



Conferencia Magistral de Clausura Firma de Cartas de Intención

Conferencia Magistral: Sergio López Ayllón.

Doctor en Derecho, profesor e investigador de la División de Administración Pública del CIDE. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores y sus principales líneas de investigación atañen al acceso a la información, al derecho de la información, a las políticas de regulación, a la reforma de la administración pública, a la sociología del derecho y transparencia.

Quiero, en primer lugar, agradecer, como es de rigor, a los importantes organizadores de este Encuentro su muy gentil invitación, para dictar esta Conferencia de Clausura.

Agradecimiento que, debo decir, muy matizado, pues rápidamente se transforma en agobio y si no en angustia por tener que exponer ahora frente a todos ustedes, que durante tres días han discutido ya con conocimiento, rigor y profundidad, las diferentes dimensiones y problemas que implica la protección de datos personales en nuestra globalizada sociedad de la información.

Resulta difícil, cuando no pretencioso, tratar de añadir algo nuevo a lo ya debatido; de los problemas ciertos que plantean las tecnologías de la información para la vida privada, hasta la construcción aún incierta de un derecho fundamental a la protección de datos personales, cuyos contornos exactos parecen aún difusos.

De los problemas normativos que plantea la regulación de los datos personales para los gobiernos y las empresas, hasta aquéllos más técnicos, relacionados con la seguridad de los sistemas de datos personales.

Un tema insoslayable para este país, que con mucho gusto los recibe y que ha consumido gran parte de este encuentro, es el relativo a la necesidad y contenido posible de una Ley de Protección de Datos para este país.

Hemos tenido la fortuna de contar con la presencia de algunos de los más importantes expertos iberoamericanos en esta materia, y créanme que sus contribuciones han sido muy importantes y enriquecedoras para informar el debate necesario acerca de esta ley.

Mi intervención se va limitar a subrayar algunas ideas centrales que me parece se desprenden de las intervenciones durante estos días y atreverme a profundizar en algunos de los aspectos que me parece deberían ser objeto de una reflexión cuidadosa, por parte de nuestros legisladores, que a

veces, entusiasmados con una buena idea, se lanzan con brío a establecer un marco regulatorio, cuya operación completa no parece preocuparles demasiado.

Quizás en esto estamos solamente repitiendo esa idea tan arraigada en nuestra cultura y en mucho compartida con otros países de Iberoamérica, que los problemas se pueden resolver a golpe de ley y que ésta actuaría como una especie de sortilegio, de barita mágica, cuya mera invocación parecería ser suficiente para transformar una realidad compleja.

Se olvida con frecuencia que una ley es sólo el vehículo de una política pública que supone objetivos claros y medibles, recursos, instituciones y voluntad política.

Me parece que existe un consenso claro.

El mundo ha vivido, en los últimos 150 años, una vertiginosa revolución de las tecnologías de la información y la comunicación, que han cambiado profundamente, no solamente los mecanismos de intercambio, sino el conjunto de las relaciones humanas.

Hago un muy breve recuento.

Hacia 1840 Sir Charles Winston y Samuel Morse inventan el telégrafo.

El gramófono aparece a principios de la segunda mitad del siglo XIX.

En 1876 Bell envía el primer mensaje telefónico.

Para 1895 Marconi transmite mensajes inalámbricos.

Hacia 1894 son proyectadas las primeras películas.

Ya en el siglo XX, en 1904 se transmiten imágenes por aparatos telegráficos.

En 1906 se transmite la voz humana por radio y en 1920 se logra enviar las primeras imágenes de televisión.

Las primeras redes de radio se establecen hacia 1929 y las de televisión en los treinta.

Las primeras computadoras aparecen en los años cuarenta, y el Pájaro Madrugador, primer satélite comercial de intercomunicación, es lanzado hacia 1962.

Hacia principios de la década de los sesenta, la alianza entre las telecomunicaciones y la informática permite el vertiginoso desarrollo del Internet, la red de redes, que para los noventa alcanza una cobertura mundial pocas veces imaginada.

Las innovaciones tecnológicas que han ocurrido en la última década, en particular la convergencia a las telecomunicaciones, la informática y los medios audiovisuales, a través de la tecnología digital, están produciendo una profunda revolución en la capacidad social de procesar, almacenar y transmitir información.

Los servicios relacionados con la información han creado auténticos espacios virtuales, deslocalizados y no jerarquizados donde circulan millones de unidades de información y amplían, sin duda el horizonte de la acción humana.

Diversos autores han analizado estos fenómenos desde muy diversos ángulos. Me importa destacar aquí como por ejemplo para Manuel Castells una conclusión fundamental es que existe una tendencia histórica clara en la que los procesos y funciones dominantes en la era de la información están cada vez más organizados alrededor de redes. Las redes constituirían la nueva morfología de nuestras sociedades y la difusión de la lógica de las redes modifica también sustancialmente la operación y producción de los procesos sociales de producción, experiencia, poder, cultura e incluso identidad.

Algunas de las implicaciones de lo anterior son fundamentales para comprender cómo estos cambios están modificando también las concepciones tradicionales de lo público y lo privado, pues introducen una lógica diferente que conduce a que las fronteras de estos conceptos, de por sí siempre difusas, se vuelvan aún menos claras y útiles para el análisis.

No es excesivo decir que la tecnología de la información ha trastocado las fronteras entre lo público y lo privado. Los flujos de información y la capacidad tecnológica y social de producir, almacenar y transmitir información en espacios virtuales deslocalizados y que por ello escapan a los mecanismos tradicionales del control estatal, suponen una transformación radical de alguna de nuestras categorías de análisis de las cuales cuya utilización no siempre alcanzan dar cuenta cabal de los mecanismos que estamos observando.

Por todo ello, me parece que el problema de la regulación de datos personales tiene una complejidad doble. Por un lado, intenta regular un campo movedizo como lo es el de los datos personales, cuyas fronteras son difusas y que además está en constante movimiento derivado de su íntima vinculación con el desarrollo de las tecnologías de la información.

Por otro lado, pretende establecer mecanismos de regulación sobre flujos de información que transitan por sistemas de localizados o fácilmente deslocalizables y que por ello escapan a los mecanismos tradicionales de control estatal.

Quiero precisar que no quiero implicar que esas dificultades deben inhibir la actividad regulatoria del Estado. Todo lo contrario, lo que quiere decir simplemente es que expliquen parte de la dificultad del asunto y le añaden dimensiones de complejidad que se deben tener en cuenta y que por lo tanto si queremos construir una legislación que funcione, no puede tratarse como si enfrentáramos un problema regulatorio tradicional y requerimos de una enorme claridad en los objetivos que

estamos tratando de conseguir con una intervención en este campo.

Baste simplemente añadir, como ya se ha hecho patente aquí, que la dimensión transnacional del fenómeno obliga a una coordinación de los reguladores, a fin de lograr siquiera alguna eficacia en este campo.

Ya se ha hablado en este foro ampliamente sobre los llamados modelos de regulación que simplificando se llaman el europeo y el americano y no voy a insistir en ello. Creo que también se ha enfatizado suficientemente que existe un acuerdo básico sobre los principios que deben regir la protección de datos personales, con sentimiento, calidad, pertinencia, confidencialidad, seguridad.

Quisiera completar simplemente con algunas cuestiones que me preocupan respecto de la propuesta de ley que actualmente se discute en el Congreso mexicano, pero que ilustran bien las dificultades que enfrenta el legislador cuando se enfrenta a estas cuestiones.

Insisto, creo en la necesidad de una legislación, lo que tenemos actualmente, por lo menos en este país es malo por parcial, provisional, fragmentado, que genera asimetrías importantes. Basta pensar por ejemplo en el debate que tenemos alrededor del expediente médico donde ya creamos una asimetría muy importante entre la regulación al sector público y al sector privado en esta materia.

Quizás también esto explica por qué nuestra Ley de Acceso a la Información contiene un capítulo que cuando se diseñó se quería provisional en materia de protección de datos, porque teníamos un vacío completo en la materia y no podíamos avanzar en la materia de acceso sin establecer al menos los principios básicos en materia de protección de datos en materia gubernamental.

Sin embargo, obviamente la materia es mucho más amplia, tiene mucho mayor complejidad, pero tampoco se puede borrar la experiencia ya adquirida en estos años en esta materia y

algunas de las lecciones que de ella hemos sacado.

Finalmente, también creo y estoy convencido que una legislación mala produce efectos perversos, aun en ocasiones más graves de los que pretende corregir, o simplemente se vuelve inoperante o en subterfugio para que en sus lagunas sirva de fermento a la simulación o peor a la corrupción.

En este sentido, me gustaría repasar tres o cuatro ideas muy brevemente con ustedes.

Una primera tiene que ver con cuál es el objeto de una legislación en materia de protección de datos personales. ¿Se trata de proteger un derecho fundamental? ¿Es éste la vida privada? ¿O se trata de un nuevo derecho como se ha insinuado aquí: un derecho a la protección de datos personales? si este es el caso, ¿cuáles son los contornos de este derecho fundamental, a quién obliga y cómo lo obliga?

O más bien se trata de regular los mercados de información y si este fuera el caso, ¿cuál es el objeto de la intervención regulatoria en este aspecto? ¿Qué pretendemos con regular estos mercados y, sobre todo, cómo se justifica la intervención del Estado en esta materia?

Me parece que estos son dos problemas distintos que suponen mecanismos y objetivos de regulación distintos. Si, por ejemplo, se trata de la protección de un derecho fundamental y admitimos que el principio básico es el de la autodeterminación informativa, bastaría, quizás, simplemente establecer las instituciones y procedimientos que aseguraran que las personas pueden ejercerlo.

Quizás, en el extremo, la intervención gubernamental se enfocaría a reducir las asimetrías de información y generar las condiciones que propiciarán que los ciudadanos pudieran ejercer este derecho a la autodeterminación informativa.

En cambio, si se trata de la regulación de los mercados de información y de sus instituciones, por ejemplo, la sociedad de información, entonces me parece que el problema regulatorio es distinto y supone una serie de decisiones de política pública muchas más complejas y un diseño institucional distinto.

Si además, éste fuera el caso habría que justificar la acción del gobierno e incluso determinar si la regulación es la mejor manera de intervenir o si no existen otras alternativas más viables dadas las condiciones de un mercado determinado.

El ejemplo básico sería la autorregulación, pero habría otros mecanismos a los cuales se podría recurrir.

Alguien podría argumentar con razón que estas dos cuestiones se implican mutuamente, yo convengo en ello, pero me parece que al menos diferenciar una de otro, ayuda en mucho a generar un diseño legislativo con mayor viabilidad y mucho me temo que la propuesta de ley que hoy discute el Congreso mexicano estas dos cuestiones están francamente confundidas.

Déjenme ilustrar un solo ejemplo de esto, cualquier legislación debe estar soportada por una base jurídica constitucional suficiente.

Y yo me preguntaría: ¿Cuál es la base jurídica constitucional sobre la cual el Congreso mexicano puede emitir o expedir una legislación en esta materia? Y aquí encuentro que francamente este sustento es débil, es débil respecto de la protección de datos personales, aunque quizá ahí podríamos argumentarlo, pero es mucho más débil respecto de las sociedades de información.

¿Cuáles son, entonces, las facultades expresas del Congreso mexicano para legislar en esta materia? La cuestión no es banal, porque si el sustento constitucional no es sólido, entonces la acción regulatoria puede estar destinada al fracaso.

Esta cuestión que parece tan obvia, me permito comentarlo, ni siquiera está discutido en el proyecto de dictamen de esta ley en el Congreso y me parece que es ya significativa.

Pero lleva a otros problemas respecto al nivel de gobierno apropiado en esta materia.

¿En el caso concreto de México es una legislación de carácter federal o estatal? En el proyecto que tenemos enfrente es una mezcla curiosa, porque por un lado aparenta ser una legislación de carácter federal, al menos respecto de los órganos o las entidades públicas federales, pero parece dejar completamente de lado los órganos y entidades de gobierno de carácter estatal o municipal y tendríamos que convenir que estas organizaciones también manejan datos de carácter personal.

En cambio, respecto de las sociedades de información y de las organizaciones como se refiere el proyecto, admite casi implícitamente una regulación de carácter federal, e insisto en la pregunta fundamental: ¿Cuál es el sustento constitucional para esto?

Quizás mi reflexión me llevaría a que probablemente habría que considerar la conveniencia, incluso, de plantear una reforma constitucional, para que esta materia quedara bien definida desde su origen.

Pero los problemas jurídicos constitucionales no son los únicos. Creo que hay otras cuestiones que me preocupan respecto del diseño institucional incluso de cuestiones de carácter procedimental.

Brevemente me refiero a las cuestiones institucionales. Ya se ha hablado aquí de los diferentes modelos, y se insiste mucho en la autonomía de los órganos.

Sin embargo la pregunta relevante es autonomía para qué o de qué. Y aquí, insisto, me parece importante diferenciar las funciones de protección de datos personales que puede tener una agencia administrativa, y que simplemente

interviene en un nivel intermedio respecto de la intervención el Poder Judicial, si admitimos que, en principio, en nuestros sistemas la garantía última de los derechos fundamentales se encuentra en los poderes judiciales, cuestión que obviamente alguien podría argumenta que no, pero parecería que ésta es la tendencia.

O bien, si se trata de una autoridad reguladora de un mercado de información, que le da un carácter distinto, y que incluso me llevaría a cuestionar la necesidad de un órgano de carácter colegiado.

Si se trata de una autoridad reguladora, la autonomía administrativa se justifica por razones técnicas, como existe en otro tipo de industrias de redes, y entonces nos lleva a un diseño institucional definido. Distinto probablemente de una agencia cuya función central fuera la protección de datos personales a partir de una óptica de protección de derechos fundamentales.

Quizá estos modelos son combinables. Insisto, lo que resulta fundamental es entender cuál es la naturaleza de la intervención del órgano administrativo en esta materia, puesto que estamos admitiendo que no es un órgano de carácter jurisdiccional en sentido estricto.

Hay otras cuestiones preocupantes, por ejemplo, esta falta de claridad lleva a que se proponga un procedimiento en donde el ciudadano puede recurrir la corrección de sus datos personales directamente ante la entidad privada, ante el órgano administrativo o ante el órgano jurisdiccional, aunque la ley dice que no de manera simultánea no establece prelación ante ellos, y esto evidentemente provocaría problemas procedimentales muy serios que podrían, incluso, a que la eficacia de este mecanismo no fuera el deseable.

Y finalmente cuestiones también de carácter procedimental, que yo me pregunto si hubo consulta suficiente, por ejemplo, con el Poder Judicial. El plazo que establecen para la

intervención de los juzgados de distrito, dada la experiencia que tenemos en las cargas de trabajo que tienen estos tribunales, me hace pensar que los plazos que se están presentando no son ni remotamente viables en las condiciones actuales de operación del Poder Judicial, y no voy a hablar ya de la capacitación que requerirían los jueces para el ejercicio de este derecho.

Creo que habría otras cuestiones en las que ya no quiero abundar por ser demasiado nacionales. Pero sí me parece finalmente que el diseño de una legislación plantea dilemas importantes, y yo me atrevería a pensar que uno de los enormes beneficios de este tipo de encuentros es el intercambio de perspectivas, de experiencias, de diseños, de conocimiento y que permitirán, espero, en el corto plazo que los países de nuestra región cuenten con una legislación adecuada, flexible, dinámica, para este problema que está, sin duda, al centro de las preocupaciones de las sociedades contemporáneas.

Firma de las Cartas de Intención

María Marván Laborde; José Luis Piñar Mañas y Juan Antonio Travieso, titulares, respectivamente de los organismos denominados Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Agencia Española de Protección de Datos y Dirección Nacional de Protección de Datos de Argentina.

Estas Cartas de Intención serán firmadas, por una parte, entre el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México y la Agencia Española de Protección de Datos.

Y, por la otra, entre el Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de la Argentina.

A partir de las competencias y funciones que competen a las partes en cada una de las Cartas

de Intención, en relación con la protección de los datos personales, así como del mutuo beneficio que puede resultar del intercambio de sus experiencias y capacidades, en busca de la mayor eficacia y eficiencia en la labor encomendada a las mismas.

Dichas partes manifiestan, a través de estas Cartas, su intención de crear un grupo de trabajo a efecto de que desarrolle un proyecto de convenio de colaboración en materia de protección de datos personales y después de las consultas necesarias formalizar dicho convenio, antes de que concluya el primer semestre de 2006.

Por tanto, en este momento la doctora María Marván Laborde, en representación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, y los señores José Luis Piñar Mañas, en representación de la Agencia Española de Protección de Datos y Juan Antonio Travieso, de la Dirección Nacional de Protección de Datos personales de la República de la Argentina, procederán a la suscripción de las Cartas de Intención.

María Marván Laborde: Pues a pesar de la sencillez de la ceremonia, muchísimas gracias y enhorabuena, por supuesto a España, por supuesto a Argentina muchas gracias por esto.

José Luis Piñar Mañas: Muchísimas gracias querida María por haber firmado esta *Carta de Intenciones*. Estoy seguro que de este documento surgirán frutos muy importantes, no sólo porque están estampadas nuestras firmas sobre el documento en sí, si no porque hay una magnífica y estrecha relación personal entre los equipos del IFAI y de la Agencia Española de Protección de Datos y esto es lo que en definitiva impulsa los documentos que en algún momento puedan suscribirse.

Estoy ya deseando que se pueda firmar ese convenio formal de colaboración y, sin duda este es el comienzo, como en *Casa Blanca*, de una buena amistad y de lazos más estrechos de cooperación, de colaboración y de una apuesta aún más profunda, si cabe, en aras del derecho

fundamental de la protección de datos y del derecho a la transparencia y al acceso a la información pública.

Juan Antonio Travieso: Quiero agregar fundamentalmente que suscribo todas y cada una de las expresiones del José Luis Piñar Mañas, pero además quiero agregar un punto más, que es la hermandad que nos vincula especialmente en lo que a mí me respecta con respecto a mi país la Argentina con México. Por lo tanto entonces me siento hermanado y me siento orgulloso de poder participar en esto y aumentar, por un lado, mi mexicanidad. Y por otro lado también compartir con María lo que ella también considera su argentinidad.

De manera entonces que unimos esos dos en un proyecto grande y sobre todo, cimentado sobre la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales

