



Crimen Organizado, Información y Protección de Datos Personales

Rosa María De la Torre Torres

Resumen

Este trabajo aborda la complejidad de la protección de los datos personales en la era de la información, donde el flujo de información no conoce fronteras jurídicas, espaciales o tecnológicas.

La dificultad de regular un fenómeno global como la transmisión transfronteriza de datos, el manejo de información en manos de particulares y agentes oficiales, es tema de este análisis.

La perspectiva de los avances y retos del sistema jurídico en la materia de protección de datos personales nos lleva a proponer, al final de este ejercicio académico, un conjunto de ejes rectores a nivel nacional e internacional para dar mayor cobertura y eficiencia a las legislaciones existentes.

Abstract

This work approaches the complexity of the protection of the personal information in the age of the information, where the flow of information does not know juridical, spatial or technological borders.

The difficulty of regulating a global phenomenon as the cross-border transmission of information, the managing of information in hands of individuals and official agents, is a topic of this analysis.

The perspective of the advances and challenges of the juridical system in the protection matter of personal information leads us to proposing, at the end of this academic exercise, a set of international and national governing actions to give major coverage and efficiency to the existing legislations.

Palabras claves

Datos personales

Key words

Personal information

Razones del tema

El crimen organizado es un conjunto de actividades que tiene un impacto cada vez mayor, tanto en la territorialidad de sus actividades, como en la diversificación de las mismas. El tráfico de datos de personales es un negocio en auge, las bases de datos son robadas, vendidas en el mercado negro para ser utilizadas por los criminales como instrumento para la extorsión o como fuente de información sobre posibles víctimas de secuestro, robo, fraude, entre otros. La sistematización electrónica de los datos personales ha tenido como consecuencia directa la facilidad del manejo de éstos. Ahora, es posible tener en un pequeño dispositivo de entrada USB, con una capacidad de 2 Gb, una gran cantidad de información.

En México, la protección de los datos personales es una asignatura pendiente, especialmente, de aquellos contenidos en bases de datos soportadas en medios electrónicos. Se debe poner especial atención para prevenir el mal uso de la información que de forma voluntaria, en algunas ocasiones, o de forma involuntaria, en otras, los mexicanos suministramos y que, desafortunadamente, en no pocas ocasiones, terminan en bases de datos vendidas en el mercado negro por cantidades irrisorias que van desde los cien hasta los diez mil euros.

Por lo anteriormente expuesto, resulta urgente una legislación adecuada y pertinente con impacto tanto a nivel estatal como internacional en la materia.

La Unión Europea ha marcado pauta en la implementación de instrumentos internacionales y algunos de sus países miembros han dado muestras sólidas de avance en la regulación de la protección de datos personales y en la prevención de los delitos relacionados con el tráfico de este tipo de información.

En México, sin embargo, aún hay mucho camino que recorrer y mucho trabajo que hacer; si bien se ha avanzado es necesario profundizar los alcances de la legislación en la materia.

Estado de la cuestión

En la actualidad, son cada vez más los asuntos, de orden civil, oficial, mercantil o social, que implican el manejo y transferencia de datos personales en medios electrónicos; por ello, resulta evidente la necesidad de una regulación adecuada en la materia.

Uno de los principales obstáculos para la adecuada regulación de la cuestión es la naturaleza ubicua de la *Internet*. No se pueden soslayar las ventajas de eficiencia y eficacia que el uso de esta herramienta reporta en la transferencia de datos, en la consolidación de operaciones comerciales, bancarias, en las comunicaciones sociales y oficiales y, por ello, es cada vez mayor el volumen de información que circula por el *cyber* espacio y que se almacena en ficheros electrónicos que pueden ser consultados vía *internet* o en el soportes computacionales.

La protección del flujo de datos personales depende, en gran medida, de la cooperación transfronteriza y de la consolidación de esfuerzos a nivel internacional. El tema es complejo y se ha vinculado ineludiblemente a aspectos como los derechos humanos, la seguridad, el comercio y el desarrollo.

Debido a que este asunto ha crecido exponencialmente en complejidad y escala, los Estados y los órganos internacionales buscan constantemente la mejor manera de responder a los retos que la protección de los datos personales y de la intimidad presentan. Algunas legislaciones nacionales han optado a favor de procedimientos y regulaciones unilaterales; sin

embargo, la naturaleza del tema reviste la necesidad de un tratamiento en el que sean revisados y atendidos tanto los aspectos de regulación nacional como internacional.

Desarrollo

Como reflejo de la necesidad de proteger el ámbito íntimo y personal del hombre en sociedad se estatuye un marco de protección a los datos e información de carácter personal por considerarse elementos con un valor significativo, tanto en lo individual como en lo colectivo. En México, la protección de datos personales es un derecho fundamental de reciente incorporación.

En el año 2002 se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, una legislación secundaria de carácter orgánico constitucional del artículo 6º de la Carta Fundamental. En la fracción II, del artículo 3º, de esta ley se reconoce normativamente a los datos personales como sigue:

Artículo 3º: Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

II. Datos personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otras la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva o familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales u otras análogas que afecten su intimidad

El numeral arriba transcrito presenta algunos inconvenientes conceptuales en cuanto al contenido del catálogo y al alcance de los conceptos esbozados. En este sentido, el principal inconveniente que guarda este artículo es que en el mismo se enumeran categorías muy amplias como el patrimonio y categorías muy restringidas en cuanto a su adjetivación como son las opiniones políticas o las convicciones filosóficas. La característica unificante puede ser, bajo esta perspectiva, la afectación a la intimidad.

Así, de acuerdo al contenido de la fracción II del artículo 3º de la LFTAIPG, será dato personal toda aquella información cuya difusión, distribución o comercialización no autorizada o abusiva provoque un menoscabo en la esfera de intimidad.

Para reforzar la protección de este tipo de datos, la misma legislación, en la fracción II de su artículo 18, les otorga el carácter de confidencialidad a: “Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización”. Este artículo presenta, al igual que el numeral anteriormente citado, deficiencias peligrosas.

Normativamente, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, establece una capacidad de autodeterminación limitada sobre los datos personales porque se limita a las actividades de difusión, distribución y comercialización, sin hacer referencia o previsión alguna sobre el acopio, manejo, búsqueda, almacenamiento, entre otras posibles acciones relacionadas con el trato de datos personales.

La protección de los datos personales es una prerrogativa que se reconoce a nivel constitucional desde 2007 en las fracciones II y III del artículo 6º de la Constitución federal que a la letra dice:

Artículo 6º: La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque

algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.

El derecho a la información será garantizado por el estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

El pasado 30 de Abril se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que establece la reforma al artículo 73 constitucional cuyo texto adiciona la fracción XXIX-O otorgándole facultades al Congreso Mexicano para legislar en materia de protección de datos en posesión de los particulares. Esta reforma establece en el artículo segundo transitorio del Decreto la obligación al propio Congreso de la Unión de expedir la ley en la materia en plazo no mayor a 12 meses, contados a partir de la entrada en vigor del decreto, es decir, antes del 30 de Abril de 2010. El pasado 27 de Abril, el Senado Mexicano aprobó la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares con lo cual se cumple el plazo perentorio establecido en el Artículo Segundo Transitorio de la reforma constitucional de 2007. Por ello, queda pendiente desarrollar y perfeccionar este marco normativo que resulta pertinente, pero insuficiente.

El objetivo primordial del presente trabajo es poner sobre la mesa del debate jurídico la necesidad que tiene México, como sistema jurídico, de establecer un marco jurídico más adecuado para la protección de datos.

El contenido de la Ley Federal de Protección de Datos personales en manos de particulares no tiene una cobertura lo suficientemente amplia que abarque a detalle cuestiones como las redes sociales, las bases de datos personales creadas, gestionadas y resguardadas por empresas privadas o individuos a título particular.

La protección de los datos personales es una prerrogativa que, en el marco de la globalización de las comunicaciones y la tecnología, es necesario abordar desde la perspectiva estatal y desde la perspectiva supraestatal y nuestro País no debe ser ajeno a esto.

Desde el ámbito nacional, específicamente en México se requiere, como punto de partida, lo siguiente:

- I. Que se establezcan mecanismos procesales adecuados para ejercer la garantía de la protección de datos personales, sin la necesidad de crear un organismo independiente, autónomo y especializado en el control y supervisión de los datos personales en posesión de los particulares, otorgando mayores facultades a las instituciones de Acceso a la Información, tanto federal como estatales.
- II. Se deben establecer obligaciones y sanciones para las empresas, sus filiales y empleados que hagan mal uso, comprometan o pierdan datos personales contenidos en bases de datos, servidores y sistemas personales de cómputo
- III. Se deben establecer sanciones y multas por el mal uso de datos personales derivados de delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e Internet; tanto a nivel particular como en el ámbito gubernamental,

- IV. Establecer un sistema expedito y eficaz para resolver controversias entre empresas e individuos derivadas del mal uso o la pérdida de datos personales, independientemente de los recursos administrativos y judiciales.

Para abordar las propuestas anteriores, es importante considerar un mecanismo procesal, eficiente y eficaz en la protección de este tipo de prerrogativas fundamentales. Para conseguir una protección jurídica más eficiente y efectiva en materia de protección de datos se ha pensado en la incorporación de las Acciones Colectivas (*Class Actions*)¹ especialmente en lo que se refiere a la protección de datos personales de consumidores cuyos datos son usados de forma abusiva, vendidos sin su consentimiento o traficados como parte de las bases de datos que son creadas o manejadas por empresas privadas u órganos gubernamentales. En este sentido, vale la pena destacar que, en América Latina, ya existen sistemas jurídicos que han incorporado ésta figura característica de los sistemas jurídicos anglosajones; tal es el caso de Brasil, que ha incorporado las acciones de clase para la protección de los derechos de consumidores; sin embargo, se debe tener extremo cuidado de que la incorporación de un mecanismo de esta naturaleza se haga de manera responsable²

En el ámbito internacional se propone fortalecer los siguientes aspectos:

- I. Establecer los mecanismos adecuados para la transferencia de datos personales entre países que controlen y sancionen las prácticas de mercadotecnia dirigida a los usuarios del internet y de redes sociales basadas en sus perfiles e información personal (*online targeting behaviour*);
- II. Fortalecer la propuesta de estándares internacionales de privacidad, como los adoptados en noviembre de 2009 mediante la *Resolución de Madrid*, como base para el desarrollo de instrumento vinculante a escala internacional en la Unión Europea que contribuya a la mayor protección de los derechos y a la observancia de las necesidades mínimas de privacidad incorporando los principios básicos establecidos en este documento de lealtad, legalidad, proporcionalidad, calidad, transparencia y responsabilidad; garantías como las de acceso a los datos, rectificación, cancelación y oposición. Se deben incluir, en este rubro también deberes como el de seguridad y el de confidencialidad.
- III. Creación en América Latina y Norteamérica de un órgano consultivo como el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29) creado por la Directiva 95/46/CE que tiene carácter de órgano consultivo independiente y está integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros de la Unión Europea, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea - que realiza funciones de secretariado.
- IV. Creación en América Latina y Norteamérica de las Autoridades Comunes de Control (ACC) como las que funcionan en la Unión Europea, entre las que podemos encontrar como ejemplo la Europol y el Sistema de información aduanero.

¹ Las acciones de clase son un mecanismo procesal que permite que varias personas, afectadas en la violación de un mismo derecho o prerrogativa, puedan interponer de manera conjunta una reclamación por el restablecimiento y resarcimiento en el disfrute del derecho violado. La "acción colectiva" o "acción de clase" supone que una resolución judicial tiene un alcance general para todas las personas o miembros de un grupo que se vean afectados en un mismo derecho. De esta forma se evita la multiplicidad de demandas por un mismo hecho. Véase BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase*, DePalma, Buenos Aires, 2003, p.35.

² GUIDI, Antonio, *La tutela efectiva de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2001, p. 21.

Fuentes consultadas

- BIANCHI, Alberto B., *Las acciones de clase*, DePalma, Buenos Aires, 2003
- GUIDI, Antonio, *La tutela efectiva de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Porrúa, México, 2001.