

INTRODUCCIÓN

A pesar de que el derecho a la protección de datos surgió a partir del derecho a la privacidad y a la vida íntima, éste ha superado esa barrera para convertirse en un derecho independiente, propio de una era en la que las nuevas tecnologías de la información hacen más vulnerable la información de las personas.

Por razones distintas, pero de manera similar, el derecho a la protección de datos personales surgió en diferentes países bajo sus propios contextos. Tal es el caso de Estados Unidos que puso de manifiesto el “*right to privacy*”, entendido como el derecho a “estar solo”, tras vislumbrar la amenaza que los medios de comunicación podían representar para la vida privada de las personas, o el caso de Alemania, que dados sus antecedentes históricos creó una de las primeras leyes, de las más estrictas, en materia de protección de datos personales (Castro, 2005).

Cada país ha tomado rumbos distintos al establecer políticas públicas para el uso y seguridad de la información personal, algunos con leyes más precisas que otras. Sin embargo, es una tendencia marcada entre la comunidad internacional establecer límites al uso de los datos personales y, a su vez, favorecer el desarrollo de las actividades personales, políticas, científicas y económicas, tanto al interior de cada país como de manera global.

En su historia y desarrollo, el derecho a la protección de datos personales se ha topado frente a otros derechos fundamentales ante los cuales el legislador ha tenido que ponderar para proporcionar un justo equilibrio en la protección de cada uno. Tal es el caso del derecho de acceso a la información o el derecho de informar de los periodistas. También ha tenido que verificar cuando se trata de casos que ponen en riesgo la seguridad pública.

Por esta misma razón, actualmente se desarrollan convenios y tratados internacionales que fijan lineamientos y principios básicos que cada país debería incluir en su legislación para proteger la información personal de los individuos, con mecanismos que a su vez fomenten la autoprotección y la autorregulación.

¿Por qué es importante proteger nuestros datos personales?

Un dato personal es toda aquella información que nos identifica. Va desde el nombre, apellidos, edad, domicilio, teléfono, correo electrónico, identificaciones oficiales, ingresos, etc., hasta información todavía más sensible: tipo de sangre, preferencia sexual, historial clínico, huella digital, creencias religiosas, etc. De manera aislada toda esta información podría parecer no tener mayor uso, sin embargo, almacenada en grandes bases de datos constituye una fuente para el desarrollo de cualquier actividad puesto que las instituciones, tanto públicas como privadas, funcionan con información personal y el cruce de datos permite crear perfiles muy completos de las personas. Los sectores financiero, de salud, educación, investigación, político, etc., requieren, forzosamente, información. Sin embargo, el uso que hacen de ella no siempre es el apropiado y su seguridad puede ser fácilmente vulnerada, con serias consecuencias para sus titulares.

Algunas de estas posibles consecuencias se reflejan en actos como: ser víctimas de fraude o secuestro, ser constantemente acosados por ofertas no solicitadas, recibir constantemente propaganda o publicidad de acuerdo con sus hábitos de consumo, ser víctimas de discriminación o chantaje, se les podrían negar ciertos servicios por su historial médico o crediticio, etc. Proteger esta información es importante para prevenir su uso indebido, robo o falsificación, etc., en perjuicio de sus titulares, y evitar que alguna de esas actividades ilícitas quede impune.

Justificación

Cuando España se sumó a los países que reconocieron la protección de datos como un derecho, académicos y expertos españoles dijeron que su país llegó tarde al tema, aunque no tanto como México que, veinte años después, al igual que otros países de América Latina, se anexó a las filas de la protección de información personal.

La protección de datos personales llegó a nuestro país un poco de forma indirecta en la búsqueda de otro derecho, el acceso a la información, cuya ley creada en 2003 únicamente contenía unos escasos artículos que abrieron camino a la protección de la información personal, que poco a poco ha ampliado su ámbito de cobertura.

La protección de datos es entonces un tema reciente en nuestro país, se encuentra en una etapa inicial en la que hay una labor importante por hacer. Como órgano garante, el Instituto Federal

de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales debe implementar políticas públicas y estrategias para generar una cultura de prevención, autorregulación, autoprotección, cumplimiento y mecanismos sancionadores, a fin de garantizar que los datos personales tanto del sector público como privado sean protegidos.

Es importante realizar este estudio en la etapa inicial de la protección de datos personales en México porque el hecho de que haya llegado tarde a este tema, la experiencia generada por otros países debería proporcionarle herramientas útiles que le permitan implementar y hacer valer el derecho de manera más eficaz, de acuerdo con el contexto histórico en el que se ha desarrollado.

Justifica este estudio, asimismo, el hecho de que se trata de un tema nuevo en México y actualmente existen pocos documentos de investigación o bibliografía desarrollada por la academia. Esta tesis contribuye como referencia documentada para generar conocimiento.

Es necesario mencionar el punto en el que encuentra su relación con la comunicación, para no perder la perspectiva del área de estudio. Toda ley es necesaria para proteger algún derecho. El derecho a la protección de los datos personales surgió en parte desde el ámbito de la comunicación, cuando los medios representaron una amenaza para la vida privada de las personas. Actualmente está íntimamente relacionado también con las nuevas tecnologías de la información que facilitan el intercambio de datos, el uso de Internet, las redes sociales, la mercadotecnia, etc. Ante todo este movimiento global de datos las leyes se convierten en un elemento necesario e indispensable para garantizar el bien común, que también resulta de interés para las ciencias de la comunicación, que interviene en la creación de políticas públicas.

Se relaciona también con la comunicación por el vínculo estrecho que la protección de datos personales mantiene con el acceso a la información. Ambos derechos pertenecen a las democracias modernas, el derecho a la información está vinculado con la transparencia necesaria en las administraciones públicas, que a la vez coadyuva con la labor periodística en su derecho a informar. Sin embargo, era necesario balancear el acceso a la información con la protección de datos personales, con la débil línea que separa lo público de lo privado.

Además de todo esto, la comunicación apoya en la creación de políticas públicas mediante el espacio público que ofrece en su búsqueda del bien común para la construcción de la democracia.

Hipótesis

A pesar de que el derecho a la protección de datos personales llegó de forma tardía a México, el conocimiento y experiencia de otros países en esta materia debió haber servido nuestro país como una herramienta básica para la creación de su propia ley y políticas públicas para un mejor establecimiento del derecho y para implementar mecanismos que verifiquen su cumplimiento. Era importante que México se sumara a la protección de datos personales en esta era de las nuevas tecnologías para garantizar el buen manejo de la información. Además del derecho comparado, la protección de datos personales debe aprovechar el espacio público para su desarrollo porque facilita la participación ciudadana ya sea mediante foros o medios de comunicación que dan cabida a que distintas voces expresen su opinión referente a temas de interés público.

Mediante este estudio también se pretenden comprobar las siguientes hipótesis:

- El IFAI, como órgano garante de dos derechos (acceso a la información y protección de datos personales) deberá ser muy versátil para hacer cumplir con ambos sin caer en contradicciones. En su defecto, si las condiciones presupuestales lo permitieran, esta tesis sostiene que sería preferente que existiera un organismo aparte encargado de velar por este derecho.
- Por tratarse de un mismo derecho debería existir una sola ley y no dos leyes sectoriales porque esto complica la labor del legislador y del mismo IFAI.
- Debe eliminarse la excepción mencionada en el artículo segundo de la Ley de Particulares referente a las sociedades de información crediticia puesto que la ley que contiene su regulación no ofrece las mismas garantías y porque en el derecho comparado no hay tal diferenciación.
- Los mecanismos de autoprotección y autorregulación desempeñan un papel fundamental pero requieren educación tanto dentro de las empresas o entidades poseedoras de la información como de los titulares de los datos.

- Dado que el presupuesto con el que el IFAI cuenta para poner en marcha la protección de datos personales es limitado, el organismo deberá establecer medidas de autofinanciamiento para no aminorar el cumplimiento de la ley.
- Los medios de comunicación y las nuevas tecnologías son fundamentales para el cumplimiento, difusión y educación en materia de datos personales.

El tema de la protección de datos genera muchas interrogantes. Algunas de las más evidentes se responden en esta investigación.

¿Qué son los datos personales?

¿En qué consiste el derecho a la protección de los datos personales?

¿Cuáles son los principales riesgos de los datos personales?

¿Cómo surge el derecho a la protección de datos personales?

¿Cuáles son las principales doctrinas de derecho que lo amparan?

¿Con qué otros derechos tiene algún vínculo o con cuáles se contraponen?

¿Cómo han actuado otros países con relación a este tema?

¿Cuáles son los principios internacionales establecidos para su protección a nivel global?

¿Cuáles son algunos de los sectores vulnerables en el mal manejo de la información?

¿Cuál es la legislación existente en México en materia de datos personales?

¿Cumplen las con los parámetros internacionales?

¿Qué sectores son más vulnerables en nuestro país?

¿Qué casos pueden mencionarse en México sobre la protección de datos?

¿Qué autoridad es competente para garantizar la protección de los datos?

¿Es conveniente dejar la protección de datos personales únicamente a la tutela de la ley?

¿Qué otros mecanismos pueden adoptarse para proteger la información personal?

¿Cómo ha contribuido la comunicación con el derecho a la protección de datos personales?

¿Cuál es la relación entre la comunicación y el establecimiento de políticas públicas?

Objetivos

Entre los objetivos generales está responder a todas las interrogantes desarrolladas por el tema de la protección de datos personales en México. Se suman a éstos:

- Desarrollar un marco teórico referente a las principales definiciones relacionadas con el derecho a la protección de datos personales.
- Conocer los principales tratados y convenios internacionales sobre datos personales.
- Revisar en el derecho comparado el proceder de otros países.
- Estudiar la legislación que existe en México para proteger los datos personales.
- Exponer algunos casos relacionados con la protección de datos personales.
- Proponer mecanismos adicionales para la protección de datos.
- Conocer la relación entre la comunicación con el establecimiento de la democracia y el desarrollo de políticas públicas.

Objetivos específicos

- Definir el concepto de datos personales.
- Estudiar los tratados internacionales y los casos específicos de: España, Argentina, Estados Unidos.
- Establecer cuáles son los principales riesgos de los datos personales.
- Analizar desde los tratados internacionales hasta la jurisprudencia en materia de datos personales.
- Estudiar el sector financiero, de salud, educación.
- Establecer la relación que existe entre la protección de los datos personales y la comunicación.
- Analizar la labor del IFAI como órgano garante.
- Exponer casos concretos de mal uso de los datos personales.
- Conocer la participación de la comunicación en el desarrollo de políticas públicas para el derecho a la protección de datos personales.
- Estudiar la relación entre las prácticas periodísticas y los datos personales.
- Conocer las políticas públicas de protección de datos personales dentro de las organizaciones.

Marco teórico

Esta investigación contiene un marco doctrinal relacionado con la protección de los datos personales, estudios comparados de España, Argentina y Estados Unidos, revisión de la legislación mexicana en materia de protección de datos personales, un análisis de casos prácticos y la participación de la comunicación en el desarrollo de políticas públicas.

Metodología

Como metodología se aplica el derecho comparado, inducción, deducción, formulación de hipótesis, análisis de teoría, normas, y entrevistas con expertos en la materia: académicos, periodistas, investigadores, abogados, médicos, personal del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y de la Comisión de Acceso a la Información en Puebla.

Mediante el método comparativo, el derecho comparado coteja las normas e instituciones consagradas por ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, para evidenciar las características más significativas y notas similares o diferenciales, y determinar principios y reglas que puedan tener una aplicación efectiva en dichos ordenamientos (Biscaretti, 1996).

Biscaretti (1996) menciona cuatro finalidades relacionadas con la aplicación del derecho comparado:

1. Se puede contemplar la satisfacción de exigencias de orden cultural.
2. Conduce a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional cuando se coteja con ordenamientos extranjeros, sobre todo cuando provienen de la misma genealogía, para identificar principios ocultos o latentes a los analíticos del derecho del propio Estado.
3. Conocer las leyes e instituciones de países por sus estructuras constitucionales es útil para quienes deben asumir las nuevas exigencias normativas en el ordenamiento nacional, ya sea para una mejor elaboración técnica de las mismas o para aprovechar la experiencia de su aplicación ya realizada. En otras palabras, la investigación comparada puede ser la guía más útil y el freno más eficaz de una legislación.
4. Pretende la ambiciosa meta de la unificación legislativa. Esta tendencia tiene mayor fuerza principalmente en los Estados agrupados en uniones regionales, como las Comunidades Europeas, que requieren cierta analogía de las normas e instituciones constitucionales.

El derecho comparado puede ser muy variado en relación con la naturaleza de la investigación misma, en cuanto al material normativo de estudio y al ámbito de extensión de las investigaciones realizadas por los ordenamientos estatales (Biscaretti, 1996). Desde un punto de vista general, Biscaretti (1996) afirma que una investigación de derecho comparado puede estar estructurada en cuatro etapas: una metódica y elaborada recopilación de datos con normas e instituciones de los países que se estudian de manera particular, su sistematización para establecer analogías y diferencias que resultan de su comparación, realización constructiva y exposición sistemática de los resultados obtenidos, referida a cada Estado particular, a un sector especial o a una institución de varios países, o a una síntesis sumaria.

Los métodos deductivo e inductivo, a pesar de ser distintos funcionan juntos para proporcionar un conocimiento sólido y completo de las ciencias. El razonamiento deductivo va de lo general a lo específico, es decir, va de un esquema esperado lógico o teóricamente hacia observaciones que prueban si este esquema se presenta o no. El primer paso para construir una teoría deductiva es elegir un tema de interés y escribir una lista sobre lo que se sabe o piensa al respecto, esto puede contener opiniones personales, lo que otros estudiosos dicen sobre el tema o hablar con otras personas y leer lo que han escrito. Con base en esto, mediante un ejercicio de introspección es posible establecer una teoría propia (Babbie, 2000).

Por otro lado, el método inductivo va de lo particular a lo general, es decir, parte de un conjunto de observaciones concretas a descubrir esquemas que integren un grado de orden para los acontecimientos dados, es importante señalar que su descubrimiento no necesariamente explica por qué existe ese esquema, únicamente indica que lo haya. En otras palabras, en el método inductivo los investigadores observan aspectos de la vida social para intentar descubrir pautas que pueden llevar al establecimiento de principios o teorías universales (Babbie, 2000).

La formulación de hipótesis como parte de la metodología es indispensable porque una hipótesis indica lo que se busca. Una vez que los hechos se reúnen, ordenan y se ven en relación con otros se constituye una teoría, que no es especulación sino que se construye sobre los hechos. En este sentido, formular una deducción constituye una hipótesis que, si se comprueba, forma parte de una construcción teórica. La hipótesis vislumbra hacia delante porque su proposición puede ser puesta a prueba para comprobar su validez. Existen hipótesis

que afirman uniformidades empíricas, otras que se ocupan en ideales complejos, otras que se relacionan con variables analíticas, hipótesis originadas en la ciencia y otras que surgen en la experiencia personal. Para que las hipótesis sean utilizables deben ser conceptualmente claras, tener alguna referencia empírica, ser específica, estar relacionadas con técnicas disponibles y con un cuerpo de teoría (Goode y Hatt, 1998).

En este orden de ideas, el análisis de la teoría es necesario porque la teoría es un instrumento que, de acuerdo con Goode y Hatt (1998): “1) define la orientación principal de una ciencia, en cuando define las clases de datos que se han de abstraer; 2) presenta un esquema de conceptos por medio del cual se sistematizan, clasifican y relacionan entre sí los fenómenos pertinentes; 3) resume los hechos en una generalización empírica y sistemas de generalización; 4) predice hechos, y 5) señala los claros que hay en nuestro conocimiento”. El análisis de la teoría, visto desde esta perspectiva, sirve para reformular o redefinir el conocimiento que existe referente a determinado tema.

La entrevista es otro método de las Ciencias Sociales para la obtención de información que ayuda al investigador a aproximarse a las metas de confiabilidad y validez. La finalidad de este mecanismo es reunir los datos requeridos para verificar una hipótesis en la investigación social. El diseño del cuestionario, la realización de la entrevista y la preparación del entrevistado son elementos clave para obtener la información. Por ejemplo, un abogado debe entrevistar a su cliente para su defensa, el médico apoya su diagnóstico en la entrevista a su paciente, el periodista entrevista a su fuente, etc., de tal manera que todos, en cierta medida, deben desarrollar una capacidad como entrevistador para el desempeño de sus profesiones (Cannell y Kahn, 1972).

Una de las ventajas que tiene la entrevista es que se vincula con actitudes, percepciones y conducta de las personas en distintas situaciones porque sólo se encuentran “dentro del individuo” y sólo él puede comunicarlas. Además constituye una fuente de acceso directo a la información para reunir datos sobre un tema determinado. No obstante, la entrevista se topa con algunas limitaciones: parcialidad del entrevistador con respecto a la información que obtiene, es decir, el entrevistador podría ocultar o distorsionar los datos; incapacidad o falta de disposición del entrevistado para proporcionar información; y la parcialidad de la memoria para no dar datos precisos. A todo esto, la capacidad, la técnica del entrevistador y su ingenio

son claves para compensar en alguna medida las parcialidades, los errores de la memoria o la falta de disposición del entrevistado (Cannell y Kahn, 1972).

El cuestionario es el instrumento o recurso de medición indispensable para el científico social. El investigador debe disponer de un cuestionario apropiado para los objetivos de su investigación, hacer las preguntas y registrar las respuestas de forma estandarizada. Sin embargo, el entrevistador no podrá aplicar siempre las mismas preguntas puesto que se trata de situaciones variables.

De acuerdo con Cannell y Kahn (1972), el cuestionario o formulario de la entrevista tiene dos propósitos: “traducir los objetivos de la investigación en preguntas específicas cuyas respuestas proporcionarán los datos necesarios para comprobar las hipótesis o indagar el área determinada por los objetivos de la investigación... y ayudar al entrevistador en la tarea de motivar al sujeto para que comunique la información requerida”. Las preguntas del cuestionario se construyen sobre la base de los objetivos de la investigación, por lo que su elaboración no puede ser el primer paso del proyecto sino la formulación de los objetivos de investigación y la especificidad de la información que se quiere obtener (Cannell y Kahn, 1972).

Para mejores resultados, el cuestionario debe constar con algunos elementos: elegir el vocabulario adecuado y eliminar las expresiones coloquiales y clichés del entrevistador, aproximar el lenguaje al del sujeto para comunicar eficazmente los contenidos, estar dentro del marco de referencia del tema en cuestión, vincular las preguntas con el nivel de información del sujeto para hacerlo sentir en libertad de dar sus respuestas sin sentirse acechado, no hacer preguntas que sugieran la respuesta, realizar preguntas con una idea única, llevar una secuencia en las preguntas, definir si se trata de preguntas abiertas o cerradas y, de ser posible, realizar una prueba previa (Cannell y Kahn, 1972).

Asimismo, la aplicación de la entrevista requiere cierta técnica: realizar una introducción al tema que contenga el propósito y objetivos de la investigación, describir el método de selección del entrevistado, identificar su procedencia y comunicar el fin de la entrevista; debe realizarse mediante preguntas previamente elaboradas adaptadas a la particularidad de cada sujeto; el entrevistador debe ser capaz de estimular respuestas completas, de obtener información adicional del sujeto cuando sea necesario y aclarar o especificar la información

que el sujeto ya comunicó, sin cambiar o introducir parcialidad en la información obtenida, y, finalmente, el entrevistador debe registrar de manera fiel y precisa las respuestas (Cannell y Kahn, 1972).

Leñero y Marín (1993) distinguen tres tipos de entrevista: noticiosa o de información, de opinión y de semblanza. La entrevista noticiosa o de información busca alguna información noticiosa; la entrevista de opinión sirve para recoger comentarios, opiniones y juicios de personajes sobre algún tema en particular que sea de interés, ya sobre problemas nacionales, internacionales, de actualidad, etc., y la de semblanza se utiliza para conocer el carácter, costumbres, modo de pensar, datos biográficos o anécdotas de un personaje. Manual de periodismo.

Delimitación

El estudio está limitado al caso de la protección de datos personales en México desde su reciente reconocimiento como un derecho. Su estudio abarca las políticas públicas del ámbito público y privado contemplados por las leyes mexicanas y convenios internacionales, con sus respectivos sectores.

Descripción general

El primer capítulo de esta tesis contiene los conceptos teóricos relacionados con el derecho de protección de datos personales. Describe el desarrollo del derecho desde su inicio, a partir del derecho a la privacidad mediante sus vertientes en algunos países, hasta su definición como un derecho independiente y autónomo. Hace por lo tanto, un repaso por los derechos fundamentales del ser humano, las generaciones de los derechos humanos, la libertad como derecho fundamental, la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la privacidad, el derecho a la intimidad, la *privacy*, la libertad informativa y la libertad informática, el *habeas data* y el derecho a la protección de datos personales.

El segundo capítulo de Derecho comparado abarca los tratados internacionales y los casos particulares de España, Argentina y Estados Unidos. La parte de tratados internacionales contiene los principales convenios realizados a favor de la protección de datos en el mundo y la historia, desde Naciones Unidas, la Comunidad Europea hasta la Resolución de Madrid. La selección de los países estudiados se debió a diferentes razones: España por toda la labor que

ha realizado para proteger la información personal y por el impulso que da a su difusión, además porque el desarrollo del derecho sirve de ejemplo para las legislaciones de algunos países. Argentina por haber sido el primer país de América Latina en obtener la acreditación ante la Unión Europea en materia de protección de datos personales, basados en la ley española, pero con sus características propias. Estados Unidos por la relación que tiene con México y por el trato más abierto que hacen de la información personal a diferencia de los países europeos.

Este mismo capítulo contiene el marco jurídico mexicano referente a la protección de datos personales. Revisa los artículos de la Constitución, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública –y su propuesta de reforma–, la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, el IFAI como órgano garante, otras disposiciones y leyes sectoriales que contienen artículos que protegen la privacidad o datos personales, reglamentos de leyes, casos de la jurisprudencia y las leyes estatales, con un breve detalle del caso de Puebla.

El tercer capítulo estudia casos particulares desarrollados en distintos sectores tanto del ámbito público como privado, tales como: las Sociedades de Información Crediticia, el Instituto Federal Electoral con la particularidad de Choice Point, el sector salud, sector educativo, telecomunicaciones, etc. En cada uno se estudian diferentes situaciones relacionadas con la protección de la información personal y vislumbra el panorama en México con las leyes y políticas establecidas.

El capítulo cuatro desarrolla la participación de la comunicación con la construcción de la democracia al ofrecer un espacio público, así como la forma en que contribuye en la creación de las políticas públicas relacionadas con los datos personales y el papel de los medios de comunicación referente a la protección de datos personales y la privacidad.

Finalmente, las conclusiones destacan los puntos más relevantes del estudio de manera crítica a la vez que sostiene a la autorregulación como un plus a la protección de datos y propone formas de autoprotección.