial porque en estos casos, el sector público, el federal, ya tiene como centinela al IFAI, y en el caso de los estados ya existen disposiciones específicas para proteger los datos personales. Vale, por tanto, recordar lo que ha señalado Patricia Galeana relativo a que con esa desorganización que tenemos en materia de archivos podríamos pensar que los datos más delicados de la población están seguramente por cualquier parte y andan de un lugar a otro con el peligro tremendo de ser filtrados y utilizados para mal.

Así las cosas, el estado de la situación es de alto riesgo; se presenta la oportunidad de una ley integral, que sería bueno fuera general, para que fuera transversal y homogeneizara todo lo que tiene que ver con la protección de datos personales en todo el país, pero ese espíritu federalista mal razonado que prevalece ha venido enfriando cualquier posibilidad de una ley general en esta materia y nos estamos resignando a entender que vendrá a lo sumo una ley federal para regular la actuación sólo en el ámbito federal, dejando a cada estado la decisión de ir poco a poco, asimétricamente, como ya lo ha demostrado la experiencia en materia de acceso a la información pública, en el que hemos visto una regulación diferenciada, mejor o muy deficiente en algunos estados.

Tomando el asunto de los datos personales a nivel local, el riesgo es grande, porque hay estados en donde realmente hay un desprecio importante por estos temas, y lo hemos visto, se han manipulado los padrones de usuarios o beneficiarios de servicios públicos con fines electorales, en un momento en el que la bruma electoral nos tiene a todos prácticamente abotagados; gravita sobre nosotros de modo preponderante la cuestión electoral, y por eso se agradecen tanto estos congresos que vienen a darle auge a temas que, siendo inevitablemente urgentes por sí mismos, se tie-

nen que ver en ocasiones conectados con la cuestión de lo electoral. Ojalá una ley venga a superar por mucho el esquema que plantea la ley García Torres.

Se requiere que haya garantías para que la circulación de los datos personales ocurra con normalidad dentro del sector público y privado, con la seguridad de que sólo los datos de carácter comercial o profesional puedan ser vendidos. En cambio, los datos sensibles, los íntimos, que revelan cuestiones más delicadas respecto al libre desarrollo de la personalidad, deben ser guardados bajo siete candados. Ahí es donde está el tema y punto de conflicto; hay una serie de tecnicismos, el *opt-in* y *opt-out*, para regular esto. Al parecer Microsoft, encabezando a las empresas de mercadotecnia directa, acaba de dar una buena señal de querer entrar en convergencia y acercarse a la posición equilibrada, es decir, las empresas de mercadotecnia directa acaban de decir que aceptarán que México expida una ley que regule un control muy fuerte para datos sensibles y uno *a posteriori* o de salida para los datos comerciales o de carácter profesional por parte de los titulares; faltaría agregar que aparte de tener un órgano de tutela, que ya tenemos con el IFAI para el ámbito que tiene hasta ahora asignado, cabría la discusión de si el IFAI puede ser o no, asimismo, esa agencia estatal de datos personales. Algunos creemos que para ello se debe transformar, porque actualmente es el centinela de la información pública o apertura informativa del Poder Ejecutivo Federal, y tendría que convertirse en un órgano constitucional autónomo para alcanzar la suficiente potestad de ser el centinela de la apertura informativa y de la tutela de los datos personales, no sólo del Ejecutivo Federal, que es el que más contacto tiene con la población, sino también de los otros poderes públicos, de los propios órganos constitucionales autónomos y del mercado.

Cierro diciendo que la discusión es animada y está agitada; los intereses que este tema suscita revelan los intereses de las empresas de mercadotecnia directa estadounidenses, que quieren que tengamos un control más a la estadounidense, que es un control menos riguroso en materia de protección de la intimidad, y frente a éste, otros grupos quieren que la cláusula democrática firmada con Europa nos debería dar la oportunidad y la obligación de apegarnos a un esquema de protección de los datos personales más próximo al europeo, que es un esquema de mayor entidad, de mayor rigor, y de esta manera México podría ser un país certifi-

cado de confiable en cuanto a la transferencia de datos personales ante Europa, como ya lo es Argentina.

El tiempo nos dirá lo que pasará, pero este Congreso es un espacio en el cual se licitan las ideas al respecto y se aportan, desde los niveles en que todos tenemos capacidades de influencia, argumentos para incidir ante el Congreso de la Unión y pedir a los diputados que antes de dar el paso de aprobar la iniciativa García Torres se den a la tarea de reexaminarla y, en su caso, modificarla para bien.