

México, D.F., 12 de noviembre de 2014.

Versión estenográfica de la Sesión 2: “La experiencia de las autoridades de protección de datos en Iberoamérica. El impulso normativo a través de una Ley Modelo de la OEA”, durante el XII Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, llevado a cabo en el Auditorio “Alonso Lujambio” del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).

Areli Cano Guadiana:

En seguida daremos el uso de la voz al maestro Jorge Islas López, amigo y conocido ya por muchos de nosotros y de ustedes, que ha sido un aliado en estos temas tanto de transparencia como de protección de datos personales.

Es licenciado en derecho por la UNAM, con maestría en leyes por la Universidad de Columbia, Nueva York.

Ha sido un firme precursor del derecho a la información y transparencia en México.

Él me ha pedido hacer una súper síntesis de su vida curricular, pero realmente él ha sido, como comenté al principio, un aliado en estos temas y nos ha acompañado y ha observado varias de las iniciativas, tanto en materia de transparencia como de protección de datos personales.

Actualmente es profesor titular por oposición de derecho constitucional de la UNAM, y bueno, bienvenido, maestro Jorge.

Jorge Islas López: Buenas tardes. Muchas gracias al IFAI por esta generosa oportunidad de venir a reflexionar la experiencia de las autoridades de protección de datos en Iberoamérica, que concretamente habla del caso mexicano, y el eventual impulso normativo que se le puede dar a través de una ley modelo en la que trabaja la OEA.

De manera muy puntual quiero dar las gracias a la maestra Areli Cano, la generosa atención de invitarme a formar parte de este panel, a mis colegas de mesa y a la doctora Ximena Puente, muchas gracias, al

maestro Oscar Guerra, Oscar, muchas gracias, a la doctora Patricia Kurczyn, muchas gracias, al licenciado Monterrey Chepov, muchas gracias, y Joel, muchas gracias.

Bueno, el contexto de mis colegas ha sido muy puntual, creo que ha sido una visión desde la perspectiva institucional normativa y, sobre todo, de la aplicación de la regulación.

Yo quisiera entrar con una parte no explorada en la mesa, que es una parte conceptual, que es lo que creo que da los elementos para que luego la regulación tenga sentido.

No hay regulación y no hay principios que no se puedan sustentar sobre reflexiones conceptuales que previamente nos dan un preámbulo para pensar en legislaciones modelo.

El tema de la privacidad y de la publicidad de datos, tiene ya algunos años que se ha discutido. Y se ha discutido como un proceso de evolución y de civilidad, racionalidad y una manera de armonizar las mejores prácticas de una sociedad que intenta tener las mejores condiciones de organización y de integración.

En ese sentido, es gracias a Roma y no a Grecia, o sea, las civitas y no la polis, la que establece la primera vez en Occidente, la diferencia entre lo público y lo privado.

Si no mal recuerdo, y aquí ofrezco una disculpa, si no es preciso el dato, es el artículo 3° de las instituciones de Justiniano, en donde por primera ocasión se establece la diferencia entre lo público y lo privado, claramente atendiendo a un principio de metodología y de analogía, lo que no es público, es privado, lo que no es privado, es público, pero lo importante de esta referencia es el antecedente y la forma en cómo Justiniano nos establece que lo público atiende a un interés para la comunidad para las civitas.

Pasan algunos años y estos principios quedan idénticos y esto nos tiene que llevar, como lo decía mi colega Claudio hace un momento, a observar que estos derechos han contenido evoluciones, no sufren un impacto mayor, sino es cuándo padecen las nuevas tecnologías de la información, y lo que hoy conocemos, como sucede de la información,

para tener esta claridad de qué es lo que tenemos que tutelar, qué es lo que se debe de regular y qué es lo que se debe de proteger.

En el intermedio, las revoluciones y reformas liberales de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, establecen la primera base normativa, e institucional de protección a la privacidad.

No obstante que hasta en nuestra época, en los años 80's, en el Siglo XX, y a partir de los años 90's, las nuevas tecnologías impactan, las nuevas tecnologías de la información, impactan directamente en nuestras sociedades, en nuestros comportamientos, en nuestras fuerzas de consumo, y en nuestras formas de abreviar y tener acceso directo a la información, también derivado de impactos de nuevos sucesos económicos, me refiero concretamente al capitalismo, no voy a desviar la plática sustantiva, pero que hay un elemento importante, a la política, aspectos sociales y en Estados Unidos de manera muy preponderante, temas que ellos llaman de National Security, seguridad nacional, al menos ésta es la justificación que le han dado, es que se han creado nuevas regulaciones, marcos normativos y legales, que reconocen como derechos fundamentales los que hoy se han mencionado en esta mesa como derecho zarco, para proteger los datos personales, como los datos de protección a nuestra privacidad o intimidad, en oposición a los de carácter privado para transparentar toda la información que es de interés público.

Todos estos datos, crean perfiles, perfiles de consumo, perfiles de comportamiento, perfiles de actuación. Los que preponderantemente son sensibles, independientemente de toda su gama que pueda haber, son los perfiles comerciales que se gestean a través de estas súper carreteras de la información y que nosotros luego no tenemos ni idea de dónde se está generando y se está gestando y se está almacenando y se está generando y se está gestando y se está almacenando y se está difundiendo esta información, y lo otro es lo que tiene que ver con el impacto del Estado Nación, que es la Seguridad Nacional.

México no es ajeno a esta ola de reformas y ha tenido un marco legal que ha ido evolucionando y que ha generado procesos de aproximaciones sucesivas para tener una base en la cual ha

establecido la normatividad y la institucionalidad, y la operatividad, y la funcionalidad de la protección de datos personales.

Creo que es muy temprano para decir qué tan exitosos somos o no en la materia.

Los procesos legales institucionales toman algunos años para tener la capacidad de observar si han funcionado o no han funcionado. Hoy México tiene una constitucionalidad, una institucionalidad y un proceso en evolución en su implementación.

En el caso concreto, no ajeno a los pactos liberales del Siglo XVIII, Siglo XVII para el caso inglés, Siglo XVIII para el caso estadounidense y francés, México no es ajeno en sus pactos constitucionales para integrar de manera implícita la protección de la privacidad.

Pero no es, si no hasta principios de este Siglo, o sea muy reciente, 2007, reforma constitucional de la que yo tuve conocimiento antes de que se presentara formalmente en el Congreso y algunos otros aspectos que me da mucho gusto, por cierto hacer el paréntesis con mi colega Alina Ornelas, trabajamos conjuntamente algo que veo hecho realidad, lo cual me da también mucho gusto.

Estos temas empezaron como una sucinta base constitucional, como sucede muchas veces en los procedimientos que van alcanzando mayores estaturas y mayores profundidades para que éstas tengan mucho mayores capacidades de protección.

Yo pienso que es hasta el año 2010, con la última reforma, en donde tenemos una ley que vincula directamente la legalidad para la protección de datos personales en posesión de particulares y en complemento, la Ley Federal de Transparencia en el capítulo 4º para la protección de datos personales bajo los sujetos públicos.

Esta referencia que es muy reciente, como lo podemos ver cronológicamente, nos debe de dar la oportunidad en la generación de reflexiones y de propuestas que eventualmente México podría presentar para la OEA, en esta gran encomienda que tienen para crear una ley modelo, creo que una primera pregunta es ¿y qué diseño

institucional seguimos?, qué diseño institucional sobre la base de los ejemplos que tenemos en Iberoamérica.

Y creo que no hay mucho para dónde observar los fenómenos normativos y su comportamiento. Creo que son dos modelos fundamentalmente los que tenemos en la mesa, y de ellos tenemos que ver la manera de transportarlos y adecuarlos a nuestra realidad.

En ese sentido, en primer lugar tenemos el modelo europeo, con el cual me confieso un admirador porque está muy cercano a las maneras cómo concebimos inicialmente la institucionalización de la normatividad de estos derechos.

Algunos dirían que es una sobrerregulación, hay quienes dicen que es una regulación muy fuerte, una regulación que parte de principios de reciprocidad y un elemento adicional, bajo la sustancia o bajo el fundamento de la Unión Europea, o sea, hay una colegiación de normatividades que armonizan y que generan principios de reciprocidad para la protección de un Estado frente a otro Estado, más cuando estamos hablando que en estos temas de la sociedad de la información, pues las tecnologías rebasan las fronteras, las jurisdicciones y los Estados-Nación.

Entonces, Europa creo que ha generado en su conjunto tratados, legislación y diversos precedentes jurisdiccionales muy importantes y de avanzada.

El otro modelo es el modelo norteamericano, que está sustentado más que lo que establece su Constitución, en los precedentes jurisdiccionales que se dan sobre la Primera Enmienda, fundamentalmente, libertad de expresión, derecho a la privacidad y sobre la base de una cultura que a ellos les ha funcionado.

Les ha funcionado en 250 años porque quieren que funcione, no porque esté normado, que es la autorregulación.

Entonces, cuando nosotros queremos incorporar modelos que nos son ajenos en cultura, es muy difícil poder llevarlos a la implementación. El hecho de que nos digna “rulo blob orrestad” es Estado de Derecho. No quiere decir que, no quiero hablar del caso mexicano, aquí están los

colegas de otros países. No quiere decir que necesariamente en nuestros países esto haya sido una realidad. Es a veces una buena intención, en algunas ocasiones es una gran frustración.

El tema independientemente de que si hay Estado de Derecho o no hay Estado de Derecho potencial, para resguardar, tutelar, proteger y garantizar estos derechos, tiene que ver con otro tema que es un subtema del Estado de Derecho, que es implementación y que los sajones conocen como "loen for man".

¿Cuáles son algunas de las eventuales sugerencias que podríamos tener para que eventualmente México, con lo que tiene hoy institucionalmente, pudiera generar algunas reflexiones y propuestas para este nuevo modelo o esta nueva ley modelo?

Me permito sugerir algunas de ellas. Mi colega Claudio habla de medidas disuasivas, yo quiero hablar de medidas preventivas.

Me parece que un elemento fundamental tiene que ver con los programas de concientización, educación, socialización y formación, que promueven nuevos valores para que eventualmente se enraícen, tengas capacidad de que una sociedad conozca, no solamente en lo jurídico o en lo institucional o en la aplicabilidad de la norma, sino en un sentido de sensibilidad que hay ciertos derechos que son fundamentales de proteger.

Esto es algo que les ha funcionado muy bien a los sajones, y más que la perfección de sus sistemas normativos o institucionales tienen una gran conciencia colectiva y ciudadana sobre derechos que son sustantivos.

Al final diré: ¿y cómo voy a vincular este tema con la democracia? me parece que este es un tema importantísimo. Otro tema que me parece que es relevante para este efecto es las autoridades. Coincido con todos mis colegas de la mesa, del panel. Cada legislación de cada país deberá establecer las propias capacidades y características de su diseño institucional, pero es muy importante la independencia de la autoridad para que eventualmente tenga las mejores capacidades de libertad, en términos jurídicos de jurisdicción para resolver en base a los precedentes que va sentando y la capacidad de resolver sin la

injerencia de poderes institucionales o fácticos ajenos a lo que sería un garante institucional, que pensara más en el ciudadano y en el consumidor que en el poder que puede ser presionado o puede ser un motivo de presión para que no se haga valer a plenitud estos derechos ARCO.

Procedimientos. Estamos llenos ya de instituciones. Creo que la próxima semana, si no es que el Congreso aprobó ya algo, estamos en 13 órganos autónomos, para el caso de México. A mí me parece que es un exceso. Nació como una excepción, no como regla.

Hoy el principio de división de poderes en el Estado Mexicano y en nuestro sistema constitucional parte de la base no solamente del clásico sistema tripartita, sino hoy hay un poder autónomo. Lamentablemente no homologado en criterios, lamentablemente fraccionado.

Me parece que los procedimientos no hacen una consistencia, cuando tienes órganos autónomos, que permitan tener una claridad de la mejor protección de estos derechos. De tal manera que aquí la sugerencia es que se establezcan procedimientos sencillos, ágiles, eficaces ante el eventual incumplimiento de estas disposiciones que buscan proteger los derechos ARCO.

Sanciones. Bueno, no sé, Lina, si recuerdas yo era obsesivo con el tema de las sanciones, hoy me di cuenta que no estaba tan equivocado porque este es un tema importantísimo para nuestras sociedades, es un tema muy importante para nuestras comunidades y la legislación, creo que en ese sentido, debe prever sanciones no solamente las de carácter administrativo, civiles, sino también las que pueden tener alguna vinculación de orden penal.

Estamos hablando de temas muy sensibles que tienen que ver con el individuo y su dignidad, y si el Estado no tiene la capacidad de protegernos en los elementos que le dan sustancia a la persona, no al derecho humano, me estoy refiriendo a la esencia de la persona, a la dignidad con la cual se justifica la creación de los derechos humanos.

Yo creo que tenemos un gran problema, de tal manera que un capítulo de sanciones ejemplar que sea eficaz en su implementación puede ser una buena oportunidad para crear un marco legal referencial.

Y lo que mis colegas han llamado “reparación del daño”, yo llamo “consecuencias legales”. Se debe de prever la reparación del daño para prever los derechos de los titulares de los datos personales, el derecho a ser indemnizados por cualquier daño o perjuicio que se haya generado, ocasionado por un mal manejo de éstos.

En lugar de manejar el principio de flujo transfronterizo de información, también se deberían de establecer los límites generales de dicho flujo, tales como el que se puede hacer en la transferencia internacional con países que ofrezcan un nivel igual o superior de protección de datos, y de no ser así que el destinatario en particular garantice dichos niveles.

En otras palabras, aplicar un poco la práctica europea del principio de reciprocidad con quien puedes establecer convenios de colaboración a fin de que tengas la mejor capacidad de protección normativa internacional, pero con aquellos estados que tienen estándares similares a los tuyos.

Como decía, hace un momento, nuestra colega Magaly McLean, la idea de crear una ley modelo no es crear una ley que deba de ser incorporada a los sistemas normativos de cada estado con calzador.

Yo comparto su idea, se de establecer principios generales con los mejores estándares de prácticas internacionales que puedan ser adaptados en base a las circunstancias de cada jurisdicción. Me parece que esta es una oportunidad maravillosa en la cual el IFAI, con las prácticas que ha venido desarrollando en estos últimos meses, pone el debate en el centro de la mesa y genera reflexiones que tienen impacto no solamente nacional.

Sino a nivel regional a través del órgano que hoy regula, ni más ni menos que los derechos fundamentales observa, promueve y defiende los derechos fundamentales de todos los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, y aquí concretamente estamos hablando de derecho a la información y el derecho a la protección de datos personales.

Concluyo diciendo: no hay democracia posible ahí donde no hay transparencia, lo demás es una simulación. No hay democracia posible si no hay acceso a la información pública, y para eso necesitamos garantes confiables, autónomos y que en su actuación haya, antes que nada, el compromiso de promover el alto interés público que demanda una responsabilidad tan sensible como la que tienen, pero también, y en agregado y en complemento, no hay democracia si no hay protección a la información de datos personales de los ciudadanos que formamos parte de este sistema llamado Estado Constitucional, Estado Democrático de Derecho.

Y estos ciudadanos somos la esencia, el valor y la justificación esencial por la cual el poder del pueblo crea un sistema llamado, desde hace más de 2 mil 500 años, democracia.

Muchas gracias.

Areli Cano Guadiana: Muchas gracias, Jorge, por estas aportaciones, que ya sin duda formarán parte igual de la agenda que México pondrá en la mesa como sugerencias y propuestas.

- - -o0o- - -