La comunicación de mensajes de datos personales en México. El predecible *estado del arte:* la administración pública, los desarrollos privados y los esfuerzos legislativos 2003-2004*

Antonio M. AVELEYRA

Resumen

El artículo plantea el problema de la comunicación de mensajes de datos personales desde el punto de vista del derecho a la vida privada, el acceso a la información pública y la protección de datos personales. A partir de una perspectiva comparada, se explora el marco regulatorio de los mensajes de datos personales y la aplicación de estas leyes. Finalmente, se ofrecen casos prácticos y dilemas de cara a las nuevas teconologías de la información, así como aquellos sucesos paradigmáticos que desencadenaron políticas y leyes que marcan un hito en el campo la protección de datos personales.

Abstract

The article discusses the issue of personal data messages from the point of view of the right to privacy, access to public information and personal data protection. From a comparative perspective, the author explores the regulatory framework for personal data messages and the application of the corresponding laws. Finally, Aveleyra reports on specific cases and dilemmas in relation to new information technologies, as well as major developments that spurred policies and legislation that represent a landmark in the field of personal data protection.

* Este articulo fue preparado originalmente, en una versión previa, para *Privacy and Human Rights Report 2003* ("PHR 2003"). *An International Survey of Privacy Laws and Developments* (Electronic Privacy Information Center, Washington D.C., USA; Privacy International, London, United Kingdom, 2003, 545 pp). Ha sido parcialmente reescrito, corregido y puesto al dia para su publicación en *DCI* 4, y puede ser recuperado en línea en español en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/dci4.doc y en inglés en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/cmlj4.htm.

Derecho Comparado de la Información
vol. I, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 3-27

1. Introducción

La comunicación de mensajes de datos personales (MDP) ha sido una área en continuo desarrollo desde el surgimiento de las tecnologías de la información (TI). Se vincula al derecho a la privacidad, así como a los términos de intercambio económico. El intercambio de mensajes de datos personales se encuentra en medio de esta evolución, mismos que están redefiniendo a los mercados la mercadología y las transacciones crediticias, el mercadeo directo y el telemercadeo, la promoción en línea o fuera de línea, el surgimiento de los buroes de crédito y la necesidad de que las economías emergentes modernas cuenten con un mercado abierto para las sociedades de información (pese a la concentración económica). En este campo de batalla, el intercambio de mensajes de datos a través de las TI abre nuevos y cambiantes modos para hacer negocios, proveer a la gobernabilidad y a la administración pública. Este artículo esboza las líneas generales sobre la protección de datos personales en México, y los principales procedimientos y eventos en esta área, contemplando los desafíos para 2004. El artículo se divide en tres secciones: la primera esboza el marco legal para la protección de los MDP. La segunda sección trata de su administración y de la aplicación de la ley. La tercera describe casos, eventos y hechos de importancia.

2. Marco legal

A. Constitución

Los derechos de la vida privada están concebidos como derechos de libertad de intimidad, o garantías de libertad en el aspecto espiritual, en los artículos 7o. y 16 de la Constitución mexicana, y se les confiere la protección por parte del

Estado mexicano como corresponde a las garantías individuales. Éstas incluyen tradicionalmente la inviolabilidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia, pero el artículo 16 no se extiende explícitamente a conceptos más modernos como el derecho a la autodeterminación informativa sobre los propios datos personales (como denomina a este derecho fundamental la jurisprudencia alemana),[1] o a la *libertad informática,* como es llamada por la jurisprudencia española.[2] Otros derechos autónomos relacionados con los anteriores son el derecho a la propia voz y a la propia imagen, que constituye un derecho de la personalidad que está contemplado por la legislación civil y por el derecho de autor (derechos de propiedad intelectual); el derecho a la vida privada sobre el propio cuerpo y sus manifestaciones; el derecho a la privacidad en la vida social respecto de los diversos grupos sociales de pertenencia; el derecho al honor, contemplado por la jurisprudencia civil; el derecho al uso o a la reserva de la propia identidad expresada en los derechos morales de autor, y su derecho al anónimo o al seudónimo; y en el derecho a la privacidad en relación con la propia

1 *Informationelle Selbstbestimmungsrecht*. Ver: BVerfGE 65, 1 (42).
http://www.datenschutz-unddatensicherheit.de/jhrg22/edit9802.htm. También:
http://www.cs.unimagdeburg.de/~sschimke/informationelle_selbstbestimmung.html ,
http: http://ig.cs.tuberlin.de/da/041/Kapitel3.htm ,
http://www.datenschutz.mvnet.de/taetberi/tb1/1_1.html ,
http://www.datenschutz-berlin.de/jahresbe/95/sonstige/an4.htm y muchos otros.

2 Sentencia 254 de 1993: fue la primera en reconocer la existencia de tal derecho fundamental. Sentencia 143 del 9 de mayo de 1998: número de identificación tributaria: es contra la ley y contra el derecho de asociación en sindicatos libres la utilización de la información personal del sindicato para conceder descuentos u otros beneficios. sentencia del 8 de noviembre de 1999: acerca del diagnóstico médico y del consentimiento del trabajador; sentencias 290 y 292 del 2000, contra la anterior Ley española de Protección de Datos Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD): existe un derecho fundamental de *libertad informática*. Véase:
http://www.tribunalconstitucional.es/STC2000/STC2000- 290.htm y
http://www.tribunalconstitucional.es/STC2000/STC2000- 292.htm

identidad, expresada en el código genético, lo cual aún no está previsto en la legislación mexicana.

El artículo 16 constitucional en su primer párrafo protege a la persona, *su familia, papeles o posesiones;* inmunidad que no puede ser rota sino por orden escrita expedida por la autoridad competente. Asimismo el décimo párrafo protege la privacidad de la correspondencia.

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996, añade los párrafos noveno y décimo al artículo 16 constitucional, declarando la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y sujeta la intervención de comunicaciones privadas a la autorización de la autoridad judicial federal, a solicitud de la autoridad federal autorizada por la ley o a solicitud del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, estableciendo sus condiciones, y excluyendo las materias de naturaleza electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa; también excluye las comunicaciones de las personas detenidas con sus defensores.[3] Esta reforma constitucional dio origen a las disposiciones contenidas en su correspondiente ley secundaria, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (véase *infra*). Éste es el principal fundamento del derecho a la privacidad en México, como sigue.

> Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.
>
> ...

3 Para una descripción de la situación con anterioridad a la reforma constitucional y acerca de las propuestas que llevaron a ella, véase: Carrillo Prieto, Ignacio y Márquez Haro, Haydée, *La intervención telefónica ilegal. Comparativo internacional y propuesta informativa,* México, Procuraduría General de la República, 1995, pp. 197.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

Podemos apreciar cómo la Constitución mexicana requiere declarar la protección a los datos personales o privados, aunque sí contempla las garantías relacionadas de inviolabilidad del domicilio (articulo 16 párrafo tercero), o de inviolabilidad de la correspondencia (articulo 16 párrafos segundo y cuarto). El avance de las TI y de los medios masivos y su penetración en la sociedad urge a los legisladores para proveer leyes actualizadas para la protección de los derechos de las personas en la esfera de su confidencialidad y privacidad.

3. Tratados internacionales

Debido a reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[4] los Tratados Internacionales tienen una jerarquía inmediatamente inferior a la Constitución, pero superior a las leyes federales; lo anterior es plenamente aplicable a los derechos humanos (aunque no siempre aplica en otras áreas, especialmente en materia tributaria o fiscal). México ha suscrito y ratificado las siguientes convenciones internacionales relacionadas con los derechos fundamentales de privacidad:[5] Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) artículo 12; los artículos 5o., 9o. y 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) articulo 17; la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San Jose de Costa Rica (1969) artículo 11); la Convención sobre los Derechos del

4 Amparo en revisión 1475/98 y tesis P.LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, v. X, noviembre de 1999, p. 46. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel y otros, *Cuestiones Constitucionales,* México, núm. 3, julio-diciembre de 2000, http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/cj/cj7.htm

5 Una visión sinóptica de los textos que tratan específicamente sobre la privacidad en esos tratados Internacionales subscritos por México, puede ser encontrada en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/ti.htm [febrero de 2004].

Niño (1989) artículo 16. Asimismo la Convención Internacional de Telecomunicaciones (Nairobi, 1982) artículos 18, 22 y 27, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) del 29 de junio de 1984, actualmente sustituida por la Constitución y Convenio Internacional de Telecomunicaciones, de Niza, Francia, 30 de Junio de 1989, ratificada por México el 26 de abril de 1991, y publicada en el *DOF* del 3 de marzo de 1992.

También son relevantes las disposiciones sobre lenguaje secreto adoptadas en la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), disponiendo que los mensajes pueden ser admitidos en todos los países escritos en lenguaje secreto, excepto cuando el secretario general de la UIT notifique lo contrario, aunque en tráfico han de ser siempre aceptados. Es importante el contenido de las resoluciones anteriores debido al hecho de que el lenguaje criptográfico está relacionado, en las convenciones internacionales y el derecho comparado, con los asuntos de seguridad nacional, la batalla antiterrorista y los secretos militares.[6]

6 El instrumento más recientemente publicado es: Conferencia Plenipotenciaria (Minneapolis, 1998) que contiene los instrumentos de reforma a la Constitución y a la Convención de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 1992) con las reformas adoptadas por la Conferencia de Plenipotenciarios (Kyoto, 1994), *DOF*, 20 de noviembre del 2000 (la que no está todavía en vigor en México). Conferencias precedentes: Constitución y Convenio de la UIT (Ginebra, 1992), Modificada por la Conferencia de Plenipotenciarios (Kyoto, 1994); Constitución y Convenio de la UIT (Málaga, Torremolinos, del 25 de octubre de 1973), ratificada por México el 23 de julio de 1975, publicada en el *DOF* el 23 de enero de 1976. Convenio Internacional de Telecomunicaciones. Protocolo Final de la Regulación general de la Convención. Protocolos adicionales a la Convención Internacional, Recomendaciones y Voto. Ginebra, Suiza, 21 de diciembre de 1959. Ratificada por México el 4 de mayo de 1962. Publicada en el *DOF* del 14 de agosto de 1964. Fe de erratas, *DOF* del 28 de agosto de 1964.

4. Obligaciones internacionales relacionadas con la privacidad

México ha suscrito dos convenciones internacionales relacionadas con la protección de los datos personales, que obligan al país a legislar y a tomar las medidas administrativas correspondientes: La Directiva de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Documento C(80)58(última parte), de 1o. de octubre de 1980. Además, la Resolución 44/132 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sesión 44, Documento NU A/44/49 (1989). Ambos conjuntos de lineamientos, los de la OCDE y los de la ONU, tendrán gran impacto en las políticas públicas a prever en las disposiciones legislativas y administrativas que México comienza a implementar. Consideración especial habrá de prestarse a los principios de la OCDE: Principio de Recolección Limitada, Principio de Calidad de los Datos y Principio de Uso Restringido. De la ONU tenemos los principios de calidad de los datos, el principio de finalidad, el principio de acceso al interesado, y la supervisión y sanciones.

5. Lineamientos de la OCDE

En el Continente Americano, solamente México es parte de la OCDE desde el 18 de mayo de 1994, junto con los Estados Unidos (1960) y Canadá (1961). El órgano máximo de la Organización, el Consejo de la OCDE, adoptó el 23 de septiembre de 1980, la Recomendación del Consejo sobre los Lineamientos para la Protección de la Privacidad y el Libre Flujo de Datos Personales a través de las fronteras (Documento C(80)58(última parte), de 1o. de octubre de 1980 que ha sido el fundamento para el desarrollo de múltiples

políticas nacionales e internacionales, así como de laboriosas tareas de seguimiento.[7]

Los lineamientos de la OCDE están compuestos por ocho principios básicos que serán transpuestos de diversas maneras para su aplicación en cada país miembro, y que México cuidará de incorporar en su orden jurídico interno. Los principios mencionados, de acuerdo con la Recomendación y Límites, son:

1. Principio de Recolección limitada.
2. Principio de Calidad de los Datos.
3. Principio de Finalidad o Especificación de Propósitos.
4. Principio de Uso Restringido o Principio de Limitación.
5. Principio de Salvaguardias de Seguridad.
6. Principio de Apertura.
7. Principio de la Participación Individual.
8. Principio de Rendición de Cuentas o Auditabilidad.[8]

7 Una versión corta de los Lineamientos de la OCDE puede ser consultada en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/principios-ocde.htm [febrero de 2004].

8 Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica, *Lineamientos para la protección de la privacidad y los flujos transfronteras de datos personales*, París, 2002, p. 62. Incluye: Declaración sobre los Flujos de Datos Transfronteras (1985) y la Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad en las Redes Globales (1998).

6. Lineamientos de la Organización de las Naciones Unidas

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el 14 de diciembre de 1990 la Resolución 45/95, que trata de los límites para la recolección de archivos informáticos de datos personales (Documento E/CN.4/1990/72).[9]

Esta Resolución ha tenido una larga y azarosa vida, desde la publicación del Reporte Especial E/CN.4/1997/31, la publicación del Documento E/CN /.4/1997/67, y la Decisión de la Comisión 1997/122 de Abril 16 de 1997 (E/CN.4/1999/88).

México revisó la consulta requerida por la Comisión de Derechos humanos, del Comité Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en la sesión cincuenta y tres, del 21 de octubre de 1996, tal como se describe en el reporte E/CN.4/1997/67 de 23 de enero de 1997.[10]

Los límites relacionados con la colecta de archivos informatizados de datos personales se estructuran alrededor de ocho principios enunciados por las Naciones Unidas como siguen:

1. Principio de Legalidad.
2. Principio de Calidad o Corrección de los Datos.
3. Principio de Finalidad o de Especificación de Propósitos.
4. Principio de Acceso a la Persona Interesada.

9 Los Lineamientos y Principios de las Naciones Unidas pueden ser consultados en español en: http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/71_sp.htm. En Inglés: http://193.194.138.190/html/menu3/b/71.htm [febrero de 2004]. Para una sinopsis en español ver: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/principios-onu.htm

10 Véase: http://www.hri.ca/fortherecord1997/documentation/commission/e-cn4-1997-67.htm , buscar bajo la voz “México” [febrero de 2004].

5. Principio de No Discriminación.
6. Poder para Realizar Excepciones.
7. Principio de Seguridad.
8. Supervisión y Sanciones.
9. Flujos de Datos Trans-Frontera.
10. Campo de Aplicación: a todas las bases de datos, públicas y privadas.

7. Leyes secundarias

Algunas leyes que ya hacían referencia de alguna manera al derecho a la privacidad pueden ser vistas aquí: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/leyes2.htm

El panorama legislativo se enriqueció en 2003 con la expedición de numerosos decretos relacionados con la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG).[11] La principal contribución de la LFTAIPG ha sido la estandarización de principios y ocasionalmente de los procedimientos bajo los cuales los diversos órganos del Estado deben dar tratamiento a los datos personales de los ciudadanos, salvaguardando los principios de consentimiento y finalidad, y garantizando los principios de acceso y rectificación de datos personales. De cualquier manera, son deficientes por su indeterminación los mecanismos de la Ley para garantizar la seguridad de los datos privados, teniendo mejores mecanismos de aplicación y autoridades.

11 *DOF* del 11 de junio de 2002.
Cfr.: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/leyes/latip.htm [febrero de 2004].
Véase también en: http://www.segob.gob.mx/dof/2002/junio/dof_11-06-2002.pdf: [febrero de 2004].

Estas leyes se complementan con las reformas al marco jurídico de las sociedades de información, recientemente promulgadas (*DOF* del 23 de enero de 2004).

8. Leyes de libertad de información

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Publica Gubernamental (LFTAIPG)[12] entró en vigor el 12 de junio del 2003 para todos los sujetos obligados (el Poder Ejecutivo con todas sus dependencias y entidades en la Administración Publica Federal; los poderes Legislativo y Judicial por lo que se refiere a sus principios generales y obligaciones de transparencia; los órganos constitucionales autónomos: Instituto Federal Electoral (IFE), Banco de México Banxico, y Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH); las universidades públicas de cobertura nacional como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), los que comenzaron a emitir su respectiva normatividad interna, de conformidad con los principios de transparencia y auditabilidad prescrita por la propia LFTAIPG; o la regulación para orquestar a la Ley Federal que comenzó a ser exigible a partir de esa fecha.

Además de la Ley Federal que inspira a todas ellas, se van emitiendo diversas disposiciones de jerarquía inferior, que son al menos seis ordenamientos que regulan la materia para la administración pública federal; siete disposiciones inferiores en el poder judicial y para otros tribunales; tres disposiciones normativas en el Poder Legislativo; cinco para los órganos constitucionales autónomos; y dos para las universidades públicas nacionales. Una visión sinóptica

12 Ver nota anterior.

de esas disposiciones, en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/correlacion-leyes.htm.[13]

9. Otras disposiciones relacionadas

La implementación de la Cedula Única de Registro de Población (CURP) continúa en sus últimas fases. Dicho sistema de identificación tiene la particularidad de que confiere un código único a cada ciudadano, del que se pueden inferir múltiples datos personales; por ello, esto puede atentar contra los principios de seguridad y de consentimiento de la OCDE, aunque se argumenta que cumple con los Limites de la ONU.[14]

También se encuentra en proceso de implementación el Registro Consular Mexicano para los inmigrantes —documentados o indocumentados— que entran a los Estados Unidos.[15] Asimismo parecen tener buen suceso determina-

13 Para una versión previa del estado de la investigación antes de la publicación de las regulaciones derivadas de la LFTAIPG en el 2003, ver: Aveleyra, Antonio M., *El derecho de acceso a la información pública vs. el derecho de libertad* informática (¿conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los datos personales?) aportaciones desde la teoría del derecho", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México núm. 32, 2002, pp. 403-443. Disponible en línea: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/pdp.htm [febrero de 2004]. Las leyes de libertad de información y de acceso a la información publica, pueden ser consultadas en: http://www.limac.org.mx , en: http://fidac.org.mx/iniciativas/leyes.html [febrero de 2004] , http://atlatl.com.mx , y en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/leyes/daip/ [Febrero 2004].

14 Ver: http://www.hri.ca/fortherecord1997/documentation/commission/e-cn4-1997-67.htm y específicamente: http://www.hri.ca/fortherecord1997/documentation/commission/e-cn4-1997-67.htm#II , ir a la voz "Mexico" [febrero de 2004].

15 Para una sinopsis de estos temas, ver: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/noticias/ [febrero de 2004].

das iniciativas del sector financiero respecto del libre flujo de la información financiera.[16]

10. El interés público y los negocios privados: la administración pública y los grupos de cabildeo

A. Autoridad nacional de datos personales

Existe una autoridad nacional de datos personales únicamente para la administración pública federal: el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), que tiene un director general de datos personales (DGDP); técnicamente, el DGDP depende de la Secretaría de Acuerdos, la que a su vez depende del pleno formado por los cinco comisionados que sesionan para resolver las controversias presentadas con motivo del derecho de acceso a la información pública, o al derecho de acceso y rectificación de los datos personales.[17]

No sabemos todavía si la Ley aprobada en el Senado en 2002,[18] pero aún pendiente de discusión en la actual LIX Le-

16 Véase el excelente trabajo de investigación de Villar, Rafael del y otros, *Regulación de protección de datos y de sociedades de información: una comparación de países seleccionados de América Latina, los Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea*.
http://www.banxico.org.mx/gPublicaciones/DocumentosInvestigacion/docinves/doc2001-7/doc2001-7.pdf [febrero 2004]. Disponible en inglés en:
http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Regulation_of_Personal_Data_Protection.pdf [febrero de 2004].

17 The intended structure of DGDP/IFAI will have one Director General; under, one Area Director of Protection of Personal Data; a Sub Director of Confidential Information; a Data Bases Director; a Data Bases Sub Director; a Chief of the Department of Data Base Maintenance; an Executive Assistant; and an Administrative Assistant (respuesta del IFAI a la solicitud de esta información pública, 22 de julio de 2003).

18 Minuta con Proyecto de Decreto por el que se Expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales, Legislatura LVIII, año 2, periodo 2, *Gaceta*, núm. 55,

gislatura de la Cámara de Diputados, integrada el 7 de julio del 2003, y cuyas sesiones comenzaron en septiembre de 2003, acaso modificará la naturaleza, atribuciones y funciones del órgano encargado de ser la autoridad nacional en la materia. Existe la posibilidad de que los grupos de cabildeo emitan un nuevo proyecto de ley, o que se unan al anterior.[19] Tal como parece, la novísima iniciativa del senador

30 de abril de 2002.
http://www.senado.gob.mx/gaceta/107/107m.html

19 La Cofemer (Comisión Federal de Mejora Regulatoria, Secretaría de Economía), emitió una opinión contraria a la iniciativa de ley aprobada en la cámara alta, opinión disponible en:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/opinion-cofemer.doc.
La iniciativa original de García Torres fue modificada por el equipo financiero (Banxico y SHCP) quitando de ella el derecho de privacidad para las corporaciones; estableciendo las reglas para las sociedades de información en una ley separada, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, publicada el 15 de enero de 2002; y estableciendo al IFAI como la autoridad nacional en materia de datos personales. Una reseña de las opiniones de Banxico, como las recoge el senador Antonio García Torres, en el encuentro iberoamericano celebrado en Antigua, Guatemala, organizado por la Agencia Española de Protección de Datos para las agencias equivalentes de los países iberoamericanos, está disponible en: http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/antigua/garcia-torres.doc (según la solicitud de información pública proporcionada por el delegado del IFAI a dicho Congreso, Director de Estudios e Investigación, Eduardo Guerrero Gutiérrez). El debate fue como sigue: Cofemer y Banxico, separadamente, argumentaban la necesidad de conformar mercados para las sociedades de información, o sea buroes de crédito y negocios de información mercadológica; introducir derechos y obligaciones para los controladores de datos; y crear condiciones de competencia para las sociedades de información.

No es exacto sostener como una propuesta emanada de Banxico la venta obligatoria o forzada de las acciones del buró de crédito, como se ha dicho; pero se ve como una medida conveniente la persuasión política para efectuar la desinversión de sus principales accionistas (los bancos), que son al mismo tiempo los principales usuarios de los servicios del buró de crédito (Trans Union + Dun & Bradstreet + Bancos) que es la sociedad de información crediticia monopolística —debido al hecho de que las otras sociedades de información crediticia que operaban antiguamente, vinculadas tanto a capitales locales mexicanos como a algunas de las principales compañías americanas, por ejemplo Equifax, que operó desde mediados de 1996 hasta inicios de 2000 en que fue cerrada—, cayeron en bancarrota entre otras cosas por los altos costos de transacción que generaba el paupérrimo

Antonio García Torres contempla construir una nueva autoridad nacional de datos personales, el Instituto Nacional de Datos Personales. Esta modificación al proyecto original, que culminó como iniciativa de ley aprobada por el Senado (pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados), puede ser respaldado por la administración pública federal (SHCP, Seconomia, Banxico), puede dar lugar a que la iniciativa de Ley tenga que recomenzar otra vez. La conformación de las fracciones partidarias en la Cámara de Diputados pudiera originar el estancamiento de esta iniciativa, que no se encuentra entre las más altas prioridades de la agenda política.

Si no se legislara de otra manera, y de conformidad con lo que ahora prescribe la LFTAIPG, el IFAI y su DGDP no tendrían atribuciones suficientes para intervenir en materia de

concepto de la "base de datos compartible" que fue aprobado por algunos funcionarios de segundo nivel de la Secretaría de Hacienda (SHCP), y como fue emitido en las diversas normas (el artículo 33 de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, relacionado con las siguientes regulaciones: *DOF* 15 de febrero de 1995; septiembre de 1997; 27 de diciembre de 1996; 18 de marzo de 2002; 14 de agosto de 2003), las que fueron posteriormente superadas por el advenimiento de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, *DOF,* 15 de enero de 2002, con sus más recientes reformas *DOF,* 23 de enero de 2004; para los hechos previos, véase la excelente investigación de Rafael del Villar *et al.,* Regulación de Protección de Datos y de Sociedades de Información: Una Comparación de Países Seleccionados de América Latina, los Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea, citada en la nota 16 *supra*.

La conformación de un Mercado abierto de sociedades de información incluyendo los buroes de crédito, confiriendo mayor eficiencia al sistema económico y un cuidado real a los derechos fundamentales de las personas, es una necesidad fuertemente sentida en México, que habrá de ser satisfecha tarde o temprano. Un marco legal para la reventa en mercado abierto y en condiciones competitivas de los reportes de crédito; incluir el sistema de "optar estar adentro" *opt-in,* y no el de "optar estar fuera" *opt-out* seguido en la iniciativa de ley (esto es, no requerir el consentimiento de los titulares de los datos personales *antes* de la creación de la base de datos, sino la posibilidad de darse de baja posteriormente); y la revisión del marco procedimental para asegurar la observancia de la Ley de Datos Personales, fueron algunos otros de los argumentos discutidos entre la Cofemer y los partidarios de la iniciativa de Antonio Garcia Torres en su primera versión.

protección de datos personales de los demás poderes del Estado (el Legislativo y el Judicial), y tampoco posee actualmente facultades para intervenir ante órganos o en materias reservadas a las entidades federativas (o de los gobiernos locales o municipales).

Tal como está ahora concebido, el IFAI carece de jurisdicción cuando los datos personales se encuentran en manos de personas o entidades privadas, aun aquellas destinadas a proveer información. Esperamos que una ley comprehensiva de datos personales a ser aprobada en el futuro, resuelva esos problemas, confiriendo a la autoridad nacional atribuciones suficientes.

Además del IFAI (y su DGDP), podemos encontrar múltiples órganos responsables de la protección de datos, pertenecientes a los diferentes poderes del Estado, vinculados con el derecho de acceso a la información pública.

Pero también encontramos que estamos frente a una laguna de coordinación de la autoridad, así como de un vacío legislativo en otros sectores, como las personas físicas y las personas morales o corporaciones. Hoy día existen separadamente diversas agencias u oficinas gubernamentales relacionadas con el tratamiento de datos personales: Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP); Banco de México (Banxico); Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV); agencia gubernamental para la defensa de los usuarios de los servicios financieros (Condusef); Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), y la gran variedad de oficinas de transparencia ("unidades de enlace") establecidas después de la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Publica Gubernamental (LFTAIPG). Hay muchas otras oficinas que podemos mencionar.[20]

20 De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, hay 18 secretarías de Estado, y una *Consejería Juriídica* en la administración pú-

Jurídicamente, la mejor opción sería contar con una autoridad nacional con características y funciones similares a las agencias nacionales de protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea,[21] con niveles similares de protección y una agencia responsable, lo cual es un requerimiento para establecer acuerdos de internacionales cooperación.

11. Cumplimiento obligatorio de la Ley

Existen instancias administrativas y judiciales para hacer cumplir la Ley, tocante al acceso a la información pública gubernamental y datos personales. Para garantizar los mínimos derechos consignados en la Ley existen procedimientos para el acceso y la corrección de datos personales, así como el recurso de revisión, ambos en la instancia administrativa. Si la persona persiste en su inconformidad, puede acudir ante la instancia judicial, ya sea por medio del juicio de amparo (un procedimiento seguro, rápido y eficaz para salvaguardar las garantías individuales previstas en la Constitución para todos los ciudadanos y personas), o seguir otro procedimiento ante los tribunales.

blica centralizada. Además de ello, tenemos la *administración pública paraestatal* (descentralizada): órganos, empresas con inversión publica, bancos nacionales llamados sociedades nacionales de crédito; instituciones de seguros y fianzas; fideicomisos públicos). Para un análisis de la magnitud de los datos personales manejados por la administración pública, véase:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/dp-apf.htm [febrero de 2004].

21 *Cfr.* Aveleyra, Antonio, *Órganos nacionales relacionados con la protección de datos personales*, México, Universidad Iberoamericana, 2003.

12. Organizaciones no gubernamentales relacionadas

Al presente no existen organizaciones civiles especializadas exclusivamente en la promoción y defensa jurídica de los derechos de privacidad. Existen, por otra parte, diversas asociaciones y centros dedicadas al estudio, publicación y promoción de la transparencia, el derecho a saber y el acceso a la información pública. Libertad de Información México (LIMAC); Fundación Información y Democracia (FIDAC); Proyecto *Atlatl;* la Universidad Nacional Autónoma de México en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Facultad de Derecho; el Centro de Investigación y Docencia Económica; el Programa Iberoamericano de Derecho de la Información (PIDI) de la Universidad Iberoamericana, entre otros, se ocupan del estudio de estos aspectos.[22]

13. Principales eventos que influenciarán la regulación y desarrollo de los MDP

A. Los datos personales y el sector privado

Es necesario considerar los derechos de privacidad de los ciudadanos frente a otros ciudadanos, frente a las diversas organizaciones civiles y frente a las compañías algunas de ellas grandes y poderosas corporaciones transnacionales, otras sencillamente orientadas a proveer información personal en pequeña escala, con propósitos limitados y por un cierto costo, pero siempre ajeno al uso singular para un solo usuario. En un sistema democrático que garantiza un mínimo

22 Para una relación del proceso de las ONGs, ver: Nauman, Talli, *Mexico's Right-to-Know movement Citizen's Action in the Americas,* núm. 4, febrero de 2003, http://www.americaspolicy.org/citizen-action/series/04-rtk.html. Para un listado de algunas de las ONG's ver:
http://www.americaspolicy.org/citizen-action/series/04-rtk_body.html#mexican

de libertades constitucionales, se requiere una regulación jurídica explícita, exhaustiva y consistente. Las relaciones contractuales justifican que muchas personas y organizaciones detenten información personal con propósitos específicos, y la ley debe garantizar que se usa para esos propósitos específicos, dado que se emplean a un determinado costo, deviniendo esa información una mercancía en el actual ciclo productivo. El derecho de las personas a su privacidad y a su autodeterminación informacional puede sufrir menoscabo y abusos de no existir regulación directa acerca del mercadeo directo en las disposiciones relacionadas con la protección a los consumidores. También es importante, por otra parte, fomentar la formación de mercados y atender a la conveniencia de fomentar la existencia y funcionamiento de mercados abiertos de sociedades de información.

Llamadas telefónicas de mercadeo directo, promociones publicitarias por correo postal o por correo electrónico; fax enviados sin previo requerimiento, etcétera, constituyen intromisiones en la vida privada cuya recepción deberían ser siempre consentidas o rehusadas por los destinatarios, para ser incluidos o excluidos, antes o después *(opt in* u *opt-out*), de las bases de datos con propósitos mercadológicos. Otro aspecto muy importante es el de los reportes de crédito, en donde los datos personales de las personas sujetos de crédito, son utilizados con la finalidad de garantizar la viabilidad del sistema financiero y económico del país, esto es, para garantizar el interés publico. Pero se puede abusar de la información crediticia de diversas maneras: cuando los pagos y repagas ("refinanciamientos") son elevados más de lo razonable; también en el caso del "derecho al olvido": el reporte de insolvencia no deberá exceder un determinado número de años posteriores a la regularización de los créditos afectados por insolvencia (por ejemplo, cinco años como lo fija la jurisprudencia colombiana); el plazo usual en México

es de siete años.[23] Otras prácticas a examinar serían el procesamiento de datos sensibles dentro de los reportes de crédito, financieros, de mercadotecnia o de otro diverso origen, dentro de la misma base de datos (situación prohibida en la Directiva Europea, aunque es una práctica usual en la mercadotecnia estadounidense).

Todo lo antes mencionado es conveniente que esté adecuada y acabadamente previsto en la próxima Ley Federal de Datos Personales, contemplando los anteriores supuestos donde los derechos de los ciudadanos sobre su información personal encuentren un balance con los derechos de la sociedad a conocerlos, así como un diseño apropiado de las atribuciones y facultades del órgano que fuere la autoridad nacional en la materia.[24]

Pero sobre todo lo anterior, suponiendo la vigencia de los mecanismos para asegurar la observancia de la ley, tenemos una única oportunidad para promulgar una ley exhaustiva de datos personales que tome en consideración las necesidades de las personas y el uso de su información personal para el propio beneficio y la satisfacción de las ne-

23 Para los créditos personales ya cubiertos, el plazo de borrado del registro ("derecho de olvido") es de siete años (como lo dispone el articulo 23 de la Ley de Sociedades de Información Crediticia), pero el crédito debe haber sido completamente cerrado y pagado ("sin ninguna relación jurídica") lo que significa que ha sido pagado libremente y sin cumplimiento forzoso por medio de abogados o de empresas de cobro de cartera; y "sin sentencia judicial contra el deudor" y sólo cuando el crédito no es mayor de 300,000 UDI's, o algo más de un millón de pesos en moneda mexicana corriente. Para las sociedades no hay derecho al olvido. *Cfr.*: http://www.burodecredito.com.mx. A pesar de lo anterior, existen reportes de que algunas compañías de bienes raíces requieren el plazo de quince años para ser elegible para obtener un crédito hipotecario, lo cual es contra la Ley.

24 Entre los grupos locales de interés que habría que tener en consideración debemos mencionar a la Asociación Mexicana de Mercadotecnia Directa http://www.ammd.org y otras sociedades de información de mercado. Existe cantidad de organizaciones internacionales, leyes, tratados, convenciones y estándares de los que México puede obtener ventaja conociendo sus experiencias. Algunas de ellas se refieren aquí:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/oirpdp.htm

cesidades reales del ciudadano común, impulsando el sistema económico, reduciendo los costos de transacción, y expandiendo el mercado interno mexicano.

14. Recientes casos de importancia

Aunque pudiéramos encontrar algunos más,[25] principalmente tres casos han acaparado la atención de los medios pro lo que se refiere a los derechos de privacidad.

El primero de ellos es la persecución de las compañías que, violando el principio de consentimiento de los titulares de los datos, hicieron uso de varias bases de datos como el Padrón Electoral mexicano, el Registro Federal de Vehículos, las licencias de conducir, etcétera, para venderlos a compañías estadounidenses —*Choicepoint* y otras—, las que vinieron a ser proveedoras del gobierno de los Estados Unidos, especialmente de la agencia gubernamental Servicio de Inmigración y Naturalización (INS o Immigration and Naturalization Service).

Los hechos ya eran ampliamente públicos y conocidos; EPIC, *Electronic Privacy Information Center*, dio la noticia al

25 Entre ellas ver: "La CNDH encuentra violaciones a la vida privada en el INBA y emite recomendación":
http://www.cndh.org.mx/Principal/document/Comunicacion_Social/boletines/jun2003/bol_084.htm;
US Department of State Human Rights Report 2002 incluye otros casos:
http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/ y
http://www.state.gov/documents/organization/19593.doc under
number 1 "f)". Algunos otros casos se refieren en el reporte "Situación de los Derechos Humanos en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México", disponible en:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/oirpdp.htm
http://www.gobernacion.gob.mx/archnov/diagdhm.pdf y en:
http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/dh_2003/index.htm ver especialmente Recomendación 14 a pagina VIII, y Capitulo2.3.1 Otros Derechos Civiles, Derecho a la Libertad de Expresión y Derecho a la Información, a p. 64 y las notas relacionadas (196 a 221) [febrero de 2004].

respecto más de un año antes, proporcionando incluso una copia de ese documento como prueba,[26] pero el asunto no adquirió cuerpo hasta que el diario capitalino de alcance nacional *Reforma* publicó en primera plana la noticia el 13 de abril de 2003, y desde esa fecha en adelante continuo en otros medios la investigación y difusión del asunto.[27]

La segunda materia de importancia se relaciona con la implementación de diversas medidas de control en las fronteras de México con Estados Unidos, y de los Estados Unidos con Guatemala. La lucha contra el terrorismo ha adquirido inusitada importancia, y ha obligado a tomar medidas de reciente introducción como la identificación biométrica, y la crítica del gobierno de los Estados Unidos a la seguridad de los documentos de identificación consular expedidos por el gobierno de la República Mexicana a sus connacionales,[28] los cuales pueden ser utilizados por éstos como identificación válida ante diversas autoridades de los Estados Unidos, aunque algunas autoridades estadounidenses buscan elevar los estándares de seguridad de dichas identificaciones, alegando razones de lucha antiterrorista. También compañías privadas han comenzado a vender microcircuitos para propósitos médicos, propósitos de seguridad y de localización de personas.[29]

El tercer asunto se refiere a la apertura de los archivos secretos del gobierno relacionados con los sucesos de 1968 y con la denominada *guerra sucia* contra los movi-

26 http://www.epic.org/privacy/publicrecords/inschoicepoint.pdf

27 *Cfr.* Las noticias:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/noticias/ [Febrero 2004].

28 Ver:
http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=157874&tabla=notas

29 Compañías privadas comienzan a vender chips para fines médicos o para seguridad y localización de personas: *v. gr.*
http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=158107&tabla=notas.

mientos sociales y los *guerrilleros* de la década de los años setenta. Esta apertura aconteció con anterioridad a la existencia de la LFTAIPG, la que dispone en su artículo 14 *in fine* que no será considerada información reservada la referente a las investigaciones de violaciones serias de los derechos humanos o de los delitos de lesa humanidad, que aparezcan en los registros y archivos públicos. Violaciones serias a los derechos humanos fueron las manifestaciones de1968,[30] las manifestaciones y sucesos de 1971 y de la llamada *guerra sucia*[31] contra los movimientos sociales de izquierda y las guerrillas de los años setenta, así como los abusos de las policías secretas.[32]

15. Lucha antiterrorista y erosión de la vida privada: impacto en México de las políticas de los Estados Unidos. La frontera común y los asuntos de seguridad binacional

Los registros de las negociaciones entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea en relación con la protección de los datos personales muestran un camino que no ha sido fácil. Los derechos de las personas no deberían entrar en conflicto con la seguridad nacional, aunque la experiencia constate otra cosa en los tiempos posteriores al 11-S. La agenda binacional Estados Unidos-México deberá contemplar salvaguardas a los derechos humanos de los inmigrantes, ya sean inmigrantes legales o sujetos ilegales, inclu-

30 Doyle, Kate. Tlatelolco Massacre: Declassified U. S. Documents on Mexico and the Events of 1968.
http://www.gwu.edu/%7Ensarchiv/NSAEBB/NSAEBB10/intro.htm The declassified documents available in:
http://www.gwu.edu/%7Ensarchiv/NSAEBB/NSAEBB10/nsaebb10.htm

31 Doyle, Kate. Human Rights and the Dirty War in Mexico:
http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEDoyleBB/NSAEBB89/

32 Una sinopsis de esas noticias:
http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/noticias / [febrero de 2004].

yendo la colaboración de las autoridades en ambos lados de la frontera para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas, lo que incluye el establecimiento de reglas claras y principios para el tratamiento de los datos personales, de conformidad con el derecho internacional y con los principios aceptados por ambos países, en armonía con los sistemas que garanticen mejor, por sus elevados estándares, la protección de los derechos humanos en esta materia, tratando de ofrecer una homologación en particular con el sistema protectivo de la Unión Europea, así como tratando de llevar a una feliz conclusión el acuerdo binacional para el intercambio de datos personales, semejante a los Acuerdos de Puerto Seguro entre los estados miembros de la Unión Europea y la Unión Americana.

Debemos dar cuidadoso seguimiento a las leyes estadounidenses *Patriot Act I* y *II,* sus procedimientos y agenda relacionada,[33] así como a sus *contramedidas.* La Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera o *Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA),* y las regulaciones relacionadas, deberán ser consideradas en las conversaciones binacionales sobre seguridad[34] que se refieren a la protección de la privacidad.

33 Ver: http://www.fas.org/irp/congress/2002_hr/ ; http://www.cdt.org/security/usapatriot/hearings.shtml ; http://www.epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/ ; http://www.aclu.org/SafeandFree/SafeandFree.cfm?ID=12126&c=207 Reseñas y análisis:
http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/Terrorism_militias/20011031_eff_usa_patriot_analysis.php ; también en:
http://www.abanet.org/irr/hr/winter02/podesta.html y
http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/Terrorism_militias/20011031_eff_usa_patriot_analysis.php

34 Ver: http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/