

Protección de datos personales en posesión de particulares*

Roy GONZÁLEZ PADILLA

Resumen

En este artículo el autor analiza el contenido de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares de México, aprobada en 2010. A través de la técnica de análisis de contenido, González Padilla revisa los alcances, los desafíos y las perspectivas de la Ley; asimismo, construye un recuento histórico de la Ley a partir de los debates legislativos y las diversas iniciativas de ley que se debatieron durante nueve años en el Congreso mexicano. Finalmente propone la revisión de la protección de los datos personales de las personas a la luz de las necesidades de regulación del flujo transnacional de la sociedad de la información y la globalización.

Palabras clave: protección de datos personales, vida privada, intimidad, derecho de la información.

Abstract

In this article the author analyses the Federal Law on Data Protection Held by Private Sector of Mexico, approved by Congress on the 2010. By using the content analysis technique, he revises the scope, challenges and limitations of the legislation. González Padilla describes the historical process in which the legislation was elaborated within a period of nine years in the Mexican Congress. Finally, he proposes to review the current legislation in the light of the international standards of transnational flow of personal data in the context of the information society and globalization.

Keywords: Personal Data Protection, Right to Privacy, Right to Information.

* Artículo recibido el 16 de noviembre de 2011 y aceptado para su publicación el 31 de marzo de 2012.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

1. Introducción¹

Toda vez que la regulación sobre la protección de datos personales en posesión de los particulares ha sido percibida de una importancia mayúscula, hasta ahora se sabe poco acerca de cuáles son los alcances, los desafíos y las perspectivas de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de junio de 2010. Por citar sólo algunas de las más representativas cuestiones que habría que responder en lo inmediato, están aquellas que desde enero de 2012 han entrado en plena vigencia con la Ley, pues a partir de entonces cualquier persona puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a la información contemplados en el capítulo IV de la Ley o dar inicio al procedimiento de protección de derechos ante el órgano garante en caso de alguna inconformidad ante la respuesta de la empresa, entre otras acciones que se tratarán en el cuerpo del presente documento.

Así, el objetivo principal de este documento es llevar a cabo un análisis de contenido de la LFPDPPP mediante el cual se pueda ilustrar sus implicaciones, retos y perspectivas en lo venidero. Esto atendiendo al interés que su regu-

1 Este documento es una versión revisada del resultado de una estancia de investigación realizada en la Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado, del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, de julio a septiembre de 2011. En virtud de lo anterior este artículo no recoge algunas de las precisiones que sobre la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares ha realizado el Reglamento respectivo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en diciembre de 2011; sin embargo, es de anotarse que las consideraciones aquí expresadas no han perdido su vigencia, pues el texto legal sobre el que se comentará tampoco ha sido modificado a la fecha. Asimismo, el autor agradece los valiosos comentarios tanto del dictaminador anónimo como de Lucero Ramírez León, coordinadora editorial de la Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado, que contribuyeron al enriquecimiento cualitativo del documento que se presenta, cuya versión final, en obvio de razones, es de entera responsabilidad del primero.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

lación importa por su relevancia evidente y en cuanto ayuden a la explicación, aquellas consideraciones particulares que sobre la protección de datos personales han tenido los involucrados en su regulación y protección jurídicas.

Metodología

El documento que se presenta es el resultado de una investigación que tiene como características primordiales, siguiendo a Mendoza Cruz,

la de acercar los mejores elementos posibles del conocimiento en general; ser oportunos; tener ese grado de profesionalismo y realizar un buen análisis comparado que les permita realizar [a los legisladores] lo que tienen que realizar, que es precisamente crear las leyes.²

En tal virtud, atendiendo a la moderación prudente de la cual toda actividad científica en el derecho debiera estar revestida para no obtener resultados lamentables en el afán de originalidad, según lo apuntó con certeza hace poco más de cinco décadas De Pina,³ la dirección metodológica que seguiremos descansa en la técnica denominada *análisis de contenido*.⁴ En este documento se entiende a dicha técnica en sus dos acepciones más aceptadas: la primera propuesta por Berelson, quien sostiene que el análisis de contenido es “una técnica de investigación para la descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del

2 Mendoza Cruz, Luis, “La oportunidad de la investigación legislativa”, *Pluralidad y Consenso, Revista del Instituto Belisario Domínguez*, México, año 3, núm. 14, marzo de 2011.

3 Pina, Rafael de, “Introducción a la metodología del derecho”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, núm. 17, mayo-agosto de 1953, p. 34.

4 Entendida como la “posición de una escuela o individuo frente a los problemas del método, derivada de su concepción del significado, valor y fines del derecho”, Pina, *op. cit.*, p. 33.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

contenido manifiesto [de un texto]”;⁵ y la segunda, más amplia, formulada por Hostil,⁶ quien aboga por una definición que aporta varios aspectos muy importantes respecto a la realizada por Berelson, pues entiende al análisis de contenido como “una técnica de investigación para formular inferencias identificando de manera sistemática y objetiva ciertas características específicas dentro de un texto”.

Esta técnica resulta útil para los efectos del presente documento en el sentido que nos permitirá distinguir tanto los datos expresos (contenidos en el cuerpo del texto legal a analizar) como los latentes. Es decir, aquellos que cobran sentido y pueden ser captados dentro de un contexto, o marco de referencia (significado de lo que se dice en el texto legal). En suma, texto y contexto son los ejes centrales sobre los que girará el análisis propuesto.

En virtud de lo anterior, este documento presentará en primer término un análisis del contenido legal de la LFPDPPP ordenado en once apartados, al que le seguirá un par de consideraciones acerca de dicha Ley: la primera vista desde la técnica jurídica, para determinar si es útil o adecuada para alcanzar los fines que pretende. La segunda, desde el punto de vista político, esto es si la misma resulta conveniente para asegurar el bien social común que toda ley debe tener en su horizonte, concluyendo finalmente con algunas reflexiones generales.

⁵ Berelson, B. *Content Analysis in Communication Research*, Glencoe, Free Press, 1952, p. 18.

⁶ Hostil, O. R., *Content Analysis for the Social Sciences and Humanities*, Addison Wesley, 1969, p. 5.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

2. La legislación federal en materia de protección de datos personales en posesión de particulares

A. Antecedentes

En febrero de 2001, el entonces senador de la República, Antonio García Torres sometió a consideración de dicha asamblea una iniciativa de Ley Federal de Protección de Datos Personales⁷ teniendo por objeto: *a)* que el interesado (es decir el particular) pudiera acceder a los datos personales que le conciernen; *b)* que toda persona pudiera acceder a los registros, archivos y bancos de datos públicos o privados de carácter público, y conocer su uso o fin para el que están destinados, y *c)* que el interesado pudiera pedir la inclusión, actualización, complementación, rectificación, reserva, suspensión y cancelación de los datos relativos a su persona. Dicha propuesta fue dictaminada y aprobada por el Senado en abril de 2002; sin embargo, fue rechazada por el Pleno de la Cámara de Diputados en diciembre de 2005.

El 6 de septiembre de 2001, a menos de dos meses de haber presentado la primera de las iniciativas de Ley que a la postre habrían de configurar lo que ahora conocemos con el nombre de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el entonces diputado Luis Miguel Barbosa Huerta, otrora integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó ante el Pleno de la Cámara de Diputados una iniciativa de decreto que tendría por objeto expedir la Ley Federal de Protección de Datos Personales.

⁷ Documento disponible en formato PDF para su consulta en la dirección <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/ibero-america/proyectos/common/pdfs/Iniciativa-de-Ley-Federal-de-Proteccion-de-Datos-Personales-ap-original-cp-.pdf> (consultado el 25 de septiembre de 2011).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

A decir de la exposición de motivos que contiene los argumentos sobre los que se basó la primera de las iniciativas de ley citadas⁸ en la actualidad:

el derecho a la intimidad está seriamente amenazado por la que se ha querido llamar *sociedad de la información*, pues la globalización tanto de las redes informáticas y de comunicación hacen cada vez más frecuentes los casos de violación al derecho a la intimidad. [En tal virtud] superados tiempo y espacio como barreras naturales, se hace preciso, por tanto, instrumentar una nueva protección, ahora normativa, del derecho a la intimidad, que como garantía de todo individuo consagra el artículo 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reconocen además el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, [el] artículo 9o. de la Declaración Americana de Derechos Humanos y el artículo 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica, como Ley Suprema de la Unión en términos de lo dispuesto en el artículo 133 de nuestra carta magna.⁹

A las dos iniciativas se les habrían de sumar, años después, cinco iniciativas: del diputado Jesús Martínez Álvarez, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Convergencia (enero de 2005); de los diputados David Hernández Pérez y Adolfo Mota Hernández, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (febrero de 2006 y diciembre de 2008, respectivamente), y de los diputados Sheyla Fabiola Aragón Cortés

⁸ Proceso legislativo disponible en la dirección <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=75562&nIdRef=1&nIdPL=1&cTitulo=LEY%20FEDERAL%20DE%20PROTECCION%20DE%20DATOS%20PERSONALES%20EN%20POSESION%20DE%20LOS%20PARTICULARES&cFechaPub=05/07/2010&cCateg=LEY&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS> (consultado el 11 de marzo de 2012).

⁹ Alineándose en consecuencia dicha Ley a los compromisos internacionales adquiridos por México, así como a las directrices sobre la protección de la privacidad y flujo transfronterizo de datos de la OCDE.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

y Luis Gustavo Parra Noriega, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional (marzo de 2006 y noviembre de 2008, respectivamente).

Después de un largo proceso legislativo, el cual duró cerca de nueve años, que transcurrió desde la discusión y dictaminación de las iniciativas indicadas hasta su inclusión en un solo cuerpo normativo, el texto fue aceptado por la mayoría de las representaciones parlamentarias, tanto en la cámara de origen como en la revisora, el 5 de junio de 2010, y finalmente fue publicado por el Ejecutivo en el *Diario Oficial de la Federación* como Ley.¹⁰

B. Análisis de contenido

a. *Objetivos y alcances*

Como objetivo formal, es decir aquel declarado explícitamente en el cuerpo normativo, la LFPDPPP

tiene por objeto 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.¹¹

¹⁰ Particular atención podría revestir las consideraciones expresadas por los integrantes de la Comisión de Gobernación de la cámara de origen de dicha Ley respecto a que, así lo afirman, “los miembros de esta Comisión Dictaminadora, coinciden en que el surgimiento del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se genera como consecuencia, de la natural evolución de la sociedad” (*sic*). Sin embargo, al no ser del presente documento el análisis del discurso de los procesos legislativos concernientes a la aprobación de la Ley que se comenta, se deja sólo como un importante asunto que tratar en el futuro. Proceso legislativo disponible en la dirección <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProclLeg.asp?nldLey=75562&nldRef=1&nldPL=2&cTitulo=LEY%20FEDERAL%20DE%20PROTECCION%20DE%20DATOS%20PERSONALES%20EN%20POSESION%20DE%20LOS%20PARTICULARES&cFechaPub=05/07/2010&cCate-g=LEY&cDescPL=DICTAMEN/ORIGEN> (consultado el 11 de marzo de 2012).

¹¹ Artículo 1o. La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales

ROY GONZÁLEZ PADILLA

Esta primera afirmación contenida explícitamente en el texto legal, nos remite a cuestiones más generales de contexto para poder entender el porqué de su objeto formal. En el mundo contemporáneo en el que vivimos, donde se ha asentado aquello que diversos teóricos¹² han denominado la *sociedad de la información*,¹³ la

reivindicación de reserva o secreto, de lo privado y apartado de la vista de los demás, ha alcanzado un valor desconocido antes [debido quizá a que] la vida privada se asocia a la propia libertad en unas condiciones de convivencia que se caracterizan por la urbanización y la masificación y por la existencia de medios que permiten conocer y divulgar sin límites todo tipo de información.¹⁴

En consecuencia, el bien jurídico a tutelar lo constituye aquello que conocemos como intimidad, producto evidentemente del advenimiento de la modernidad —que en parte explica el porqué de su reconocimiento tardío en nuestros ordenamientos legislativos—. En particular del desarrollo de la telemática¹⁵ y sus aportes al desarrollo de

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.

¹² Masuda, Yoneji, *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, Madrid, Funesco-Tecnos, 1981; Castells, Manuel, *La era de la información*, México, Siglo XXI Editores, 2000, 3 vols.

¹³ Entendida como una sociedad “caracterizada por un modo de ser comunicacional que atraviesa todas las actividades” (Crovi, Delia, “Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la desesperanza”, *Revista Mexicana de Ciencias Sociales*, México, año XLV, núm. 185, mayo-agosto de 2002, p. 16) en la que la información ocupa un lugar sustantivo y se convierte en fuente de riqueza (Miège, Bernard, *Les industries du contenu face à l'ordre informationnel*, Francia, Presses Universitaires de Grenoble, 1998).

¹⁴ Lucas, Pablo, “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, *Azpilcueta*, núm. 20, 2008, p. 45.

¹⁵ Que constituye el conjunto de servicios de naturaleza informática que pueden ser prestados a través de una red de comunicaciones (Estadella, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 13).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

las sociedades, pues su conjunción presenta serios riesgos para el respeto de la vida privada de las personas

por su capacidad de reunir datos, interrelacionarlos, ordenarlos, posibilitando el acceso a ellos y a transmitirlos, de manera de constituir importantes bases de datos con información de personas tanto en manos del Estado como de particulares, con desconocimiento de los afectados.¹⁶

Así vistas las cosas, el objeto formal de la LFPDPPP trata una preocupación novedosa en nuestro ordenamiento, tanto desde un punto de vista meramente jurídico como desde una perspectiva social,¹⁷ pues su finalidad es la protección normativa del ahora conocido como derecho a la protección de datos de la vida privada de las personas, o *autodeterminación informativa*, entendido como el “conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos, especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automatizado de derechos personales”.¹⁸

b. Sujetos regulados

Para la LFPDPPP los sujetos a los que se les impone una carga normativa, o una obligación legal a cumplir, son “los particulares sean personas físicas o morales de carácter privado que lleven a cabo el tratamiento de datos

16 Nogueira, Humberto, “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2005, p. 449.

17 Para mayor abundamiento sobre el particular se recomienda Ornelas, Lina y López-Ayllón, Sergio, “La recepción del derecho a la protección de datos en México: breve descripción de su origen y estatus legislativo”, en varios autores, *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, Mexico, Tiro Corto Editores, 2010, pp. 57-75.

18 Nogueira, Humberto, *op. cit.*, pp. 451 y 452.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

personales”,¹⁹ con excepción de las sociedades de información crediticia y aquellos particulares cuyos datos que posean no hagan uso de ellos con fines de divulgación o utilización comercial.

Por tratamiento se entiende “la obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales”,²⁰ actividad que para los efectos de esta Ley es llevada a cabo por aquellas personas físicas o morales en el desarrollo de sus actividades comerciales, es decir, con el ánimo de lucro.

Las excepciones establecidas por la LFPDPPP tienen su fundamento en dos consideraciones particulares. La primera en lo que respecta a las Sociedades de Información Crediticia, entendidas como sociedades mercantiles cuyo objeto primordial es:²¹

19 Artículo 2o. Son sujetos regulados por esta Ley, los particulares sean personas físicas o morales de carácter privado que lleven a cabo el tratamiento de datos personales, con excepción de: I. Las sociedades de información crediticia en los supuestos de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y demás disposiciones aplicables, y II. Las personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales, que sea para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial.

20 Artículo 3o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por... XVIII. Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

21 Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (LRSIC). Artículo 5o. La prestación de servicios consistentes en la recopilación, manejo y entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales, así como de operaciones crediticias y otras de naturaleza análoga que éstas mantengan con entidades financieras, empresas comerciales o las Sofomes E.N.R., sólo podrá llevarse a cabo por Sociedades que obtengan la autorización a que se refiere el artículo 6o. de la presente Ley. No se considerará que existe violación al secreto financiero cuando los usuarios proporcionen información sobre operaciones crediticias u otras de naturaleza análoga a las Sociedades, así como cuando éstas compartan entre sí información contenida en sus bases de datos o proporcionen dicha información a la Comisión. Tampoco se considerará que existe violación al secreto financiero cuando las socieda-

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

la prestación de servicios consistentes en la recopilación, manejo y entrega o envío de información relativa al historial crediticio de personas físicas y morales, así como de operaciones crediticias y otras de naturaleza análoga que éstas mantengan con Entidades Financieras,²² Empresas Comerciales²³ o las Sofomes E.N.R.²⁴

des proporcionen dicha información a sus usuarios, en términos del capítulo III de este título segundo, o cuando sea solicitada por autoridad competente, en el marco de sus atribuciones.

22 Aquellas autorizadas para operar en territorio nacional y que las leyes reconozcan como tal, incluyendo las que refiere el artículo 7o. de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; la banca de desarrollo; los organismos públicos cuya actividad principal sea el otorgamiento de créditos; así como los fideicomisos de fomento económico constituidos por el gobierno federal; las uniones de crédito; las sociedades de ahorro y préstamo, y las entidades de ahorro y crédito popular (“Artículo 2o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá en singular o plural por... V. Entidad financiera, aquella autorizada para operar en territorio nacional y que las leyes reconozcan como tal, incluyendo a aquellas a que se refiere el artículo 7o. de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; la banca de desarrollo; los organismos públicos cuya actividad principal sea el otorgamiento de créditos; así como los fideicomisos de fomento económico constituidos por el gobierno federal; las uniones de crédito; las sociedades de ahorro y préstamo, y las entidades de ahorro y crédito popular, con excepción de las Sofomes E.N.R.. Continuarán considerándose entidades financieras las personas mencionadas, no obstante que se encuentren en proceso de disolución, liquidación o extinción, según corresponda” (LRSIC).

23 Aquellas personas morales u organismos públicos distintos de las entidades financieras, que realicen operaciones de crédito relacionadas con la venta de sus productos o prestación de servicios, u otras de naturaleza análoga; los fideicomisos de fomento económico constituidos por los estados de la república y por el Distrito Federal, así como la persona moral y el fideicomiso que adquieran o administren cartera crediticia. Artículo 2o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá en singular o plural por... IV. Empresa comercial, la persona moral u organismo público distintos de las entidades financieras, que realice operaciones de crédito relacionadas con la venta de sus productos o prestación de servicios, u otras de naturaleza análoga; los fideicomisos de fomento económico constituidos por los estados de la república y por el Distrito Federal, así como la persona moral y el fideicomiso que adquieran o administren cartera crediticia. Continuarán considerándose empresa comercial los fideicomisos mencionados, no obstante que se encuentren en proceso de extinción (LRSIC).

24 Aquellas sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas. Artículo 2o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá en singular o plural por... XIII. Sofom E.N.R., la sociedad financiera de objeto múltiple no regulada (LRSIC).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

Su exclusión reside en que, por una parte, su regulación jurídica respecto al tratamiento de los datos que manejen historial crediticio se encuentra en una ley particular, a saber, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia (LRSIC), que dispone reglas claras respecto a la prestación de dicho servicio, el manejo de sus bases de datos, la protección de los intereses del cliente, y sanciones respectivas en caso de contravenir tales disposiciones ahí contenidas. La segunda de las consideraciones sobre las cuales se fundamenta la exclusión de dichas instituciones tiene que ver con lo relativo a la institución del secreto bancario,²⁵ la cual ha resguardado la relación de confianza entre los usuarios y las instituciones bancarias, con respecto a las relaciones de confidencialidad y la presencia del respeto al secreto.

La segunda de las excepciones finalmente se refiere a la exclusión del ámbito de aplicación de la LFPDPPP de aquellas personas que aun cuando recolecten o almacenen datos de particulares, lo hagan con el ánimo exclusivamente personal sin la finalidad de su lucro posterior.

c. Supletoriedad legal

La LFPDPPP establece que “a falta de disposición expresa en esta Ley, se aplicarán de manera supletoria las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”.²⁶

²⁵ Entendido como la protección de la información respecto de las personas con las que las instituciones bancarias llevan a cabo operaciones, en Muñoz, Marcia, “Sociedades de información crediticia: revelación del secreto bancario”, *Anuario Jurídico*, México, nueva serie, 1995, pp. 135 y 136.

²⁶ Artículo 5o. A falta de disposición expresa en esta Ley, se aplicarán de manera supletoria las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Para la sustanciación de los procedimientos de protección de derechos, de verificación e imposición de sanciones se observarán las disposiciones contenidas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPDPPP).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

La supletoriedad del primero se entiende en atención a que tanto en la norma procesal civil como en la LFPDPPP, el interés del juego es de carácter particular,²⁷ así como por la similitud que algunas de las instituciones tienen entre sí;²⁸ en tal virtud, los principios generales del orden común contenidos en el código procesal en comentario encuentran su correlación con la finalidad de la segunda, de manera tal que resulta coherente dicha supletoriedad. Sin embargo, dicha correlación no se encuentra debidamente fundamentada por lo que respecta al segundo de los órdenes normativos a que remite la LFPDPPP, a saber la LFPA.

En primer término, la LFPA es un ordenamiento jurídico creado con la finalidad de aglutinar las actuaciones de la administración pública federal centralizada y organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal, de manera predominante en lo que se refiere a los medios de impugnación en contra de sus actuaciones. En este orden de ideas, el envío de la LFPDPPP a este diverso ordenamiento administrativo procesal para su supletoriedad resulta desafortunado por una razón fundamental: contraría las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida, ya que el objeto de la LFPA es la aplicación de disposiciones legales respecto de aquellos actos, procedimientos y resoluciones que realice la administración pública federal centralizada, así como a los actos de autoridad que lleven a cabo los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal, los servicios que el Estado preste de manera exclusiva, y los contratos que los particulares

27 Pues en lo general comparten criterios jurídicos correlativos en relación con el derecho de las personas en general.

28 Como las que se refieren a las disposiciones generales sobre lo que se deberá entender en cuanto personas físicas y morales, entre muchas otras cuya enumeración no se hace necesaria en este apartado.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

sólo puedan celebrar con el mismo.²⁹ Desde este punto de vista resulta cuestionable que se haya expedido esta Ley remitiendo como código supletorio la LFPA por las razones expuestas.

d. Principios normativos

En el particular, y para fines ilustrativos, consideramos la siguiente clasificación de los principios generales de la protección de datos personales, que atiende a lo dispuesto por la LFPDPPP:

- **Licitud:** consiste en que los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas por la ley y demás normatividad aplicable, obtención que no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos.³⁰

²⁹ Artículo 1o. Las disposiciones de esta Ley son de orden e interés públicos, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la administración pública federal centralizada, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte. El presente ordenamiento también se aplicará a los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal respecto a sus actos de autoridad, a los servicios que el Estado preste de manera exclusiva, y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo. Este ordenamiento no será aplicable a las materias de carácter fiscal, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales. En relación con las materias de competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional y financiera, únicamente les será aplicable el título tercero A (LFPA).

³⁰ Artículo 7o. Los datos personales deberán recabarse y tratarse de manera lícita conforme a las disposiciones establecidas por esta Ley y demás normatividad aplicable. La obtención de datos personales no debe hacerse a través de medios engañosos o fraudulentos. En todo tratamiento de datos personales, se presume que existe la expectativa razonable de privacidad, entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra, respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos por esta Ley (LFPDPPP).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

- **Consentimiento:** todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular,³¹ salvo las excepciones previstas por la ley.³²
- **Información:** implica poner en conocimiento al titular de los datos personales la existencia de un fichero o base de datos para el tratamiento de los mismos, la finalidad de la recogida, los destinatarios de los

31 Artículo 8o. Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley. 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. Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento sin que se le atribuyan efectos retroactivos. Para revocar el consentimiento, el responsable deberá, en el aviso de privacidad, establecer los mecanismos y procedimientos para ello (LFPDPPP). Como es el caso de que se trate de datos personales sensibles: Artículo 9o. Tratándose de datos personales sensibles, el responsable deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca. No podrán crearse bases de datos que contengan datos personales sensibles, sin que se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado (LFPDPPP) —entendidos éstos como: “aque- llos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste... que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual” (artículo 2o., fracc. VI, LFPDPPP). Caso en el que se deberá obtener el consentimiento expreso y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca.

32 Puesto que no será necesario el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales en los casos a que se refiere el artículo 10 de la LFPDPPP.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

mismos y los datos necesarios para ejercer sus derechos.³³

- **Calidad:** que conlleva que los datos obtenidos no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que fueron recogidos y que sean exactos y puestos al día, respondiendo con veracidad a la situación actual del interesado; en suma, que no se recabará más información de la necesaria para cumplir con la finalidad legítima del tratamiento.³⁴
- **Finalidad:** los datos no pueden ser utilizados para finalidades distintas a aquellas para los que fueron recabados.³⁵
- **Lealtad:** en el sentido de que los datos deberán ser recogidos a través de medios lícitos sin engaños.
- **Proporcionalidad:** por ningún motivo los datos que se soliciten deberán ser excesivos o irrelevantes para la finalidad del servicio que se proporciona o el trámite que realiza el titular de los datos personales.³⁶

33 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 (LFPDPPP).

34 Artículo 11. El responsable procurará que los datos personales contenidos en las bases de datos sean pertinentes, correctos y actualizados para los fines para los cuales fueron recabados. Cuando los datos de carácter personal hayan dejado de ser necesarios para el cumplimiento de las finalidades previstas por el aviso de privacidad y las disposiciones legales aplicables, deberán ser cancelados. El responsable de la base de datos estará obligado a eliminar la información relativa al incumplimiento de obligaciones contractuales, una vez que transcurra un plazo de setenta y dos meses, contado a partir de la fecha calendario en que se presente el mencionado incumplimiento (LFPDPPP).

35 Artículo 12. El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular (LFPDPPP).

36 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. En particular para datos personales sensibles, el responsable

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

- **Responsabilidad:** que se traduce en la obligación de velar por el cumplimiento de los principios de protección de datos personales y del rendimiento de cuentas al titular.³⁷
- **Autodeterminación informativa:** consistente en la protección del titular frente a los posibles excesos del poder informático en bancos de datos, archivos o registros.³⁸

Además de los principios antes enlistados que regula expresamente la LFPDPPP, existen diversos principios internacionales complementarios como los emitidos por las guías de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que regulan la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales,³⁹ entre los que se encuentran:

- **Límite de obtención:** consistente en la imposición de límites para la obtención de datos personales a través de medios apropiados y legales haciéndolo del conocimiento y obteniendo el consentimiento;

deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos a efecto de que sea el mínimo indispensable (LFPDPPP).

³⁷ Artículo 14. El responsable velará por el cumplimiento de los principios de protección de datos personales establecidos por esta Ley, debiendo adoptar las medidas necesarias para su aplicación. Lo anterior aplicará aun y cuando estos datos fueren tratados por un tercero a solicitud del responsable. 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 (LFPDPPP).

³⁸ Un principio que la teoría ha definido como un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual a su vez es una parte fundamental del concepto moderno de democracia. Chirino, A., "Algunas reflexiones acerca de la tutela penal de la autodeterminación informativa", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, vol. 1997-A, 1997, p. 104.

³⁹ Documento disponible para su consulta en la dirección <http://www.oecd.org/EN/document/0,,EN-document-29-nodirectorate-no-24-10255-29,00.html> (consultado el 30 de agosto de 2011).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

- Propósito de descripción: consistente en especificar el propósito de recabar información en el momento en el que se lleva a cabo la recolección y el subsecuente uso limitado del cumplimiento de dichos propósitos u otros que no sean incompatibles con aquellos propósitos especificados en cada ocasión;
- Límite de uso: consistente en no divulgar los datos personales o aquellos utilizados para propósitos distintos a los contemplados en el principio anterior, excepto el consentimiento sobre la materia de datos o mediante una autoridad contemplada en la ley;
- Protección a la seguridad: consistente en proteger los datos personales e información, mediante mecanismos razonables de seguridad en contra de riesgos, como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, utilización, modificación o divulgación de datos;
- Imparcialidad: consistente en establecer políticas generales de imparcialidad sobre desarrollos, prácticas y políticas con respecto a los datos personales, asegurando la transparencia en el proceso de obtención de información y estableciendo los propósitos para su utilización;
- Participación individual: consistente en el derecho que tiene un individuo de obtener del controlador de datos la confirmación de tener o no los datos del individuo, que el controlador de datos se lo haya comunicado en un tiempo y forma razonable, obtener respuesta del controlador de datos si una solicitud le ha sido negada y tener la posibilidad de impugnarla; pero si la impugnación resulta exitosa, solicitar que los datos sean eliminados, modificados, rectificados o complementados.
- Responsabilidad: consistente en la responsabilidad del controlador de datos de cumplir efectivamente

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

con medidas suficientes para implementar los principios anteriores.

Por otra parte, la LFPDPPP prevé ciertos límites en cuanto a la observancia y ejercicio de los principios y derechos en ella contenida⁴⁰ —límites que se encuentran en el grupo de excepciones que responden “a los casos en que la divulgación de la información puede causar daño a un interés público jurídicamente protegido, tales como la seguridad pública o la seguridad nacional”—⁴¹ cuando se trate de proteger la seguridad nacional, el orden, la seguridad y la salud públicos o los derechos de terceros.

e. Derechos protegidos

La LFPDPPP reconoce la posibilidad del ejercicio de diversos derechos, conocidos por sus siglas como derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición)⁴² en calidad de derechos independientes, pues aquél no se encuentra condicionado de forma alguna.⁴³ Así, cualquier persona titular puede ejercitar alguno de los derechos

40 Artículo 4o. Los principios y derechos previstos en esta Ley, tendrán como límite en cuanto a su observancia y ejercicio, la protección de la seguridad nacional, el orden, la seguridad y la salud públicos, así como los derechos de terceros (LFPDPPP).

41 López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, enero-junio de 2007, p. 23.

42 Capítulos III y V, LFPDPPP.

43 Artículo 22. Cualquier titular, o en su caso su representante legal, podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la presente Ley. El ejercicio de cualquiera de ellos no es requisito previo ni impide el ejercicio de otro. Los datos personales deben ser resguardados de tal manera que permitan el ejercicio sin dilación de estos derechos... y 28. El titular o su representante legal podrán solicitar al responsable en cualquier momento el acceso, rectificación, cancelación u oposición, respecto de los datos personales que le conciernen (LFPDPPP).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

ARCO sobre datos de carácter personal que le conciernan tratados por particulares en cualquier tiempo.

La capacidad de ejercicio de estos derechos es lo que confiere al titular de los datos personales una facultad real de disposición sobre sus propios datos, ya que a través de tales derechos le es posible conocer qué datos suyos se encuentran en poder de particulares,⁴⁴ rectificarlos en caso de que exista algún error en ellos,⁴⁵ cancelarlos si han dejado de cumplir la finalidad para la que fueron recabados⁴⁶ e incluso oponerse a su tratamiento⁴⁷ cuando, por ejemplo, hayan sido obtenidos sin su consentimiento.

- **Acceso:** este derecho permite al titular solicitar y obtener información de sus datos personales que son sometidos a tratamiento. Asimismo, implica el derecho a conocer los datos del titular en posesión del ente, la finalidad de la base de datos, el origen, las comunicaciones o los intercambios de información realizados o previstos con los datos personales.

44 Artículo 23. Los titulares tienen derecho a acceder a sus datos personales que obren en poder del responsable, así como conocer el aviso de privacidad al que está sujeto el tratamiento (LFPDPPP).

45 Artículo 24. El titular de los datos tendrá derecho a rectificarlos cuando sean inexactos o incompletos (LFPDPPP).

46 Artículo 25. El titular tendrá en todo momento el derecho a cancelar sus datos personales. La cancelación de datos personales dará lugar a un periodo de bloqueo tras el cual se procederá a la supresión del dato. El responsable podrá conservarlos exclusivamente para efectos de las responsabilidades nacidas del tratamiento. El periodo de bloqueo será equivalente al plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento en los términos de la ley aplicable en la materia. Una vez cancelado el dato se dará aviso a su titular. Cuando los datos personales hubiesen sido transmitidos con anterioridad a la fecha de rectificación o cancelación y sigan siendo tratados por terceros, el responsable deberá hacer de su conocimiento dicha solicitud de rectificación o cancelación, para que proceda a efectuarla también (LFPDPPP).

47 Artículo 27. El titular tendrá derecho en todo momento y por causa legítima a oponerse al tratamiento de sus datos. De resultar procedente, el responsable no podrá tratar los datos relativos al titular (LFPDPPP).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

- **Rectificación:** se refiere a la facultad de solicitar en su caso la modificación de aquellos datos que su titular considere inexactos o se encuentren incompletos con respecto a la finalidad para la que fueron obtenidos.
- **Cancelación:** en el caso de que los datos obtenidos fueren inadecuados —al no guardar relación con el ámbito de aplicación o la finalidad para la cual fueron recabados, o dejaren de ser necesarios para dicha finalidad— o excesivos —pues se requieren menos en relación con dicho fin— procede su cancelación, la cual no implica su desaparición física de modo tal que no permita su recuperación futura.⁴⁸
- **Oposición:** opera en el supuesto de que los datos personales del titular hubiesen sido recabados sin su consentimiento, de modo que el ejercicio de este derecho impide el tratamiento de dichos datos para un fin determinado o, en su caso, el cese del mismo.⁴⁹

Finalmente la LFPDPPP establece procedimientos adecuados para el ejercicio de dichos derechos,⁵⁰ los cuales podrá llevarlos a cabo el titular de los datos ante la perso-

48 Pues existe un paso intermedio que bloquea el dato para que éste sólo aparezca accesible para algunos en determinadas circunstancias durante los plazos de prescripción legal aplicables (artículo 25, LFPDPPP).

49 El ejercicio de este derecho así como el derecho a la cancelación da lugar al *bloqueo* de los datos en posesión del particular, el cual consiste en la retención de datos personales con el único propósito de determinar posibles responsabilidades legales en relación con su tratamiento, hasta el plazo, legal o contractual, de su prescripción, periodo durante el cual éstos no podrán ser objeto de tratamiento alguno. Hasta después de transcurrido dicho término procederá su eliminación de la base de datos.

50 Artículo 30. Todo responsable deberá designar a una persona, o departamento de datos personales, quien dará trámite a las solicitudes de los titulares, para el ejercicio de los derechos a que se refiere la presente Ley. Asimismo fomentará la protección de datos personales al interior de la organización (LFPDPPP).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

na o departamento de datos personales que el particular haya designado para tal efecto.⁵¹

f. *Transferencia de datos*

El tratamiento de datos personales supone, en determinados casos y dada la característica informativa de dicho tratamiento que implica su procesamiento, allende las fronteras geo-espaciales en las que se ubique el particular que haga uso de ellos, su transferencia a terceros, según la finalidad para la que fueron recabados.

La LFPDPPP entiende por transferencia “toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento”.⁵² Aunque para fines de concreción podríamos seguir a Velásquez, para quien “la expresión transferencia de datos debe considerarse aplicable a todos los flujos de datos a través de las fronteras, independientemente de cuál sea el soporte mediante el que se envían los datos o la forma de tratamiento”.⁵³

Además de lo ya manifestado hasta aquí respecto a que el bien jurídico tutelado de la ley es la protección de los datos personales en posesión de los particulares, habríamos de precisar una característica distintiva de dicha regulación, puesto que su tratamiento se encuentra regulado sin importar quién dispone de ellos, es decir, el objeto

⁵¹ Cabe hacer mención que para el particular, la Secretaría de Economía y el IFAI, autoridades en la materia —que se comentarán más adelante— han elaborado, atendiendo a las funciones establecidas por esta Ley, diversas recomendaciones para la designación de dichos responsables. Documento disponible en la dirección http://www.sellosdecon.fianza.org.mx/temp/responsa_ble_de_datos_personales.pdf (consultado el 30 de septiembre de 2011).

⁵² Artículo 3o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por... XIX. Transferencia: Toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento (LFPDPPP).

⁵³ Velásquez, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, COLEX, 1993, p. 171.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

primordial de la regulación es la base de datos y el uso de dichas bases de datos por parte de los particulares.

Bajo esta tesis, resulta relevante que en nuestra legislación no se encuentre expresamente normada la transferencia internacional de datos personales, pues tan solo prescriben los casos de excepción en los que dicha transferencia no necesitará del consentimiento del titular.⁵⁴ Ante dicha omisión es menester reconocer el avance en el particular de las legislaciones internacionales más acabadas, como se advierte de la Directiva 95/46/CE emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.⁵⁵

Para el caso que nos ocupa conviene traer a consideración lo dispuesto por dicha Directiva en su artículo 25.1 que al efecto establece que

54 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; II. Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios; 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; IV. Cuando la transferencia sea necesaria por virtud de un contrato celebrado o por celebrar en interés del titular, por el responsable y un tercero; V. Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público, o para la procuración o administración de justicia; VI. Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial, y VII. Cuando la transferencia sea precisa para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica entre el responsable y el titular (LFPDPPP).

55 Documento disponible en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:ES:PDF> (consultado el 30 de septiembre de 2011).

ROY GONZÁLEZ PADILLA

los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado.

Este principio, como puede observarse, garantiza a los titulares de dichos datos que, además de atender a las circunstancias que concurren en una transferencia de datos —como la naturaleza de los mismos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final— allende sus fronteras físicas o virtuales, habrá de tener en consideración las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países a efecto de garantizar el mejor tratamiento y salvaguarda de los datos personales que concurren en dicha transferencia.

Esto implica necesariamente la evaluación del nivel de protección que ofrece un país tercero atendiendo a las circunstancias antes mencionadas. Inclusive la adopción de medidas necesarias, para el caso de llegar a considerarse que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado, para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate.

Este ejemplo resulta más que conveniente su adopción para el caso de la legislación mexicana, necesidad que comparten algunos estudiosos de la materia como Velasco.⁵⁶ Sobre todo reconociendo que la privacidad y la pro-

⁵⁶ Velasco, Cristos, "Privacidad y protección de datos personales en Internet. ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?", *Boletín de Política Informática*, México, núm. 1, 2003.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

tección de datos personales son elementos importantes en las distintas modalidades del comercio electrónico que poco a poco han ganado un gran terreno en las transacciones comerciales no sólo en el país, sino evidentemente a nivel global.

g. Autoridades en la materia

La LFPDPPP ha establecido, para el cumplimiento de los objetivos normativos que regula, que las autoridades en la materia serán, por una parte, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI)⁵⁷ cuyo objeto principal sería:

difundir el conocimiento del derecho a la protección de datos personales en la sociedad mexicana, promover su ejercicio y vigilar por la debida observancia de las disposiciones previstas en la presente Ley y que deriven de la misma; en particular aquellas relacionadas con el cumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos regulados por este ordenamiento...⁵⁸

Además, la Secretaría de Economía le otorgaría como función principal la de

difundir el conocimiento de las obligaciones en torno a la protección de datos personales entre la iniciativa privada nacional e internacional con actividad comercial en territorio

⁵⁷ Artículo 38. El Instituto, para efectos de esta Ley, tendrá por objeto difundir el conocimiento del derecho a la protección de datos personales en la sociedad mexicana, promover su ejercicio y vigilar por la debida observancia de las disposiciones previstas en la presente Ley y que deriven de la misma; en particular aquellas relacionadas con el cumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos regulados por este ordenamiento (LFPDPPP). Denominado anteriormente Instituto Federal de Acceso a la Información, previo a la entrada en vigor de la reforma a la fracción VII del artículo 3o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIIPG) mediante el cual se modificó a su denominación actual.

⁵⁸ *Idem*.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

mexicano; [y promover] las mejores prácticas comerciales en torno a la protección de los datos personales como insumo de la economía digital, y el desarrollo económico nacional en su conjunto.⁵⁹

El IFAI, según lo establece la propia LFTAIPG, es

un órgano de la administración pública federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades.⁶⁰

A pesar de la modificación al contenido del artículo 33 de la LFTAIPG por las mismas reformas en materia de datos personales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de julio de 2010, no se hizo explícito que el IFAI no solamente protegerá datos personales en poder de las dependencias y entidades —entendidas éstas como las “señaladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal [LOAPF], incluidas la Presidencia de la República, los órganos administrativos desconcentrados,

⁵⁹ Artículo 41. La Secretaría, para efectos de esta Ley, tendrá como función difundir el conocimiento de las obligaciones en torno a la protección de datos personales entre la iniciativa privada nacional e internacional con actividad comercial en territorio mexicano; promoverá las mejores prácticas comerciales en torno a la protección de los datos personales como insumo de la economía digital, y el desarrollo económico nacional en su conjunto (LFPDPPP).

⁶⁰ Artículo 33. La obligación de acceso a la información se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del titular los datos personales; o bien, mediante la expedición de copias simples, documentos electrónicos o cualquier otro medio que determine el responsable en el aviso de privacidad. En el caso de que el titular solicite el acceso a los datos a una persona que presume es el responsable y ésta resulta no serlo, bastará con que así se le indique al titular por cualquiera de los medios a que se refiere el párrafo anterior, para tener por cumplida la solicitud (LFTAIPG).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

así como la Procuraduría General de la República”—⁶¹ sino también aquellos datos en poder de los particulares, pues las nuevas atribuciones contenidas en la LFPDPPP amplían su universo de aplicación y obligarían a añadir en dicho artículo 33 “... y proteger los datos personales en poder de las dependencias, entidades y en posesión de particulares”.

h. Procedimientos legales

a. Procedimiento de protección de derechos

Dado el caso de que el titular de los datos ejercite algún derecho sobre los mismos ante el particular que los detenta en sus bases de datos, y ya sea que éste comunique a dicho titular respuesta alguna que no haya satisfecho en plenitud su solicitud, o que no hubiese siquiera recibido respuesta en el ejercicio de sus derechos, el titular podrá iniciar ante la autoridad encargada de vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Ley, un procedimiento denominado “de protección de datos”, atendiendo a los requisitos establecidos en la misma para su presentación⁶² y dentro de los términos fijados para ello.

61 Artículo 3o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por... IV. Consentimiento: Manifestación de la voluntad del titular de los datos mediante la cual se efectúa el tratamiento de los mismos (LFTAIPG).

62 Artículo 46. La solicitud de protección de datos podrá interponerse por escrito libre o a través de los formatos, del sistema electrónico que al efecto proporcione el Instituto y deberá contener la siguiente información: I. El nombre del titular o, en su caso, el de su representante legal, así como del tercero interesado, si lo hay; II. El nombre del responsable ante el cual se presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales; III. El domicilio para oír y recibir notificaciones; IV. La fecha en que se le dio a conocer la respuesta del responsable, salvo que el procedimiento inicie con base en lo previsto en el artículo 50; V. Los actos que motivan su solicitud de protección de datos, y VI. Los demás elementos que se considere procedente hacer del conocimiento del Instituto. La forma y términos en que deba acredi-

ROY GONZÁLEZ PADILLA

Una de las disposiciones más controvertidas contenidas en el capítulo referido a dicho procedimiento legal de protección de datos,⁶³ ha sido la consideración por parte del legislador respecto a la no definitividad de las resoluciones dictadas por el IFAI. Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 59 de la LFTAIPG, “las resoluciones del Instituto serán definitivas para las dependencias y entidades. Los particulares podrán impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación”. En cambio el diverso numeral 56 de la LFPDPPP establece que “contra las resoluciones del Instituto, los particulares podrán promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa” (TFJFA).⁶⁴

Esta antinomia jurídica resulta evidente por diversas circunstancias. La primera de ellas y la más evidente radica en la contradicción de la LFPDPPP respecto a la definitividad de las resoluciones emitidas por el IFAI, pues del citado artículo 59 de la LFTAIPG se advierte que los particulares —sujetos protegidos en el caso de la Ley que nos ocupa— sólo podrán acudir ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación a impugnar eventuales resoluciones de dicho órgano garante.

Ahora bien, bajo el principio de derecho relativo a que las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les faculta, se podría justificar la potestad de

tarse la identidad del titular o bien, la representación legal se establecerán en el Reglamento. Asimismo, a la solicitud de protección de datos deberá acompañarse la solicitud y la respuesta que se recurre o, en su caso, los datos que permitan su identificación. En el caso de falta de respuesta sólo será necesario presentar la solicitud. En el caso de que la solicitud de protección de datos se interponga a través de medios que no sean electrónicos, deberá acompañarse de las copias de traslado suficientes (LFPDPPP).

⁶³ Capítulo VII, LFPDPPP.

⁶⁴ Es posible que el legislador, al prever esta disposición, justifique la supletoriedad de la LFPA a esta Ley. Sin embargo, a pesar de las consideraciones ya comentadas en lo que respecta a la supletoriedad de dicha ley, aquí se abonará a dicha discusión sobre el particular.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

decisión del TFJFA respecto a los actos llevados a cabo por el IFAI; sin embargo, en un Estado de derecho afirmar que por el solo hecho de constar en un documento normativo (ley) facultades decisionales podría llevarnos al absurdo de legislar sin sentido.

Como lo ha mencionado Santofimio:⁶⁵ “encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido para determinar la presencia de un acto administrativo, es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativa”.⁶⁶ Sin pretender en estas líneas dar por zanjada dicha discusión teórica y práctica, en el particular resulta una decisión desafortunada por parte del legislador el haber otorgado a un Tribunal Contencioso-Administrativo dependiente del propio Poder Ejecutivo la facultad de dictaminación en última instancia de aquellos actos que materialmente son jurisdiccionales, no administrativos, como es el caso de las resoluciones emitidas por el IFAI; las cuales se dictan, dada su naturaleza y definición, para resolver las controversias entre particulares respecto al tratamiento de datos personales y no como actos propios de autoridad que pudieran considerarse administrativos.

En este sentido, la antinomia se revela aún más clara si se sigue el contenido de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (LOTFJFA) que establece que el TFJFA conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos, dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un

⁶⁵ Santofimio, Jaime, *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 55.

⁶⁶ Al no ser el ánimo de este documento abundar sobre los tipos de actos que lleva a cabo el IFAI, tan sólo se retomarán criterios aislados para abonar a una discusión futura respecto a este gran detalle jurídico.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.⁶⁷

Por otra parte, si bien la CPEUM faculta a los tribunales contenciosos administrativos para conocer conflictos que se susciten entre la administración pública federal y los particulares,⁶⁸ en ninguna de las disposiciones establecidas por el citado numeral 14 de la LOTFJFA, se prevé una competencia del TFJFA que permita conocer de las resoluciones emitidas por el IFAI.

Además de que, como ya se dijo, de ninguna forma las resoluciones que emite en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales pueden ser consideradas material y formalmente administrativas.

Vistas así las cosas podríamos advertir una seria amenaza a los derechos tutelados por esta Ley, es decir la protección de datos personales en contra de particulares, entorpeciendo incluso el ejercicio de los derechos reconocidos por la misma y sus procedimientos regulados.

b. Procedimiento de verificación e imposición de sanciones

Como función subsidiaria de la protección de datos personales en poder de los particulares, la LFPDPPP prevé dos tipos de procedimientos complementarios, a saber el procedimiento de verificación —con el objeto de velar por el efectivo cumplimiento de sus disposiciones, de la nor-

67 Capítulo II, LOTFJFA.

68 Artículo 73. El Congreso tiene facultad... XXIX-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones (CPEUM).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

matividad que de ella derive—⁶⁹ y el procedimiento de imposición de sanciones —en el caso de que con motivo de la verificación se advierta un presunto incumplimiento de alguno de los principios o disposiciones de esta Ley—. ⁷⁰

No obstante lo anterior, toda vez que la LFPDPPP remite a un Reglamento para el desarrollo de la forma, términos y plazos en que se sustanciarán dichos procedimientos —el cual deberá incluir las formalidades relativas a la presentación de pruebas y alegatos, la celebración de audiencias y el cierre de instrucción—, a la fecha de elaboración del presente documento (septiembre 2011) no se cuenta aún con dicha disposición reglamentaria, por lo que resulta apremiante su aprobación.

Por otra parte, el sometimiento del anteproyecto de dicho Reglamento a consulta pública, en la segunda mitad de este año por parte del IFAI y la Secretaría de Economía, ha sido bien aceptado.

i. Infracciones y sanciones

El capítulo X de la LFPDPPP establece cuáles son las infracciones que se pueden cometer al tratar los datos de carácter personal y cuáles son las sanciones aplicables por parte del IFAI,⁷¹ estableciendo un abanico de multas

69 Artículo 59. El Instituto verificará el cumplimiento de la presente Ley y de la normatividad que de ésta derive. La verificación podrá iniciarse de oficio o a petición de parte. La verificación de oficio procederá cuando se dé el incumplimiento a resoluciones dictadas con motivo de procedimientos de protección de derechos a que se refiere el capítulo anterior o se presuma fundada y motivadamente la existencia de violaciones a la presente Ley (LFPDPPP).

70 Artículo 61. Si con motivo del desahogo del procedimiento de protección de derechos o del procedimiento de verificación que realice el Instituto, éste tuviera conocimiento de un presunto incumplimiento de alguno de los principios o disposiciones de esta Ley, iniciará el procedimiento a que se refiere este capítulo, a efecto de determinar la sanción que corresponda (LFPDPPP).

71 Capítulo X, LFPDPPP.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

que van desde los \$5,982.00 hasta la exorbitante cantidad de \$19'142,400.00.⁷²

Si bien no se establece una gradación o clasificación de las infracciones en que se pueden incurrir —es decir en leves, graves o muy graves— se crea en cambio la forma en la cual el IFAI fundamentará y motivará sus resoluciones,⁷³ tomando como base la naturaleza del dato, la improcedencia de la negativa del responsable del tratamiento de los datos, la intencionalidad de las acciones y omisiones cometidas, la capacidad económica del infractor o su reincidencia, según el procedimiento fijado para tal efecto comentado en el numeral que antecede.

En lo que respecta a la determinación de la cuantía de las sanciones, resultaría más adecuado atender a la naturaleza de los derechos personales que se afecten por alguna omisión o acción, pues el dato en sí mismo no puede ser afectado, sino los derechos de su titular. De igual forma, además de las consideraciones a que remite la LFPDPPP para su determinación habría que considerar, con independencia del tratamiento que se le haya dado a dichos datos, el beneficio real obtenido por el responsable, a efecto de determinar efectivamente el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presente en la concreta actuación infractora.

Por contrapartida y en razón de circunstancias que pudieran concurrir en conductas no intencionadas, la autoridad sancionadora debiera apreciar una cualificada

⁷² Cantidades calculadas con base al salario mínimo general vigente en el área geográfica "A", según el tabulador vigente expedido por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos. Documento disponible en la dirección http://www.conasami.gob.mx/pdf/tabla_salarios_minimos/2011/01_01_2011.pdf (consultado el 30 de septiembre de 2011).

⁷³ Artículo 65. El Instituto fundará y motivará sus resoluciones, considerando: I. La naturaleza del dato; II. La notoria improcedencia de la negativa del responsable, para realizar los actos solicitados por el titular, en términos de esta Ley; III. El carácter intencional o no, de la acción u omisión constitutiva de la infracción; IV. La capacidad económica del responsable, y V. La reincidencia (LFPDPPP).

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso particular.

Además de lo anterior, se observa un silencio legal por lo que respecta a la prescripción de las infracciones cometidas durante el tratamiento de datos personales. En observancia de una adecuada técnica jurídico-legislativa, habría que definir los límites de sanción para el caso de que transcurra determinado tiempo sin que dé comienzo el correspondiente procedimiento sancionador, pues del texto legal no se advierte la regulación de las condiciones para que tenga lugar la prescripción de las infracciones a que se hizo referencia. De lo contrario, se entiende que la autoridad reguladora tiene un plazo indefinido para iniciar procedimientos sancionadores e imponer las penas correspondientes. Estas consideraciones, a pesar de poder llegar a ser una obviedad, otorgarían en dado caso mayor fuerza jurídica al marco normativo de la Ley para evitar una posible discrecionalidad en su aplicación, cosa del todo deleznable en un efectivo Estado de derecho.

j. Delitos

En materia de delitos relacionados con el uso de las tecnologías de la información, la legislación mexicana ha sido omisa en demasía respecto a su tipificación, pues los que se mencionan se hacen de manera implícita y se contienen en diversas legislaciones, sin encontrar una coherencia normativa en su regulación. Los evidentes progresos globales en materia computacional acompañados con el creciente aumento de la capacidad de almacenamiento y procesamiento de distintas bases de datos, en particular aquellas en posesión de particulares que contienen datos personales, ponen en relieve el desarrollo actual de la era de la información.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

Por ello, paralelamente al avance de la tecnología informática y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, se han venido dando una serie de comportamientos antes impensables y en algunos casos de difícil tipificación en las normas penales tradicionales. A este respecto, Davara ha mencionado con gran acierto que:

La intangibilidad de la información como valor fundamental de la nueva sociedad y bien jurídico a proteger; el desvanecimiento de teorías jurídicas tradicionales como la relación entre acción, tiempo y espacio; el anonimato que protege al delincuente informático; la dificultad de recolectar pruebas de los hechos delictivos de carácter universal del delito informático; las dificultades físicas, lógicas, y jurídicas del seguimiento, procesamiento y enjuiciamiento en estos hechos delictivos; la doble cara de la seguridad, como arma de prevención de la delincuencia informática y, a su vez, como posible barrera en la colaboración con la justicia. Todas ellas son cuestiones que caracterizan a este nuevo tipo de delitos y que requieren —entre otras— respuestas jurídicas.⁷⁴

Cierto es que el uso de datos personales por medio de terceros se encuentra tipificado en la LFPDPPP. Sin embargo, su tratamiento es insuficiente, pues no va a la par del desarrollo de las tecnologías de la información comentadas. Es posible detectar vacíos para su aplicación si consideramos que la sola puesta en riesgo o vulneración de las bases de datos que los contengan no constituye una afectación directa al bien jurídico tutelado, ni el simple engaño para su obtención, pues la tipicidad requiere necesariamente de un daño efectivo en los derechos tutelados.

Tan solo por enunciar diversas conductas antijurídicas que pudieran constituir delitos informáticos en perjuicio de los titulares de datos personales, podríamos traer a con-

⁷⁴ Davara, Miguel Ángel, *Factbook del comercio electrónico*, Pamplona, Arazandi, 2002.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

sideración aquellas así consideradas por la Organización de las Naciones Unidas,⁷⁵ a saber:

- Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras:
 - Manipulación de los datos de entrada.
 - Manipulación de programas.
 - Manipulación de datos de salida.
 - Fraude efectuado por manipulación informática.
- Falsificaciones informáticas:
 - Utilizando sistemas informáticos como objetos.
 - Utilizando sistemas informáticos como instrumentos.
- Daños o modificaciones de programas o datos computarizados:
 - Sabotaje informático.
 - Virus.
 - Gusanos.
 - Bomba lógica o cronológica.
 - Acceso no autorizado a sistemas o servicios.
 - Piratas informáticos o *hackers*.
 - Reproducción no autorizada de programas informáticos con protección legal.

En suma, la LFPDPPP debería considerar la extraterritorialidad y transnacionalidad de los delitos que se cometen a través de las tecnologías de la información instrumentando una protección jurídica adecuada respecto a los datos personales, y no sólo dejar a éstos la responsabilidad penal respecto de un mal tratamiento de los mismos.

⁷⁵ Cassou, Jorge Esteban, "Delitos informáticos en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 28, 2009, p. 225.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

k. Artículos transitorios

Por regla general, cualquier norma jurídica es expedida por las autoridades legislativas con el objeto de regular situaciones futuras. Según explica Huerta, “se trata de establecer un orden social de determinada manera conforme a los preceptos que para ello se prevean en el sistema jurídico”, consideración por la cual la peculiaridad de los artículos transitorios de toda ley “radica en que no regulan conductas de los particulares, sino de las autoridades aplicadoras”.⁷⁶

Normalmente los artículos transitorios se diferencian de otro tipo de numerales pues casi siempre se dirigen a las autoridades a quienes se les facultó su vigilancia sin establecer obligaciones a los particulares. En este sentido, la LFPDPPP resulta particular pues en su artículo tercero transitorio establece dos obligaciones a los particulares en posesión de datos personales. Éstas son, la designación de persona o departamento de datos personales a que se refiere el artículo 30 de dicha Ley, y la expedición de avisos de privacidad a los titulares de datos personales cuyo contenido y forma de expedición se encuentra regulado en el cuerpo de la misma.⁷⁷

⁷⁶ Huerta, Carla, “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 102, vol. XXXIV, septiembre-diciembre de 2001, p. 819.

⁷⁷ Artículo 16. El aviso de privacidad deberá contener, al menos, la siguiente información: I. La identidad y domicilio del responsable que los recaba; II. Las finalidades del tratamiento de datos; III. Las opciones y medios que el responsable ofrezca a los titulares para limitar el uso o divulgación de los datos; IV. Los medios para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; V. En su caso, las transferencias de datos que se efectúen, y VI. El procedimiento y medio por el cual el responsable comunicará a los titulares de cambios al aviso de privacidad, de conformidad con lo previsto en esta Ley. En el caso de datos personales sensibles, el aviso de privacidad deberá señalar expresamente que se trata de este tipo de datos. Artículo 17. El aviso de privacidad debe ponerse a disposición de los titulares a través de formatos impresos, digitales, visuales, sonoros o cual-

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

El aviso de privacidad es aquel

documento físico, electrónico o en cualquier otro formato (como puede ser visual o sonoro) generado por el responsable que es puesto a disposición del titular, previo al tratamiento de sus datos personales, de conformidad con lo que establece la Ley.⁷⁸

Tal documento físico representa una declaración que hace del conocimiento del titular de los datos personales; primero, que su información personal será recabada y utilizada para ciertos fines, y segundo, las características del tratamiento al que serán sometidos sus datos personales con la finalidad de que el titular tome decisiones informadas con relación a sus datos personales y controle el uso de su información personal.⁷⁹

Finalmente, el cuarto artículo transitorio de la LFPDPPP fijó un plazo perentorio de 18 meses a partir del día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* para que los titulares de los datos personales puedan ejercer ante los responsables sus derechos ARCO o, en

quier otra tecnología, de la siguiente manera: I. Cuando los datos personales hayan sido obtenidos personalmente del titular, el aviso de privacidad deberá ser facilitado en el momento en que se recaba el dato de forma clara y fehaciente, a través de los formatos por los que se recaban, salvo que se hubiera facilitado el aviso con anterioridad, y II. Cuando los datos personales sean obtenidos directamente del titular por cualquier medio electrónico, óptico, sonoro, visual, o a través de cualquier otra tecnología, el responsable deberá proporcionar al titular de manera inmediata, al menos la información a que se refiere las fracciones I y II del artículo anterior, así como proveer los mecanismos para que el titular conozca el texto completo del aviso de privacidad (LFPDPPP).

⁷⁸ Secretaría de Economía y Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Guía práctica para general el aviso de privacidad*, México, 2011.

⁷⁹ Según la propia redacción del transitorio en comento, el término otorgado a los particulares para la expedición de dicho aviso de privacidad se fijó para el 6 de julio de 2011.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

su caso, dar inicio al procedimiento de protección de derechos antes comentado.⁸⁰

3. Consideraciones acerca de la Ley

A continuación se tratarán un par de consideraciones breves acerca de la LFPDPPP, pues se considera que de manera paralela al análisis de su contenido antes presentado, resulta necesario determinar si, desde la técnica jurídica, es útil o adecuada para alcanzar los fines que pretende. Y desde el punto de vista político, se analiza si la misma resulta conveniente para asegurar el bien social común que toda ley debe tener en su horizonte.

A. Consideración técnico-jurídica

El objetivo de la LFPDPPP es proteger los datos personales en posesión de los particulares. La protección que brinda dicha Ley es regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas, ya analizada en el capítulo que antecede.

Desde esta perspectiva, la legislación comentada refleja una preocupación novedosa en nuestro ordenamiento que se muestra en su contenido jurídico. Sin embargo, no obstante ello signifique un verdadero avance en cuanto a la protección del bien jurídico tutelado por la norma, se aprecian diversas *asintonías* jurídicas que pudieran en dado caso analizarse con detenimiento por el legislador para su adecuación a lo que creemos sería un orden jurídico consistente.

La primera de dichas asintonías la hemos ubicado en lo que respecta a la supletoriedad legal de la LFPDPPP. Como se dijo en el capítulo anterior, el envío de esta Ley

80 Esto es, a partir del 6 de enero de 2012.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

a un diverso ordenamiento administrativo procesal (LFPA) para su supletoriedad resulta desafortunado. Ello contraría las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida, además de que las resoluciones emitidas por la autoridad reguladora (el IFAI) trata de actos que materialmente son jurisdiccionales, no administrativos, dada su naturaleza y definición, y no como actos propios de autoridad que pudieran considerarse administrativos.

Por otra parte, es claro que la enunciación de principios normativo, no es limitativa, aunque no por ello el legislador debió de obviar diversas disposiciones de carácter internacional que prescriben la observancia de principios complementarios. Es el caso de los contenidos en las comentadas guías de la OCDE que regulan la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales.

Es claro de igual forma que todo ejercicio de derechos implica ciertos límites preestablecidos; sin embargo, la discrecionalidad manifiesta de las excepciones contenidas en la Ley puede generar desconformidades entre los titulares de los datos personales y quienes les dan tratamiento. Se deja al arbitrio de la autoridad reguladora el determinar en qué casos su divulgación tiene que velar, por encima de dichos derechos particulares, por la protección de la seguridad nacional, el orden, seguridad y salud públicos o derechos de terceros, dejando en estado de indefensión tanto a los titulares como los responsables de su uso, pues no podrían oponerse a la determinación que haga la autoridad reguladora respecto al daño que eventualmente podría afectar estos límites.

El reconocimiento que se hace de los derechos ARCO de los titulares de los datos personales se ha apegado a la normatividad internacional en la materia y se refieren a derechos ampliamente reconocidos por diversas legis-

ROY GONZÁLEZ PADILLA

laciones. Habrá que esperar si su ejercicio en verdad se garantiza, y en el caso de violaciones a dichos derechos, qué medidas tomará la autoridad responsable de que se cumpla efectivamente su ejercicio, pues como ya se dijo el término establecido para que los titulares puedan ejercer sus derechos está establecido para el inicio de 2012.

Una asintonía más la encontramos en el hecho de que en nuestra legislación no se encuentre expresamente normada la transferencia internacional de datos personales, no reconociendo gracias a dicha omisión el avance en el particular de las legislaciones internacionales más acabadas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Sobre todo atendiendo a que con el paso del tiempo la privacidad y la protección de datos personales son elementos importantes en las distintas modalidades del comercio electrónico que —se ha dicho— han ganado un gran terreno.

Similar tratamiento y una gran discusión se espera en los días venideros por lo que respecta a la definitividad de las resoluciones emitidas por la autoridad reguladora, pues ello deviene en una seria amenaza a los derechos tutelados por esta Ley. Es decir, la protección de datos personales en contra de particulares, entorpeciendo incluso el ejercicio de los derechos reconocidos por la misma y sus procedimientos regulados, en el caso de que se decida mantener la ambigüedad que prevalece.

Otro problema técnico de la Ley que se advierte es la ausencia de una gradación o clasificación de las infracciones en que pueden incurrir los responsables del tratamiento de datos personales —es decir, en leves, graves o muy graves. Pues no obstante se establezca la forma en la cual el IFAI fundamentará y motivará sus resoluciones, resultaría más correcto atender a la naturaleza de los derechos personales que se afecten por alguna omisión o acción. Incluso habría que considerar el beneficio real

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

obtenido por el responsable, a efecto de determinar efectivamente el grado de antijuridicidad y culpabilidad presente en la concreta actuación infractora y fijar circunstancias para que la autoridad sancionadora pueda apreciar en dado caso una disminución cualificada de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho según se trate de conductas no indeseadas. Esto además de la omisión por parte de la Ley por lo que se refiere a la prescripción de las infracciones cometidas durante el tratamiento de datos personales.

En el mismo sentido resulta el silencio respecto a la tipificación de delitos relacionados con el uso de las tecnologías de la información, ya que su tratamiento es insuficiente, pues no va a la par del desarrollo de las tecnologías de la información comentadas.

B. Consideración política

Además del valor práctico que toda regulación jurídica acarrea, implícitamente relacionado con los bienes jurídicos que pretende tutelar, se genera además un valor político intrínseco, toda vez que se trata de un acto emanado de un poder político constituido; poder que se establece para el beneficio de la sociedad que gobierna y no en provecho de minorías. Así, el valor político de una ley estriba en que su finalidad se acerque a la obtención de un bien común para el fortalecimiento de la sociedad a quien pretende dirigir sus esfuerzos reguladores.

Respecto al beneficio que trae consigo la entrada en vigor de la LFPDPPP, éste resulta más que evidente, pues pretende regular una esfera sensible del individuo en sociedad, a saber, la intimidad a la que nos hemos referido. En palabras del senador Ricardo Monreal Ávila, al emitir su posicionamiento respecto al dictamen del decreto por el cual se expediría finalmente la Ley: “aunque llegamos

ROY GONZÁLEZ PADILLA

tarde a esta regulación, me parece pertinente y urgente hacerlo”.⁸¹

En verdad el país se posicionó con relativa tardanza respecto a la protección de datos personales en posesión de los particulares, pues aunque se trata en parte de dar respuesta a exigencias de las relaciones económicas y comerciales en un mundo globalizado,

esto debe hacerse ahora en una época donde las nuevas tecnologías no sólo han incidido en el progreso y desarrollo de las sociedades, sino en un contexto donde la comunicación permite la circulación de informaciones en tiempo real a velocidades impresionantes, y en todos los rincones del globo terráqueo.⁸²

Similar consideración compartió el senador Silvano Aureoles Conejo, para quien

en la actualidad, en todas las naciones se maneja una gran cantidad de información de carácter personal, de instituciones, empresas que poseen y administran enormes cantidades de bases de datos, cuyo mal uso puede violar la intimidad. Incluso, ser utilizadas para fines de cometer ilícitos [lo que configura] el riesgo mayor que se corre cuando esta información tan relevante se encuentra en manos de particulares... y que no hay la regulación correspondiente para poder cuidar de ellos.⁸³

Por último, para el senador Alejandro Zapata Perogordo:

81 Proceso legislativo disponible en la dirección <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nldLey=75562&nldRef=1&nldPL=6&cTitulo=LEY%20FEDERAL%20DE%20PROTECCION%20DE%20DATOS%20PERSONALES%20EN%20POSESION%20DE%20LOS%20PARTICULARES&cFechaPub=05/07/2010&cCateg=LEY&cDescPL=DISCUSION/REVISORA> (consultado el 11 de marzo de 2012).

82 *Idem.*

83 *Idem.*

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

esta legislación también tiene que ver con los derechos humanos. Es de los llamados derechos humanos de tercera generación, porque están protegiendo una parte fundamental, que es el derecho a la privacidad. Por eso... es una ley de avanzada... y eso es algo que nos permite nuevamente visualizar que vamos por un camino correcto. Protegiendo los derechos humanos, por un lado; regulando todas aquellas actividades que se llevan a cabo, pero que existían lagunas jurídicas para poder tener herramientas a efecto de que eso se pudiera llevar a cabo.⁸⁴

En suma, estamos ante la presencia de un esfuerzo de diversas fuerzas políticas que se unieron en la puesta al día de la legislación mexicana en la materia, según las consideraciones que expresaron aquellos involucrados en la legislación de dicha temática. Si bien no de manera final, pues según las consideraciones antes mencionadas, es una ley por demás perfectible pero que ha culminado un esfuerzo mayúsculo, que es proteger el derecho de la intimidad personal de los miembros de la sociedad en la búsqueda de la consecución del bienestar común.

4. Conclusiones

La regulación en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares explica la materialización de una preocupación novedosa en nuestro ordenamiento, tanto desde un punto de vista meramente jurídico como desde una perspectiva social, pues su finalidad es la protección normativa del ahora conocido como derecho a la protección de datos de la vida privada de las personas.

De esta forma, se hacen patentes los alcances de la Ley comentada previendo desafíos en lo venidero como los ya relacionados, pues si bien ya ha entrado en vigor, sus fortalezas o debilidades latentes habrán de ponerse a

84 *Idem.*

ROY GONZÁLEZ PADILLA

prueba sobre todo cuando tenga plena vigencia a partir de enero de 2012. En ese momento, cualquier persona podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a la información contemplados en el capítulo IV de la misma o dar inicio al procedimiento de protección de derechos ante el órgano garante en caso de alguna inconformidad ante la respuesta de particulares.

No obstante, esta prueba venidera permitirá conocer los efectivos alcances materiales de la Ley —pues sería imposible e irresponsable la previsión cierta de los resultados futuros por esperar—, es evidente además que, según las breves comparaciones con legislaciones internacionales que se han tratado en este documento, la mexicana es una ley suficientemente coherente para hacer frente al desafío de la protección jurídica de los datos de sus ciudadanos. Y precisamente más adelante estaremos en posibilidad de saber si el esfuerzo de nuestros legisladores ha estado a la altura del reto o precisará de los ajustes que toda ley que se precie de avanzada, habrá de reconocer como necesarios.

En el mundo contemporáneo en el que vivimos, donde se ha asentado aquello que se ha denominado la sociedad de la información, la reivindicación de la esfera íntima de los particulares ha sido un claro ejemplo de que el estatus de la protección de datos personales está cambiando en las democracias como la mexicana. Producto del advenimiento de la modernidad, pues como se hizo explícito en la exposición de motivos de la LFPDPPP,

la globalización tanto de las redes informáticas y de comunicación hacen cada vez más frecuentes los casos de violación al derecho a la intimidad [en tal virtud] superados tiempo y espacio como barreras naturales, se hace preciso, por tanto, instrumentar una nueva protección, ahora normativa, del derecho a la intimidad, que como garantía de todo individuo

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

consagra el artículo 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Las consecuencias de ello para la configuración de un espectro normativo particular en México, han sido la reglamentación de distintos bienes tutelados en lo que se refiere principalmente a su garantía y debido ejercicio aquí comentados, que refleja la importancia de dicho fenómeno en el contexto social actual.

Finalmente, con el ánimo de debatir con posterioridad los breves esbozos de los alcances, los desafíos y las perspectivas de la legislación federal en la materia que anteceden, deberá ser el tema central de estudios ulteriores a efecto de abonar a la producción legislativa y así tener más y mejores leyes que se adapten a una sociedad en constante transformación, como la que cada día más se va configurando dentro y allende nuestras fronteras.

5. Bibliografía

- CASSOU, Jorge Esteban, "Delitos informáticos en México", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 28, México, 2009.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, México, Siglo XXI Editores, 2000, 3 vols.
- CHIRINO, Alfredo, "Algunas reflexiones acerca de la tutela penal de la autodeterminación informativa", *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, vol. 1997-A, 1997.
- CROVI, Delia, "Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la desesperanza", *Revista Mexicana de Ciencias Sociales*, año XLV, núm. 185, mayo-agosto de 2002, México, 2002.
- DAVARA, Miguel Ángel, *Factbook del comercio electrónico*, Pamplona, Arazandi, 2002.

ROY GONZÁLEZ PADILLA

- ESTADELLA, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995.
- HUERTA, Carla, “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 102, vol. XXXIV, México, septiembre-diciembre de 2001.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, México, enero-junio de 2007.
- LUCAS, Pablo, “El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales”, *Azpilcueta*, España, núm. 20, 2008.
- MASUDA, Yoneji, *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*, Madrid, Funesco-Tecnos, 1981.
- MENDOZA CRUZ, Luis, “La oportunidad de la investigación legislativa”, *Pluralidad y Consenso*, Revista del Instituto Belisario Domínguez, año 3, núm. 14, México, marzo de 2011.
- MIEGE, Bernard, *Les industries du contenu face à l'ordre informationnel*, Francia, Presses Universitaires de Grenoble, 1998.
- MUÑOZ, Marcia, “Sociedades de información crediticia: revelación del secreto bancario”, *Anuario Jurídico*, México, nueva serie, 1995.
- NOGUEIRA, Humberto, “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2005.
- ORNELAS, Lina y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “La recepción del derecho a la protección de datos en México: breve descripción de su origen y estatus legislativo”, en varios autores, *Protección de datos personales. Compendio de lecturas y legislación*, México, Tiro Corto Editores, 2010.

PROTECCIÓN DE DATOS EN POSESIÓN DE PARTICULARES

SANTOFIMIO, Jaime, *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

Secretaría de Economía e Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, *Guía práctica para generar el aviso de privacidad*, México, 2011.

VELASCO, Cristos, "Privacidad y protección de datos personales en Internet. ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?", *Boletín de Política Informática*, México, núm. 1, 2003.

VELÁSQUEZ, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, COLEX, 1993.