

EL “AVISO DE PRIVACIDAD” COMO UN MECANISMO INEFICAZ DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Por Lic. Suad Lozano Vega.¹

“En todos los planos de la sociedad moderna existe un tipo de ‘prisión continua’ (...) Todo está conectado mediante la vigilancia de unos seres humanos por otros; el entrar en nuestra intimidad es parte de ese sistema de vigilancia.”
Michael Foucault.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Descripción del Problema; 3. Descripción y Análisis de las Alternativas de Solución; 4. Descripción de la Hipótesis Elegida; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

RESUMEN: En este artículo se hace un análisis al llamado aviso de privacidad contemplado en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, se identifica al mismo como un mecanismo ineficaz de protección del derecho de autodeterminación informativa, y al mismo tiempo, se hace una propuesta de aquellas que podrían ser consideradas como alternativas de disminución o solución al problema que plantea.

PALABRAS CLAVE: Aviso de privacidad, autodeterminación informativa, intimidad, datos personales, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

ABSTRACT: This essay makes a analysis to the so-called privacy notice referred to in the federal law on the protection of personal data in the possession of individuals, is identified at the same as a mechanism not effective protection of the right to self-determination of data, and at the same time, there is a proposal for those that can be considered as alternatives to decrease or solution to the problem.

KEYWORDS: Digital proof. Digital evidence. Removing the digital proof. Probative value of digital evidence. Probative value of electronic documents. Chain of custody. Element of belonging. Integrity Element. Admissibility of digital evidence.

¹ Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, Especialista en Derecho Fiscal por la UNAM, maestrante en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, socia fundadora del despacho Sánchez & Lozano abogados especialistas.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado cinco de julio de dos mil diez se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), misma que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, su promulgación obedeció entre otras razones, al vertiginoso desarrollo tecnológico, por virtud del cual se han redimensionado las relaciones del hombre con sus semejantes, así como su marco de convivencia, por lo cual, hoy no podemos negarlo, la informática se ha convertido en el símbolo emblemático de la cultura contemporánea.²

Derivado de lo anterior, el reconocimiento del derecho a la intimidad en nuestro sistema legal (en sus diversas manifestaciones), luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental a nivel constitucional, así como a nivel legal, también ha ido alcanzando nuevos matices, pues el tratamiento, la recolección, el almacenamiento de informaciones que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser humano, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura, así mismo, los datos personales se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados.

Es por ello que el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección, el derecho a la protección de nuestra intimidad ya no sólo implica la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora también supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso a sus datos personales, es decir, de toda aquella información relativa a su persona.

Por tal motivo, el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, además de la debida protección legal que ya ha alcanzado de manera gradual en nuestro país, debe contar con mecanismos de protección idóneos y suficientes que garanticen la protección real (material) y no sólo virtual que proporcionan las leyes.

Por lo anterior en el presente trabajo trataré de demostrar que si bien es cierto que la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares,³ es un esfuerzo loable por parte de nuestros legisladores y del gobierno mexicano por dotar de plena protección jurídica a la intimidad de los ciudadanos mexicanos y sus socios comerciales, también es cierto, que del estudio de la misma, y en concreto del aviso de privacidad que

² GARCÍA GONZÁLEZ, ARISTEO, "La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI, un estudio comparado", en Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 2007, número 120, septiembre-diciembre, pp. 743-746

³ De ahora en adelante LFPDPPP.

en la ley citada se contempla como un mecanismo de protección al derecho de autodeterminación informativa, se desprende que la protección que al día de hoy nos ofrece la citada ley, aún se queda reducida o subsumida ante los vertiginosos cambios que se están dando día a día en nuestra realidad social, siendo el caso de que uno de los bienes jurídicos más susceptibles de ser lesionado o puesto en peligro por el uso de las nuevas tecnologías es la intimidad.

Por lo anterior y a efecto de abordar el tema de las lagunas que existen y prevalecen al día de hoy en la ley, y las cuales es necesario cubrir para proveer a los ciudadanos de una protección efectiva a su intimidad, realizo el presente trabajo el cual estará estructurado de una manera que nos permita entender a fondo el tema y problemas que aquí se plantean.

Siendo entonces necesario comenzar este trabajo con el planteamiento del problema, para ello, señalaré cuáles son las razones, motivos y circunstancias que impulsaron la promulgación de la ley en comento; así mismo, dentro de esta parte tenemos que conocer cuál es el origen de la protección que nos da la LFPDPPP, por lo cual, abordaré sucintamente el tema del derecho a la intimidad como derecho fundamental, qué es ésta, y cuáles son sus variantes; de igual manera y continuando con la metodología del presente trabajo, abordaré brevemente los antecedentes que es necesario conocer para tener pleno entendimiento del problema que se plantea, siendo ese el caso, continuaré hablando acerca de cuál es el bien jurídico que tutela y protege la ley señalada, y así mismo hablaré acerca de qué son los datos personales y cuáles protege la ley referida, y finalmente en esta parte, señalaré cuáles son algunos de los riesgos que existen y han dado razón a la protección de la intimidad incluso a nivel constitucional, esto es, el ¿Por qué? de la legislación.

Entrando así a la parte que más nos interesa del presente estudio, esto es, la determinación de ¿Qué es el derecho a la autodeterminación informativa? ¿Qué medidas prevé la ley para garantizar la protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa? ¿Qué es el aviso de privacidad? ¿Cuáles son los problemas de *facto* a los que se enfrenta ese aviso de privacidad? ¿Cuál es la eficacia real del mecanismo denominado aviso de privacidad como un medio realmente efectivo en la protección y tutela del derecho de autodeterminación informativa? ¿Cuáles son al día de hoy los retos que tendría que asumir en el mundo fáctico la ley y el mecanismo de protección del derecho a la autodeterminación informativa denominado aviso de privacidad?

Finalmente, realizaré una descripción de las alternativas o propuestas de solución a los problemas que se planteen en el presente, realizando de manera aleatoria un análisis a las mismas, por lo que de las alternativas de solución que se encuentren, se elegirá una respecto de la cual describiremos y analizaremos los elementos que componen la misma

así como sus funciones; para pasar a la realización de una síntesis o recapitulación de lo investigado en éste, así como de los elementos de la solución propuesta al problema planteado, y así concluiré señalando de manera sucinta los argumentos que fundamentan los resultados de la presente investigación.

No omito señalar que un objetivo aislado del presente estudio es que por lo menos mínimamente sirva como un análisis especulativo y concienzudo acerca de aquello que es necesario hacer para proveer a los mexicanos de una verdadera protección jurídica y real de su intimidad, así como de aquellos retos que será necesario asumir en el mundo fáctico para eficientizar la protección real y no solo virtual de nuestra intimidad.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Es eficaz el aviso de privacidad como un mecanismo de protección del derecho de autodeterminación informativa,⁴ la respuesta tentativa a la pregunta anterior es la hipótesis inicial del presente ensayo, así, el planteamiento o pregunta realizada puede ser respondida de manera cerrada con un NO definitivo; para profundizar en la determinación y descripción del problema, será necesario que tomemos en cuenta de manera sucinta diversos elementos que forman parte inescindible del mismo, ya que sin el conocimiento previo de los mismos, resultaría verdaderamente complicado entender el porqué del problema que de manera previa refiero en una sola pregunta.

2.2 ¿QUÉ ES EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

El derecho a la protección de datos personales surge del derecho a la intimidad, que es entendida por la doctrina como aquel derecho que asiste al individuo frente al cotilleo, chismorreo y curiosidad ajenos, esto es, la facultad (no absoluta) de preservar la esfera de lo privado frente a intromisiones no consentidas de los demás ciudadanos.⁵

Por lo tanto, el derecho a la protección de los datos personales es el derecho que tiene toda persona a conocer y decidir, quién, cómo y de qué manera recaban y utilizan sus datos personales, es un derecho del individuo sobre la información que se le ha reconocido como privada y que lo autoriza a restringir su conocimiento o su uso por terceros, por ser una información de carácter personal.⁶

⁴ El cual se contempla en el artículo 15 de la LFPDPPP.

⁵ LUCAS DURÁN, Manuel, "El acceso a los datos en poder de la administración tributaria", Aranzadi, España, pp. 104-105

⁶ ARAUJO CARRANZA, Ernesto, "El derecho a la información y la protección de datos personales en México", ed. Porrúa, México, 2009, p. 55

2.3 ¿QUÉ SON DATOS PERSONALES

Derivado de la protección que surge del derecho a la intimidad, es necesario que conozcamos qué son los datos personales, por ello señalo que LFPDPPP en su artículo 3 fracción V, nos dice que es cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable; Ernesto Araujo Carranza nos dice que esos datos no se limitan a datos íntimos, sino a cualquier información personal sea o no íntima, siempre que su tratamiento afecte derechos y libertades de las personas;⁷ ejemplos de ellos son el nombre, edad, domicilio, sexo, RFC, CURP, cuentas bancarias, saldos, propiedades, estados de salud físicos y mentales, huellas dactilares, iris, voz, firma autógrafa, ideología, afiliación política, religión, preferencia sexual, etc.⁸

2.4 ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA?

La facultad de un individuo de conocer la información que de él se tiene, y la utilización que de la misma se hace, de modo que pueda asegurarse que tal información no tiene más efectos y uso que los que, en un primer momento se previeron, o no se muestra incompatible con los fines para los que tales datos se recogieron.⁹ Siendo así una facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.

2.5 ANTECEDENTES DE HECHO QUE MOTIVAN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Los medios tradicionales de protección de la vida privada han sido absolutamente desbordados por las nuevas modalidades de injerencia que en contra de ella proporciona el actual adelanto científico y tecnológico. El empleo de nuevas tecnologías permite acumular una cantidad enorme de información que es ordenada y clasificada automáticamente y que puede ser almacenada en espacios muy reducidos. La información puede ser recogida en cualquier parte del mundo y, mediante conexiones telefónicas, quedar clasificada en el acto. En esta forma sería posible compilar una información abundante sobre cada individuo y reunir un conjunto de datos que aisladamente nada dicen y que por ello no se ocultan, pero que al ser presentados en forma sistematizada pueden constituir una seria amenaza contra la intimidad de la persona.¹⁰

⁷ *Ibidem* p. 177

⁸ México, Ley Federal de Protección de Datos Personales, publicada en el DOF del día cinco de julio de dos mil diez.

⁹ LUCAS DURÁN MANUEL, *Op. Cit.* Nota 5, p. 105

¹⁰ Dictamen de la Comisión de Gobernación, con proyecto de decreto por el que se expide la LFPDPPP, publicado en Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 2984-IV, del día jueves 8 de abril de 2010, vista en <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

2.6 RIESGOS DE LOS QUE TRATA DE PROTEGERNOS, ¿DE QUÉ NOS PROTEGE?

El siglo XXI comienza con un despliegue tecnológico trascendental, en nuestros días no podemos concebir la vida de los seres humanos ni su interacción, sin el uso de tecnologías. Todos esos avances tecnológicos conllevan el intercambio de flujos de información relativa a las personas; hoy en día nos es posible a través de distintos medios acceder a la información de millones de seres humanos y sus actividades en cualquier parte del planeta, así es innegable que todo ello es un logro en materia de libertad de expresión e información, sin embargo, frente a ello encontramos también la irrupción abrupta en nuestra intimidad, ya que la obtención de cualquier tipo de dato sobre una persona física posibilita la generación de perfiles sobre ella y la afectación de la esfera de sus derechos y libertades.

El contexto de un mundo globalizado, y sobre todo tecnificado por medio del desarrollo de instrumentos y mecanismos de procesamiento de datos de toda índole, hace que el tema de la privacidad sea un tema de suma importancia pues los seres humanos que hacemos uso de cualquier tipo de tecnologías y aun los que no, estamos expuesto a una infinidad de riesgos, puesto que nuestros datos personales circulan indiscriminadamente, situación por la cual, desafortunadamente dichos datos pueden ser conocidos y utilizados por personas con fines ilícitos quienes podrían usarlos para cometer en nuestro perjuicio extorsiones, secuestros, robos, robos de identidad, fraudes electrónicos, calumnias, llegando incluso al extremo de volvernos blanco de crímenes de odio. etc.

Por otra parte, nuestros datos también podrían ser utilizados simplemente como formas no autorizadas de acceso a nuestra intimidad y vida privada, que eventualmente causarían molestia o perjuicios a sus titulares, pues es un hecho que al día de hoy nuestros datos están en manos de cientos de empresas de mercadotecnia quienes han obtenido los mismos con el fin de vendernos cosas, de enviarnos correo no deseado, de mandarnos correos electrónicos promocionales, resumiéndose todo ello en la situación de que nuestros datos sean vendidos con fines de lucro.

2.7 ¿DE QUIÉN NOS PROTEGE?

De las personas física y morales que lleven a cabo el tratamiento de datos personales, y que por descuido, negligencia, o de manera dolosa e intencional podrían dar un mal uso a nuestros datos personales o permitir el acceso indebido a los mismos, derivado de que existe una evidente anarquía sobre el tráfico de la información personal, ello así a raíz de que los derechos del hombre son oponibles a las autoridades y a los demás gobernados.¹¹

¹¹ ARAUJO CARRANZA, Ernesto, Op. Cit. Nota 6, pp. 62-63

2.8 ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

Resulta evidente que la LFPDPPP surgió a raíz de la necesidad de proteger nuestra intimidad y nuestros datos personales, siendo el caso que de la lectura de la misma en su artículo primero podemos ver que el objeto de dicha ley es:

“Artículo 1. (...) La protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.”

Proteger los datos personales, garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, de la lectura de diversos artículos de la ley, mismos que hacen referencia al aviso de privacidad como medio de protección y garantía de la autodeterminación informativa, se desprende que:

“La consagración del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales a nivel constitucional y legal, supone en principio una solución a los problemas de vulneración de la intimidad, sin embargo, las ambigüedades, los vacíos en la ley y la falta de aplicabilidad práctica del aviso de privacidad, suponen la ineficacia del mismo como medio de protección al derecho de autodeterminación informativa”

Ello se afirma así, con base en las siguientes observaciones, las cuales me permito hacer al contenido de diversos artículos de la ley, mismos que hacen referencia al aviso de privacidad como documento base de la garantía que ofrece la ley a la protección del derecho a la autodeterminación informativa; Por ello, inicio mi análisis señalando lo que establecen los artículos 7, 15, 17 y 18 de la LFPDPPP mismos que de manera abreviada señalan que:

“Artículo 7.- Los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita (...).

“La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.”

“Artículo 15.- El responsable tendrá la obligación de informar a los titulares de los datos, la información que se recaba de ellos y con qué fines, a través del aviso de privacidad.”

“Artículo 17.- El aviso de privacidad debe ponerse a disposición de los titulares a través de formatos impresos, digitales, visuales, sonoros o cualquier otra tecnología (...).”

“Artículo 18.- (...) Cuando los datos no hayan sido obtenidos directamente del titular, el responsable deberá darle a conocer el cambio en el aviso de privacidad”.

“No resulta aplicable lo establecido en el párrafo anterior, cuando el tratamiento sea con fines históricos, estadísticos o científicos. (...)”

“Cuando resulte imposible dar a conocer el aviso de privacidad al titular o exija esfuerzos desproporcionados, en consideración al número de titulares, o a la antigüedad de los datos, previa autorización del Instituto, el responsable podrá instrumentar medidas compensatorias (...)”

Primero que nada me gustaría señalar que mis observaciones obedecen a ciertas imposibilidades de realización práctica que considero se podrían presentar al momento en que nos veamos enfrentados con la aplicación de este ordenamiento, por lo que respecta a los artículos señalados, considero que representa para el gobernado un verdadero impedimento de hecho el dejarle la carga de la investigación de quién tiene sus datos y para qué fines, pues, ciertamente nos encontramos aquí ante uno de esos supuestos de ley que no encuentran posible realización práctica por el sólo hecho de tener qué considerar lo engorroso que resultaría llevar a cabo la verificación de quién tiene y que información tiene acerca de nosotros, es un hecho que ciertamente la LFPDPPP representa un avance por lo que se refiere a la búsqueda de medios que protejan la intimidad pero también es cierto que no nos da medios para facilitarnos su aplicación.

Por otra parte, considero importante referir que la ley nos dice que la obtención de nuestros datos no deberá de hacerse por medios fraudulentos (artículo 7), disposición que en efecto representa un avance hacia una verdadera protección, sin embargo, me queda una duda ¿Qué pasará con aquella infinidad indeterminable de datos que ya han sido obtenidos por diversos medios y de manera previa a la entrada en vigor de la LFPDPPP? sí, es cierto que la ley obliga a los responsables a tratar de manera más discreta nuestros datos, pero no está regulando de manera retroactiva por lo cual, no nos resultará posible saber de manera cierta qué datos de nosotros se tienen, y quién los tiene pues la ley deja a la buena voluntad de los responsables de las bases de datos el proporcionarnos la información que tengan de nosotros, pero yo me pregunto ¿qué pasará si no nos quieren dar la información?, si nos dan información incorrecta o simplemente nos dicen “no tengo la información tuya”, ¿cómo sabremos que la información que se nos llegue a dar es correcta? ¿Qué certeza tenemos de que se nos ha dado la respuesta real?

Ahora bien, recabarse de manera lícita supone que emitamos nuestro consentimiento para el tratamiento de nuestros datos personales, sin embargo, es innegable que de facto nuestro consentimiento obedece a la entrega obligatoria del mismo, pues las malas prácticas o *dispraxis* empresariales suelen fomentar el hecho de que el llamado aviso de privacidad se vuelva un verdadero contrato de adhesión, pues si no otorgamos nuestro

consentimiento por medio del otorgamiento de una firma, no podemos disponer del bien o servicio al cual estamos tratando de acceder; ¿no es acaso esa práctica una verdadera obtención de nuestro consentimiento por medio del *engaño* o de manera fraudulenta?

Finalmente por lo que respecta al análisis de estos artículos, no resulta cierto que aun cuando los datos sean recabados con fines históricos, estadísticos o científicos, estos llegan a manos de muchas personas, respecto de las cuales desconocemos la intención con la cual acceden a nuestros datos, aquí hablo de los empleados, archivista, encuestadores, etc. quienes ciertamente también pueden representar un riesgo a nuestra intimidad e integridad pues podrían hacer un mal uso de los datos. La excepción que contempla la ley no queda clara puesto que no evidencia da certeza en cuanto la razón de la salvedad de avisar un cambio en el aviso de privacidad en esos casos. Así mismo, ¿Cuándo resulta imposible algo? o ¿Cuándo requiere esfuerzos desproporcionados para su realización?, ¿Cómo sabremos que hemos caído en ese supuesto?, ¿y si se cumple con la puesta a disposición del aviso de privacidad en medios electrónicos tiene razón de ser esa parte de la ley?

Por lo que respecta al contenido del artículo 8 de la citada ley, el mismo dispone lo siguiente:

“Artículo 8.- Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular (...) el consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos (...) se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición.”

¿Me pregunto si verdaderamente existirá el consentimiento en un acto que refiere un verdadero contrato de adhesión?, pues, los ciudadanos estamos sujetos a que nos pasen a firma un contrato de adhesión, que si no es firmado (más aún de manera electrónica) no existe manera de adquirir el bien o servicio que demandamos.

Por lo anterior, resulta innegable que es correcto que la ley establece formas de protección, pero también lo es que por el momento algunos empresarios y proveedores de servicios están actuando de manera dolosa al únicamente poner a nuestra disposición el aviso de privacidad, haciéndonos firmar una versión light del mismo, y aquí me pregunto, ¿Qué caso tiene que la ley haga un esfuerzo por dotar de protección jurídica a nuestra intimidad, si, el responsable se verá salvado de responsabilidad con la sola “*puesta a disposición*” del aviso de privacidad? Poner a disposición no significa que nos hagan una entrega física en el momento, ni que nos lo envíen por correo, en esta época de innovaciones tecnológicas implica que el responsable puede simplemente remitirnos a una página electrónica donde se encuentre el aviso de privacidad, ¿será cierto que después

de hacernos de un bien, los ciudadanos estamos dispuestos a revisar dicho aviso, y más aun a poner de manifiesto nuestra oposición al mismo? ¿Qué significa otorgar el consentimiento por signos inequívocos?

Respecto a esta parte me parece correcto afirmar que ciertamente para ciertos sectores de la industria resultaría un verdadero calvario o castigo de dios hacer entrega personal a cada uno de sus clientes del aviso de privacidad, ya sea por el número tan elevado de clientes que tenga, o porque simplemente por su capacidad económica les resultaría muy gravoso entregar en papel cada aviso de privacidad, siendo obvio que lo más común es remitir al cliente o titular de los datos personales a tratar, la mal llamada puesta a disposición electrónica del aviso de privacidad, con lo cual, no veo el caso de la ley, pues la misma no obedece a las circunstancias y situaciones reales del contexto social mexicano. No omito señalar que estos argumentos también son aplicables para los artículos 7, 15, 17 y 18 de la LFPDPPP.

Por su parte el artículo 10 de la ley señala los casos de excepción en los cuales no *será necesario el consentimiento del titular de los datos personales*:

“**Artículo 10.-** No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando:

II. Los datos figuren en fuentes de acceso público;

V. Exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes.”

De la redacción del artículo anterior, me parece que se excede en vaguedades porque la LFPDPPP no señala con claridad qué es una fuente de acceso público, sólo señala que serán aquellas bases de datos que puedan ser consultadas por cualquier persona, ¿entran entonces el internet y las redes sociales como fuentes de acceso público?, así mismo la indeterminabilidad de las palabras “emergencia que potencialmente” deja abierta la caja de pandora pues, con ellas se deja al libre arbitrio o discrecionalidad del responsable o autoridades la determinación de cuándo existe una emergencia potencialmente peligrosa.

Entra en el caso anterior el artículo 11 que señala:

“**Artículo 11.-** *El responsable procurará que los datos personales (...)*”

La palabra procurar, denota una vaguedad lingüística, pues no resulta determinable hasta dónde (quantum) es necesario hacer un esfuerzo para cumplir algo no podemos determinar a qué se refiere “procurará”¹²

¹² http://buscon.rae.es/draei/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=procurar, consultado a las 01:19 del día 20 de noviembre del 2012.

Lo mismo ocurre con los artículos 13, 14, de la citada ley, pues nos dicen que:

“**Artículo 13.-** El tratamiento de datos personales será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las finalidades previstas en el aviso de privacidad. (...) el responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos (...)”

“**Artículo 14.-** “(...) El responsable deberá tomar las medidas (necesarias y suficientes) para garantizar que el aviso de privacidad dado a conocer al titular, sea respetado en todo momento por él o por terceros con los que guarde alguna relación jurídica (...)”

Resultando imposible determinar el alcance real de las palabras: “necesario”, “adecuado” y “relevante”, y más aún, de la frase “esfuerzos razonables” dando lugar al arbitrio o interpretación discrecional acerca del significado de las mismas. Lo mismo ocurre con las palabras “necesarios y suficientes.”

Siguiendo con este breve análisis, entran bajo el análisis anterior el contenido del artículo 19 que a la letra señala:

“**Artículo 19.-** *Todo responsable que lleve a cabo tratamiento de datos personales deberá establecer y mantener medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado.*

Los responsables no adoptarán medidas de seguridad menores a aquellas que mantengan para el manejo de su información. Asimismo se tomará en cuenta el riesgo existente, las posibles consecuencias para los titulares, la sensibilidad de los datos y el desarrollo tecnológico.”

Análisis al cual debemos agregar que el Estado ha dejado en manos del responsable de la información las medidas que habrán de ser determinadas para la protección de los datos personales, con lo cual, nos deja en estado de incertidumbre, pues resultará verdaderamente difícil de corroborar que dicho responsable haya tomado medidas ciertamente efectivas, en este caso, nada nos asegura que se hará o se tomaran medidas efectivas que garanticen que nuestros datos a pesar de estar en manos de los empleados efectivamente estarán protegidos, no podemos tener certeza de que éstos no llevarán a cabo un develamiento indebido de nuestra información personal, pues el responsable de los datos bien podría limitarse a decir, que él cumplió con la puesta a disposición de los avisos de pri-

vacidad, y con la implementación de las mismas medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas con las que protege su información, siendo el caso que esas medidas han quedado sujetas a la discrecionalidad del responsable, y que incluso su propia información muchas veces no cuenta con la protección que es necesaria.

Finalmente me llama mucho la atención lo señalado en el artículo 37 de la citada ley, pues encuentro en él respuesta a tanta insuficiencia de la ley planteada con anterioridad.

“**Artículo 37.-** Las transferencias nacionales o internacionales de datos podrán llevarse a cabo sin el consentimiento del titular cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando la transferencia esté prevista en una Ley o Tratado en los que México sea parte;

III. Cuando la transferencia sea efectuada a sociedades controladoras, subsidiarias o afiliadas bajo el control común del responsable, o a una sociedad matriz o a cualquier sociedad del mismo grupo del responsable que opere bajo los mismos procesos y políticas internas;

V. Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público, o para la procuración o administración de justicia;”

La excepción de transferir datos sin necesidad del consentimiento del titular de los mismos, me hace pensar sobre las verdaderas razones a las que obedeció la emisión de la ley, pues parece ser que simplemente se está dando cumplimiento a los requerimientos que marcan los estándares internacionales buscando obtener un nivel de adecuación como un país “seguro” en materia de protección de datos personales, pues incluso se dictaminó que con una ley de esta naturaleza, nuestro país se haría más competitivo en el ámbito mundial, ubicándose en posición de privilegiado en el aspecto económico, ya que al contar con una ley específica en la materia, no sólo se permitirá al gobernado ejercer eficazmente un nuevo derecho fundamental, sino que también traerá consigo que nuestro país, pueda ampliar su relación comercial con bloques económicos de la importancia de la Unión Europea, toda vez que nos encontraremos en posibilidades de garantizar conforme a los estándares internacionales, un nivel de protección de datos personales adecuado al prever principios y derechos de protección y una autoridad independiente que los garantice.¹³

¹³ Dictamen de la comisión de gobernación, con proyecto de decreto por el que se expide la LFPDPPP, publicado en Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2984-IV, jueves 8 de abril de 2010, vista en <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

HIPÓTESIS. De lo anterior, resulta visible que las alternativas de solución que se pueden prever como posibles, o como las más adecuadas para la disminución, prevención y solución de las insuficiencias normativas señaladas con anterioridad, mismas que no permiten que el aviso de privacidad sea el medio más idóneo para proteger el derecho de autodeterminación informativa son las siguientes:

Hipotéticamente el problema se podría resolver con o por medio de la implementación de las siguientes medidas, mecanismos y procedimientos de complementariedad a la protección de datos que ya ofrece la LFPDPPP.

Innegablemente la protección a la privacidad en primera instancia se lleva a cabo por medio de los mecanismos que establece la ley, sin embargo, también es posible proteger la misma por medio de los siguientes medios:

- ❖ **CONTRATOS.-** Por medio de la celebración de contratos en los cuales se establezcan políticas de privacidad irrestrictas, que vayan más allá, o que sean independientes de lo que diga la ley. Esto sería, un compromiso por parte de los responsables de los datos por llevar a cabo una regulación más específica de la protección de nuestros datos personales.
- ❖ **CÓDIGOS DE ÉTICA.-** Por medio de la creación e implementación por parte de los responsables de los datos personales de círculos de códigos de ética que establecerían el pacto entre los titulares y responsables de los datos personales para llevar a cabo una actuación que no está regulada por la ley, los cuales sirven para llenar las lagunas que prevalecen en la ley, y para establecer barreras de protección superiores a las que marca la ley; es la implantación de códigos de autorregulación que por su naturaleza autopoietica resultan ser reglas más estricta y de prescripción superior a la ley.
- ❖ **USO DE TECNOLOGÍAS DE CONTROL DE ACCESO Y REGISTRO DE ACCESO.-** Por medio del uso e implementación de tecnología dentro del sistema operacional del responsable de los datos personales, esto es, por medio de la implementación de mecanismos de acceso a las bases de datos que manejan los responsable, sería que mediante el uso de software y hardware, se monitoree el acceso que tiene cada empleado del responsable a las bases de datos que éste maneja, así como el conteo de todos los comandos que se ejecutan en relación con los datos personales que se busca proteger.

La función de esos sistemas sería coadyuvar en la protección y manejo de bases de datos que se encuentran en manos de los responsables de las mismas, es una regulación muy técnica muy diversa a lo que de manera vaga nos señala la ley, este tipo de protección nos ayuda a crear barreras de protección tecnológicas superiores, barreras de confidencialidad, secrecía, no alterabilidad de los datos, impedimento de acceso indebidos a los mismos son sin lugar a duda una herramienta externa a la ley y de verdadera utilidad práctica.

- ❖ **LA AUTOPROTECCIÓN.-** La otra medida que no podemos negarnos a ver, es la autoprotección de nuestra intimidad, las autoridades responsables de la aplicación, ejecución y verificación del cumplimiento de la ley, deberían tener vigentes de manera permanente campañas de difusión del conocimiento del derecho de protección de datos personales, para subsanar con ello la falta de interés y desconocimiento de los derechos del ciudadano a una debida protección de su intimidad, promover su ejercicio y vigilar por la debida observancia de las disposiciones es otra de las situaciones que queda al margen de la ley, pues nuevamente caemos en el supuesto de que se dejan meros exhortos o recordatorios de qué es lo que se debe de hacer, ello deriva del uso de términos como “promover” sin especificar acciones concretas, no debemos de olvidar que la buena información respecto de nuestros derechos como ciudadanos hace que se tome verdadera conciencia en la autoprotección de nuestros datos.

- ❖ **BASE NACIONAL DE REGISTRO DE RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO DE DATOS.-** Finalmente creo que se debería de formar una base nacional de los responsables del tratamiento de datos personales, debe crearse un archivo público nacional manejado por el Estado, para facilitarle el camino al ciudadano en la búsqueda del acceso a su información y para la facilitación del ejercicio de los derechos arco, puesto que sin esa base, es imposible que el ciudadano tenga certeza de la información que tienen, quién la tiene y para qué fines, puesto que no me imagino a un ciudadano promedio ingresando solicitudes empresa por empresa para que le den respuesta respecto de sus datos personales, y menos aun cuando la misma ley le impone de manera inexplicable la carga de tener que señalar con exactitud la descripción clara y precisa de los datos personales respecto de los que se busca ejercer por ejemplo el derecho de acceso a los datos que obran en poder del responsable ¿Cómo es esto posible, si precisamente quiere saber qué datos tiene de él el responsable del que se trate?

En síntesis, para que la ley vea reforzada su barrera de protección, es necesario completarla con este tipo de protección, respecto a éstas, me gustaría señalar que ciertamente la misma ley debería establecer el uso obligatorio para todos los responsables del tratamiento de datos personales, puesto que, es innegable que las mismas, en efecto, da una protección muy superior a la lista de buenos deseos que se plasman en la ley.

La opción para resolver la insuficiencia del aviso de privacidad como medio de protección del derecho de autodeterminación informativa es establecer varios medios para proteger la privacidad de nuestros datos personales, la regulación contractual del uso de datos, más el uso de códigos de ética, más el uso obligatorio de tecnología de control de acceso y registro de accesos, es la única forma de proveer al ciudadano una verdadera protección de sus datos y de velar por la tutela del derecho a la autodeterminación informativa.

4. DESCRIPCIÓN DE LA HIPÓTESIS ELEGIDA

La hipótesis elegida y la que la autora considera la más viable para la efectiva protección de los datos personales y del derecho de autodeterminación informativa, así como la más adecuada para lograr la disminución, prevención y solución de las insuficiencias normativas señaladas en el capítulo primero del presente trabajo, es:

- *“Complementar el aviso de privacidad, y sus efectos protectores del derecho de autodeterminación informativa por medio de la implementación en la ley del uso obligatorio por parte de los responsables en el tratamiento de datos personales de tecnologías de control de acceso y registro de acceso a las bases de datos que los mismos manejan”.*

4.1 SUJETOS, HECHOS Y CONTEXTO:

4.1.1. RESPECTO DEL LEGISLADOR

Quien deberá proveer en la ley el uso obligatorio de tecnologías de control de acceso y registro de acceso a las bases de datos que los mismos manejan, su función será dotar de verdadera certeza jurídica el papel del responsable del tratamiento de datos, obligándolo o comprometiéndolo a dar una protección más efectiva a los datos personales que trata por medio del control que tenga del acceso, uso y alteración de datos que lleven a cabo sus empleados.

4.1.2. RESPECTO DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Quien por medio del uso e implementación de software de control de acceso y registro de acceso dotaría de credibilidad su papel de responsable de la protección de los datos de carácter personal que obran en sus manos. Ya que con el uso de esas tecnologías efectivamente podría monitorear y controlar el acceso que tiene cada uno de sus empleados a las bases de datos que este maneja, así como el conteo de todos los comandos que se ejecutan en relación con los datos personales que se busca proteger, con ello evitaría que los intermediarios en el manejo de datos personales hagan uso indebido de la información que tengan en sus manos, puesto que, podría ser por medio de ellos que se llevara

a cabo el uso de nuestra información para cometer un robo de identidad, fraude electrónico, secuestro o extorsión. La función del responsable en este caso sería minimizar y en su caso facilitar dar con el responsable del uso indebido de nuestros datos personales.

El papel de ambos sujetos y el contexto en el cual ambos participarían será, crear o generar verdaderas barreras de protección tecnológicas, las cuales llegan a ser muy superiores a la lista de buenos deseos que al día de hoy contempla la LFPDPPP y el reglamento que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de diciembre del año 2011, su actuación bajo ese contexto, también daría lugar a la generación de barreras de confidencialidad y secrecía reales, generaría la inalterabilidad de los datos, no se puede evitar que los empleados que acceden a los datos en el ciento por ciento de los casos hagan uso debido de nuestros datos, pero sí se podría generar la facilitación de la determinación del responsable de un uso indebido de los datos, por medio de la implementación obligatoria de esas herramientas tecnológicas, efectivamente la ley iría retomando una verdadera utilidad práctica y real en la protección de datos y no solo virtual.

5. CONCLUSIONES

5.1 LA SÍNTESIS.- (*Recapitulación*) de los elementos de juicio que permiten calificar la alternativa solución elegida para el problema investigado.

El problema que aquí se deseaba plantear es analizar si efectivamente el aviso de privacidad como un mecanismo de protección del derecho de autodeterminación informativa, es ineficaz. Ante la ineficacia que se afirmó, no omití reconocer que resulta necesario encontrar un mecanismo que complemente la regulación que ya existe al respecto de la protección de datos personales y la protección del derecho de autodeterminación informativa, pues es cierto que la LFPDPPP supone en principio una solución a los problemas de vulneración de la intimidad, sin embargo, las ambigüedades, los vacíos en la ley y la falta de aplicabilidad práctica del aviso de privacidad, suponen la ineficacia del aviso de privacidad como medio de protección al derecho de autodeterminación informativa.

La recapitulación del trabajo que se ha desarrollado de manera sucinta puede resumirse de la siguiente manera:

1. Hoy en día vivimos en un mundo globalizado y tecnificado, dicha tecnificación ha hecho que el desarrollo de instrumentos y mecanismos de procesamiento de datos de toda índole, nos dejen expuestos a un sinnúmero de riesgos, pues nuestra intimidad es ciento por ciento vulnerable ante las empresas que llevan a cabo el tratamiento de datos personales y sobre todo ante grupos del crimen organizado.

2. La Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares surgió como un mecanismo de defensa y protección de una de las variantes de nuestra intimidad, el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, la vaguedad en la redacción de muchos de sus preceptos, así como la omisión de normas que tengan verdadera efectividad práctica en la protección de datos personales la dejan subsumida ante diversos factores que van desde aquellos de carácter cultural, ético, social, de no realizabilidad práctica, y prácticas jurídicas desprovistas de contenido ético.
3. Como medios de complementariedad a las omisiones, vaguedades y supuestos de no realizabilidad práctica encontramos muchos que pueden proveer una efectiva protección fáctica de los datos personales entre ellos podemos mencionar la celebración de contratos, el uso de código de ética, *el uso obligatorio de tecnología de control de acceso y registro a las bases de datos personales que manejan los responsables*, la autoprotección por medio de la difusión de información de utilidad práctica, y la creación de un archivo público nacional de datos personales bajo el control del Estado.
4. La hipótesis elegida y la más viable para llegar a la efectiva protección de los datos personales y del derecho de autodeterminación informativa, así como la más adecuada para lograr la disminución, prevención y solución de las insuficiencias normativas señaladas en el capítulo primero del presente trabajo, es llevar a cabo la complementariedad del aviso de privacidad, y sus efectos protectores del derecho de autodeterminación informativa por medio de la implementación en la ley del uso obligatorio por parte de los responsables en el tratamiento de datos personales de tecnologías de control de acceso y registro de acceso a las bases de datos que los mismos manejan, esta tesis fue elegida en razón de que deja de lado elementos de carácter subjetivo, éticos, indeterminados, vagos o difusos, o de imposible realización práctica temporal que implicaba elegir cualquiera de las otras soluciones.

5.2 LA TESIS.- *razonamientos, argumentos y posiciones que sostienen los resultados de la investigación realizada.*

a) El aviso de privacidad contemplado en la LFPDPPP, resultó ser un mecanismo ineficaz de protección del derecho de autodeterminación informativa.

b) La LFPDPPP surgió teniendo como objetivo principal la protección de los datos personales, garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo, del análisis que se hizo de algunos de los preceptos normativos de la misma, en particular los que hacen referencia al aviso de privacidad, como medio de protección y garantía de la autodeterminación informativa, se comprobó que efectivamente, la protección de datos personales a nivel constitucional y legal, supone en principio una solución a los

problemas de vulneración de la intimidad, sin embargo, las ambigüedades, los vacíos en la ley y la falta de aplicabilidad práctica del aviso de privacidad, suponen la ineficacia del aviso de privacidad como medio de protección al derecho de autodeterminación informativa.

c) La ineficacia del aviso de privacidad como medio de protección de nuestro derecho a la autodeterminación informativa, surge principalmente de los siguientes supuestos de hecho:

- ✓ La autorización en el uso de nuestros datos por medio de la puesta a disposición del aviso de privacidad que contempla la ley, en la práctica y debido a las dispraxis legales de los responsables de los datos personales que obran en su poder, es en la práctica la celebración de mero contrato de adhesión, por virtud de lo cual no se puede entender como entregado de manera voluntaria el consentimiento del particular.
- ✓ La obtención del consentimiento por medio de ese tipo de prácticas podría equipararse a la obtención del mismo por medio del fraude o del engaño, con lo cual, por esto y lo anterior, el aviso de privacidad se desnaturaliza por completo.
- ✓ La puesta a disposición del aviso de privacidad no supone la entrega material o formal del mismo al titular de los datos, por lo cual, los responsables del tratamiento de datos personales hacen uso de dispraxis legales que desnaturalizan por completo la esencia y pretensiones motivacionales de la existencia de la ley, pues nada asegura que el hecho de ponerlo a disposición en una página de internet supondrá que efectivamente el ciudadano verificará el contenido del mismo y con ello interpondrá oposición del algún tipo al mismo, volviéndose así dicha práctica un círculo vicioso, pues, las empresas en automático tendrán el dichoso consentimiento para hacer el uso que se les plazca de nuestros datos, suponiendo que alguien revisara el aviso, dado el nivel de la cultura de legalidad que existe en nuestro país, también es muy poco probable que se opongan al aviso por medio de la interposición de un medio legal.

d) La existencia de un aviso de privacidad, no garantiza que los empleados de los responsables del tratamiento de datos personales haga un mal uso de la información y datos que llegan a sus manos, pues precisamente derivado de la falta de cultura de legalidad de la sociedad mexicana, en muchas ocasiones ni la misma empresa cuenta con medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que protejan la propia información de la empresa.

e) La ambigüedad, vaguedad y oscuridad o insuficiencia de muchos de los preceptos de la ley, deja al margen diversas situaciones entre ellas por ejemplo, el tipo de medidas de seguridad que se deberán de tomar para la protección de los datos personales por parte de los responsables; las cuales quedan al arbitrio o discrecionalidad del mismo, siendo imposible asegurar que se tomarán las medidas más idóneas para dicha protección.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO CARRANZA, Ernesto, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, Porrúa, México, 2009, p.55.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI, un estudio comparado”, en *Revista jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 2007, número 120, septiembre-diciembre, pp. 743-788.

LUCAS DURÁN, Manuel, *El acceso a los datos en poder de la administración tributaria*, Aranzadi, pp. 104-105.

LEGISLACIÓN

México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 5 de febrero de 1917, última reforma del 15 de octubre del 2012.

México, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 5 de julio de 2010.

México, Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 11 de junio del 2002, última reforma del 8 de junio del 2012.

MESOGRAFÍA

<http://blog.derecho-informatico.org/faqs/datos-personales/>

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=procurar, consultado a las 01:19 del día 19 de noviembre del 2012.

<http://www.infospware.com/blog/que-quiere-un-hacker-de-mi-pc/#more-2929>, consultada en fecha 20 de noviembre de 2010 a las 17:27 pm.

Protección de datos personales en México, IFAI, Septiembre de 2010, consultado en 19 de noviembre de 2011, a las 17:25 pm., en la dirección <http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/869/1/images/03protecdatospersonales.pdf>

CONSULTADA

ALMUZARA ALMEIDA, Cristina, *Estudio practico sobre la protección de datos de carácter personal*, Lex Nova, España, 2005.

FARIÑAS MATONI, Luis, *El derecho a la intimidad*, Talijum.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo blanch Valencia, 2005.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de derecho judicial IX-2004, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2004.