

# La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México\*

Marcos Francisco del ROSARIO RODRÍGUEZ

## Resumen

Con la reforma constitucional de 2009, en la cual los datos personales se erigieron como derechos fundamentales reconocidos plenamente en el texto constitucional, se dio paso a una nueva dimensión en cuanto a la eficacia en la protección de los datos personales en México. Si bien esta inclusión —al parecer— garantiza la integridad de éstos, es un hecho que la Ley Reglamentaria se apartó en su contenido de una protección constitucional eficaz. Por ello es necesario advertir cuáles elementos deberían integrar el incipiente sistema de defensa en torno a los datos personales que existe en nuestro país, y dotarlo de aspectos más solventes, buscando proyectar posibles soluciones o respuestas, que evidencien el camino hacia la constitución de un auténtico hábeas data.

*Palabras clave:* datos personales, hábeas data, particulares.

## Abstract

With the constitutional amendment of 2009, in which personal data were fully recognized as fundamental rights in the Mexican Constitution, gave way to a new dimension to the effective protection of personal data in Mexico. While this inclusion, it seems, guarantees the integrity of these is a fact that the Regulatory Law departed in their content of effective constitutional protection. That is the reason to advice which items should integrate emerging defense system around personal data that exists in our country, and give it the most reliable form of aspects, seeking to project possible solutions or responses that demonstrate the way the constitution of a real *Habeas Data*.

*Key words:* Personal Data, *Habeas Data*, Private.

\* Artículo recibido el 20 de febrero del 2012 y aceptado para su publicación el 12 de junio de 2012.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

## 1. Introducción

Uno de los temas que más preocupan en la actualidad, tanto a los Estados, como a los diversos sectores de la iniciativa privada, es la relacionada a la efectiva y adecuada protección de los datos personales.<sup>1</sup> Con el flujo y cantidades de información existentes, vertidos en buena medida por medio de redes cibernéticas como el Internet, resulta de vital importancia diseñar mecanismos de reconocimiento y protección para el mantenimiento de la intangibilidad de los datos personales. En México, a diferencia de otros sistemas jurídicos, el camino hacia la concreción de un marco legal idóneo para la defensa de los datos personales ha sido largo y difícil. Esto puede tener aristas de diversa índole, entre ellas el desconocimiento de los datos personales como derechos fundamentales de las personas,<sup>2</sup> así como la necesidad del Estado de ordenar, resguardar y asegurar la información y datos que posee.<sup>3</sup>

De igual forma, agentes distintos al sector público han propiciado de forma permanente vulneraciones en la esfera jurídica de aquellas personas que, por diversas razones, sostienen algún tipo de relación en el ámbito privado. En las relaciones entre particulares, las personas no cuentan con un mecanismo de protección disponible que pueda solventar cualquier situación de afectación en sus datos personales. No así en el ámbito público, que a partir de la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002,

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

2 Cfr. García González, Aristeo, "La protección de datos personales: derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, México, septiembre-diciembre de 2007.

3 Cfr. Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. XXV-XXVIII.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

estableció un mecanismo para salvaguardar cualquier afectación que genere la autoridad gubernamental. Esto implica que ante la inexistencia de instrumentos de tutela en el ámbito privado, las personas se encuentran en un estado de indefensión permanente, cuando sus datos se encuentran en posesión de particulares.

En cuanto a la protección de los datos personales en el ámbito público, las herramientas jurídicas no garantizan la inalienabilidad de los datos, tampoco estándares tecnológicos y jurídicos, que eviten posibles fugas o sustracciones de datos. Esto, sin duda, dificulta la salvaguarda efectiva de los datos personales, propiciando una violación factible de éstos.

La hipótesis del presente artículo consiste en evidenciar que, a pesar de la reforma al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no existe un esquema de protección constitucional expreso y concreto, que permita una acción de seguridad inmediata sobre los datos personales, cuando existe la posibilidad de que los mismos se vean vulnerados en el ámbito privado.

### **2. Ineficacia de los datos personales como derechos fundamentales en México**

El sistema constitucional mexicano, heredero del modelo decimonónico, así como de la visión del liberalismo político del siglo XIX, ha dejado desprotegido durante su evolución a diversos derechos fundamentales, ajenos a la tradición antes mencionada.<sup>4</sup> Si bien la noción acerca de la importancia de proteger los datos personales ha adquirido un mayor auge en las últimas décadas, es un patrón recurrente, dentro de nuestro sistema, desconocer aquellos derechos fundamentales no contenidos en el catálogo constitucional.

4 Cfr. Zabregelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, España, Trotta, 2003.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

Los derechos fundamentales que no han sido plasmados explícitamente o bien, que no se encuentran ubicados materialmente en el apartado dogmático, han carecido de un reconocimiento de existencia formal y, por ende, de una eficacia efectiva en cuanto su tutela.<sup>5</sup> Bajo esta óptica estrecha, el mecanismo de control y protección jurisdiccional diseñado para la salvaguarda de la esfera jurídica de la personas (juicio de amparo) sólo se había utilizado, hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2010, para aquellos derechos fundamentales explícitos en el texto constitucional. Especialmente para los derechos de libertad individual.<sup>6</sup>

Ante este escenario, cualquier violación de los datos personales de una o varias personas perpetradas por la autoridad, se encontraba exenta de ser restituida y reparada eficazmente. Esto como consecuencia de que a los datos personales no se les consideraba derechos susceptibles de protección por parte del amparo u otro medio de control jurisdiccional, ya que no poseían un reconocimiento expreso en el apartado dogmático.<sup>7</sup>

De igual forma, como parte de la tradición jurídica decimonónica y liberal imperante en nuestro país en buena parte del siglo XX, se ha mantenido el paradigma sobre la relación y efectos verticales de los derechos fundamentales. Esto implica que sólo existe el deber de proteger a dichos derechos por parte de la autoridad y, por ende, sólo ésta puede vulnerarlos a través de su actuación u omisión.<sup>8</sup> Al verse acotado en sus efectos, los derechos fun-

<sup>5</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Trotta, 2003, pp. 217-219.

<sup>6</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 3.

<sup>7</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 85 y 86.

<sup>8</sup> Gómez Montoro, Ángel, J., "El interés legítimo para recurrir al amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional Español", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 171-179.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

damentales no reconocidos de naturaleza social y difusa, se habían visto desprovistos de una proyección positiva, que redunde en una vigencia plena y viable.<sup>9</sup>

Como consecuencia de la reforma constitucional antes citada, así como la llevada a cabo en materia de amparo el 6 de junio del mismo 2010, permiten un reconocimiento pleno de los derechos humanos. No sólo aquellos derechos que se encuentran contenidos en la Constitución, sino también los regulados en cualquier tratado internacional que el Estado mexicano haya ratificado. Este bloque de constitucionalidad que se ha formado, posibilita la protección y vigencia de cualquier derecho, sea individual, social o difuso. La judicialización de los derechos humanos garantiza un respeto al principio *pro persona*, como factor esencial en el quehacer del Estado.<sup>10</sup>

La irradiación en los efectos de los derechos fundamentales demostró que dichos derechos poseen una vigencia plena en todos los ámbitos competenciales y estructurales del Estado. Por esto, su tutela y respeto no se circunscribe a las autoridades, sino también entre los propios particulares. Lo anterior fue aceptado a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Argentina en el caso *Kot* en 1958<sup>11</sup> —en él, por vía pretoriana se reconocería la posibilidad de interponer un recurso de amparo contra actos surgidos entre particulares— y un año después, en 1959 en el caso *Lüth*<sup>12</sup> —resolución emitida por el Tribunal

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Ayala Corao, Carlos M., “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 1471.

<sup>11</sup> *Cfr.* Rojas Jorge, A., “Un nuevo molde para el amparo”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, núm. 1, enero-junio de 2004.

<sup>12</sup> *Cfr.* Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 593-595; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/27.pdf>

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

Constitucional Alemán para dirimir un conflicto relativo a restricciones de la libertad de expresión—.

En tal sentido, fue hasta la reforma constitucional de 2009 —como se verá a continuación—, en la que se prevé la existencia de las repercusiones de los efectos, así como de las posibles violaciones a los derechos fundamentales, emanadas de relaciones entre particulares. Así se comienza a disolver la noción liberalista de que sólo la autoridad puede vulnerar la esfera jurídica de las personas en cuanto a sus derechos fundamentales.

### 3. Reforma constitucional de 2009

Con la adición constitucional al artículo 16 efectuada en 2009, se dio paso a la inclusión expresa y formal de los datos personales como derechos fundamentales. Con esto, por fin se convirtieron en sujetos de protección real dentro del sistema constitucional mexicano. Aunado a lo anterior, con la reforma señalada anteriormente en materia de derechos humanos y juicio de amparo —del 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente— ante tales modificaciones, ningún juez constitucional podrá excusarse de proteger la eficacia y vigencia de dicho derecho cuando llegue a generarse una situación de vulneración o reducción por parte de una autoridad, u algún agente distinto. Esto se debe a que siendo un derecho humano, conforme a los principios pro persona y de progresividad insertos en el artículo 1o. de la Constitución, toda autoridad tiene el deber de tutelar, proyectar y optimizar al máximo la vigencia de éstos a favor de toda persona, sin importar la procedencia de la violación.<sup>13</sup>

13 Cfr. Prats, Eduardo Jorge, “La efectividad y la eficacia como principios rectores de la tutela de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 163-165.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

La adición al artículo 16 constitucional, segundo párrafo, señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Con tal modificación, se reconoció a nivel constitucional —como se advirtió— la protección de los datos personales como derechos humanos. Con ello, la posibilidad de una aplicación directa en aras de proyectar su eficacia plena. El artículo 16 de la Constitución mexicana confiere a las personas la posibilidad de hacer valer cualquier afectación en la esfera de sus datos personales. Si bien, el reconocimiento expreso a nivel constitucional conlleva un incremento en la vigencia de este derecho, es un hecho que aún no se configura del todo un esquema de defensa óptimo, es decir, un auténtico hábeas data.<sup>14</sup>

La existencia del hábeas data implica la existencia de un medio de control constitucional de tipo jurisdiccional. Éste busca proteger de forma directa e inmediata la intangibilidad de los datos personales y demás derechos fundamentales vinculados a la esfera íntima de las personas (honor, intimidad, autodeterminación informativa, entre otros) cuando éstas puedan ser sujeto de alguna restricción o vulneración.<sup>15</sup>

14 La implicación que trae consigo la instauración de un procedimiento constitucional de hábeas data, es la diferenciación de un marco de protección especial y diferenciado, esto es, la existencia de un mecanismo único para la protección de datos personales, situación que con la reforma constitucional de 2010, no llegó a consolidarse.

15 *Cfr.* Puccinelli, Óscar Raúl, "Versiones, tipos, subtipos y subespeciales de hábeas data en el derecho latinoamericano (un intento clasificador con fines

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

Esta protección puede generarse a través de la creación de un medio *ex profeso* de tutela o bien, a través del amparo *hábeas data* (como se le denomina en sistemas jurídicos como el argentino), en el que a través de esa vía se busca la protección efectiva de los datos personales. Sea por un medio u otro, la defensa en sede jurisdiccional garantiza un control y reparación más efectivo, que por cualquier otra vía indirecta, sea política o administrativa.

A diferencia de otros marcos constitucionales, como el de República Dominicana (de reciente creación) en él se regula ampliamente la protección de los datos personales, así como el derecho al honor personal, en el sistema constitucional mexicano el reconocimiento en esta materia se ve truncado por su eficacia normativa. Esto se debe a que el artículo 16 constitucional refiere la regulación y definición en cuanto a la protección de los datos personales, a la ley reglamentaria, cuya finalidad es ampliar y proyectar efectivamente el derecho fundamental en cuestión.<sup>16</sup>

Efectuando un diagnóstico puntual sobre el contenido la ley reglamentaria denominada Ley Federal Para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, no se advierte una protección real conforme a la dimensión de la protección de datos personales como auténticos derechos humanos. Esta ineficacia regulatoria radica en que la Ley en cuestión sólo tutela el ámbito relativo las relaciones entre particulares. Esto es sumamente positivo —como analizaremos más adelante—, pero al comprender una defensa expresa en cuanto a los actos emanados de autoridades, lo convierte en un esquema parcial y, por ende, ineficaz en cuanto a su fin.

didácticos)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 13, enero-junio de 2004.

<sup>16</sup> Cfr. De La Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 115.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

La Ley Federal de Transparencia y Acceso Público a la Información Pública Gubernamental promulgada en 2002 contiene los parámetros y lineamientos para que los ciudadanos puedan obtener una información fidedigna sobre el actuar de las entidades gubernamentales, así como rectificar o modificar los datos personales que dichas entidades puedan poseer. Sin embargo, al igual que ocurrió con la configuración de la Ley Federal para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, se recurrió a una protección contenciosa administrativa, eludiendo una tutela directa y efectiva a través de un medio de protección constitucional, como lo es el hábeas data.<sup>17</sup>

Autores en la materia, como Puccinelli,<sup>18</sup> afirman que la protección por vía administrativa es una subespecie del hábeas data. El hecho que su defensa carezca de inmediatez y su protección no sea de forma directa, resta eficacia al medio de defensa, poniendo en peligro la invulnerabilidad que deben poseer los datos personales. La dilatación prevista en ambos ordenamientos erosiona la vigencia y eficacia de la protección de los datos personales como derecho humano. Esto se debe a que una persona que se ha visto afectada en su esfera jurídica tiene que agotar un recurso administrativo ante la instancia gubernamental vulneradora, la cual, en caso que no subsane la afectación, tendrá que presentar un recurso de revisión conforme a lo previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ante la competencia del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).<sup>19</sup>

17 Nogueira Alcalá, Humberto, "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 451 y 452.

18 Cfr. Puccinelli, Óscar Raúl, "Versiones, tipos, subtipos y subespeciales de hábeas data en el derecho Latinoamericano", *op. cit.*, nota 15, p. 96.

19 Villanueva, Ernesto, "Calidad jurídica de las resoluciones a recursos de revisión del Instituto Federal de Acceso a la Información", *Justicia y derechos*.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

Como se advierte, la tutela respecto a violaciones a los datos personales, derivado de actos de autoridad, no cuenta con un procedimiento constitucional *ex profeso*, remitiendo su eficacia a la vía contenciosa administrativa. Con la reforma constitucional de 2009 en esta materia, se generó una expectativa sobre la posible creación de un mecanismo de protección exclusivo para la sustentabilidad de los datos personales.

Tal y como se comentó, el precepto constitucional establece un mandato al legislador para que, a través de una ley reglamentaria, se regulara la protección de los datos personales. Desafortunadamente, tales expectativas no se alcanzaron, pues al igual que ocurrió con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se reservó la defensa de dicho derecho a la competencia del IFAI, y su sustanciación a la vía contenciosa administrativa.

Si bien no se instauró un mecanismo de protección directo y especializado para la protección de datos personales en la Ley Federal para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, de su contenido se puede desprender un aspecto hasta antes desconocido en nuestro sistema. Tal es el reconocimiento de los efectos hacia terceros de los derechos humanos, es decir, su vigencia y ejercicio en sentido horizontal.<sup>20</sup>

#### **4. Reconocimiento de la eficacia de los derechos humanos entre particulares**

Con la entrada en vigor de la Ley Federal para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares,

*Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*, Sección III, México, FUNDAR, s. f., p. 177.

<sup>20</sup> Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 591, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

se protegió de algún modo, la eficacia de los datos personales. Aun cuando su defensa no se haya referenciado a un medio de control constitucional. De igual forma, la ley trajo consigo el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos humanos. Dicho reconocimiento se sustenta en prever mecanismos de protección para los particulares cuando entes de ese mismo ámbito vulneren y alteren sus datos personales.

Como se sabe, la tradición decimonónica del Estado de derecho liberal se avocaba a la exaltación de los derechos individuales basado en una relación vertical, entre el Estado y los particulares. Todo agente, o relación distinta a ésta, no era contemplada y reconocida como válida, pues el paradigma imperante en aquellos tiempos —y en algunos sistemas sigue siendo vigente—, aducía que sólo los órganos de poder podían violar la esfera jurídica de las personas.<sup>21</sup>

Fue con el paradigmático caso *Lüth* —conocido y resuelto bajo la competencia y jurisdicción del Tribunal Constitucional Alemán— que se dio paso al reconocimiento de los derechos fundamentales bajo una perspectiva multidimensional. Esto se refiere a que los derechos operan en múltiples sentidos y, por ende, su vigencia no queda supeditada a una competencia o bajo la tutela de una determinada autoridad. Al ser universales y repercutir directamente en la esfera individual de las personas, existe una obligación de proyectarlos en todos los ámbitos.<sup>22</sup>

En ese mismo sentido, siendo que la vigencia y proyección se expande en todos los sectores, es obligación de cualquier persona, ente o agente, político, jurídico y so-

<sup>21</sup> Cfr. Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, CEPC-BOE, 2007, pp. 234 y 235.

<sup>22</sup> Cfr. García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, Civitas, 1986, p. 22.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

cial, su defensa y aplicación efectiva.<sup>23</sup> En el caso *Kot se* distinguió por primera vez que un mismo acto puede conllevar la vulneración de distintas esferas y materias. Tan es así, que el caso en cuestión evidenció vulneraciones en el ámbito laboral y en el de los derechos fundamentales.<sup>24</sup>

Con este caso se rompió el paradigma de la verticalidad, involucrando en la protección de los derechos humanos a los particulares. Con ello nació el reconocimiento de la horizontalidad de sus efectos. En los últimos años, la idea de la expansión horizontal de los derechos humanos se ha ido asentando y consolidando en diversos sistemas constitucionales, aunque otros tantos como el mexicano siguen supeditados al paradigma de la verticalidad en las relaciones de protección de tales derechos.

La Ley de Protección contempla que cuando algún particular —con independencia del giro o actividad a la que se dedique— posee datos particulares y derivado de tal situación produce un mal manejo y con ello una afectación a la dignidad de una o varias personas, tiene el deber de reparar y restituir el daño emanado de su accionar. La tutela derivada de la Ley en cuestión viene a convertirse en el primer esfuerzo sólido en el largo camino hacia la configuración de la dimensión multidimensional de los derechos humanos.

Con base en los argumentos esgrimidos, se hace más evidente la trascendencia para el sistema jurídico mexicano de la inclusión del ordenamiento en cuestión, pues la competencia universal de los derechos humanos se desdobra en todos los ámbitos, sectores y materias, y con ello

<sup>23</sup> Cfr. Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*)”, en Ferrer MacGregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 2324 y 2325.

<sup>24</sup> Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., nota 20, pp. 687 y 688.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

se puede advertir —como se dijo— el reconocimiento de la horizontalidad en los efectos de los derechos humanos.

Lo anterior se hace más evidente a partir del reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos en el marco jurídico mexicano, a través de la inclusión del bloque de constitucionalidad. Si bien la exigencia de la inviolabilidad de los derechos humanos —como los datos personales— es una obligación ineludible para el Estado mexicano, mientras no se supere el paradigma y la cultura prevaleciente —que sólo pueden ser sujetos de defensa y reparación los derechos vulnerados por autoridades y no así por particulares— se tendrá un esquema insuficiente, ineficaz y maltrecho en materia de protección de datos personales.

### **5. La configuración de un esquema de protección de datos personales en México**

Si bien, la Ley Federal para la Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares vincula a agentes privados en la protección de tal derecho, en apariencia, dicha defensa se desahoga a través de un procedimiento e instancia jurisdiccional. Sin embargo, no hay que olvidar que la instancia contenciosa no es un procedimiento constitucional en sí, pues su naturaleza y fines, se alejan de la tutela directa de los derechos humanos.<sup>25</sup>

El procedimiento contencioso administrativo de origen francés<sup>26</sup> tiene como propósito la resolución de conflictos entre la autoridad administrativa y las personas, en su calidad de gobernado; es decir, como sujeto receptor del

<sup>25</sup> García Morelos, Gumesindo, *El proceso de acción de inconstitucionalidad*, México, Ubijus, 2010, p. 30.

<sup>26</sup> Cfr. López Olvera, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Argentina, EDIAR, 2008, pp. 40-42.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

accionar gubernamental.<sup>27</sup> Cuando en dicho accionar, la administración pública emite un acto que implique una disfunción en su deber ser, o bien una omisión, el gobernado tiene la prerrogativa de acudir ante la instancia contenciosa —cuya competencia se desprende de la propia esfera gubernamental— para que se dirima el conflicto, anulando o ratificando la vigencia del acto u omisión en cuestión.

En cambio, un procedimiento constitucional tiene la finalidad de mantener la vigencia del orden constitucional. En caso de procedimientos encargados a la tutela de los derechos humanos, su operación se limita a la protección de éstos, tal es el caso de mecanismos de control como el juicio de amparo, hábeas corpus, hábeas data, entre otros.<sup>28</sup>

Con la entrada en vigor de la reforma constitucional del artículo 16, se había hablado en diversos sectores académicos e institucionales, de la existencia de un hábeas data, afirmación un tanto equivocada. Si bien se ha establecido un reconocimiento formal y explícito dentro del marco constitucional de la protección de los datos personales, y se ha diseñado una ley reglamentaria al respecto, es un hecho que el modelo instaurado, no es formal, ni materialmente un sistema de hábeas data, a la luz de las consideraciones de especialidad e inmediatez del recurso o medio de control.

El hábeas data es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, destinado a la salvaguarda de la libertad de la persona, en cuanto a su esfera informática.<sup>29</sup> Esto implica reconocer el derecho de cualquier persona para acudir ante una instancia jurisdiccional, en caso de que

27 Cfr. Garrido Falla, Fernando, “Democracia y Estado de derecho”, *Revista de la Administración Pública*, España, núm. 128, 1992.

28 Cfr. García Morelos, Gumesindo, *op. cit.*, nota 25, pp. 31-33.

29 Cfr. García Barrera, Myrna Elia, *El hábeas data en México*, [www.ctainl.org.mx](http://www.ctainl.org.mx) consultado el 15 de febrero de 2011.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

sus datos personales, o los de su grupo familiar, se hayan visto modificados, afectados o alterados, para que éstos sean rectificadas o suprimidos, y por ende, se concrete la reparación efectiva de la tal vulneración.<sup>30</sup>

Una de las características que posee el hábeas data, es su carácter singular y único; esto es, que es un medio creado *ex profeso* para la defensa de los datos personales. Esto implica la existencia de un procedimiento, una jurisdicción y una competencia especializada, por lo que no puede equiparse otro medio de control jurisdiccional, que no albergue estas características. Por tanto, en sistemas como el mexicano, donde el amparo directo es utilizado para la protección de los datos personales, una vez que se han agotado instancias de tipo administrativo, no se puede hablar propiamente de la existencia de un hábeas data, salvo que el amparo sea aplicado como medio de control inmediato. Tal es el caso de Argentina, como se hizo mención párrafos anteriores.

En México, como consecuencia de la reforma constitucional de 2011, debe ser procedente el otorgamiento del amparo, cuando exista una violación a la esfera jurídica de la persona, aun cuando el acto vulnerador emane de un particular o ente privado. Es por ello la importancia que la Ley de Amparo contemple este supuesto, que lejos de contrariar o ir más allá de lo previsto por los artículos 103 y 107 constitucionales, se supedita a los parámetros y exigencia del artículo 1o. de la ley fundamental.

Autores calificados como Osvaldo Gozaíni hablan de la existencia de un hábeas data aun cuando el mecanismo encargado de la protección de los datos personales no sea de uso exclusivo para este derecho, tal y como ocurre con el juicio de amparo. Para el ilustre profesor argentino, este medio de control jurisdiccional, con el hecho de fungir como instrumento de tutela para cualquier derecho

30 *Idem.*

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

humano, incluyendo a los datos personales, se considera un hábeas data, denominándolo: amparo hábeas data.<sup>31</sup>

En cambio, otras posturas doctrinales, como la de Antonio Pérez Luño, se supeditan a la noción original y natural del hábeas data, es decir, en la existencia de un procedimiento único, encausado exclusivamente a la intangibilidad de los datos personales.<sup>32</sup> Bajo estos parámetros, se puede advertir que en el sistema constitucional mexicano, no existe un mecanismo de hábeas data, aunque el diseño constitucional efectuado refleja un esbozo de lo que podría ser un esquema de protección en materia de datos personales.

Me parece que el Poder Legislativo actuó ineficazmente al momento de reglamentar, detallar y establecer los alcances del derecho a la protección de los datos personales. En vez de haberlo dimensionado a plenitud y en un sentido integral, lo delimitó al plano privado —que tal y como se expuso, ha sido un avance considerable en cuanto al reconocimiento de los efectos horizontales de los derechos humanos— pero sin incluir una garantía constitucional efectiva para los actos derivados de la autoridad.<sup>33</sup>

El procedimiento previsto en el artículo 16 de la Constitución mexicana, cuya articulación y funcionamiento se remite a una ley reglamentaria, sin duda tiene un carácter de naturaleza constitucional y, por tanto, su concreción se debió haber dado bajo los parámetros de un procedimiento constitucional único y especializado, es decir: un hábeas data. El hecho de haber dotado de competencia al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, para conocer de la protección de los datos

<sup>31</sup> Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *La defensa de la intimidad y los datos personales a través del hábeas data*, Argentina, Ediar, 2001.

<sup>32</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio, *Del hábeas corpus al hábeas data*, España, Aranzadi, 1991, pp. 173 y 174.

<sup>33</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa", *cit.*, nota 17, p. 458.

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

personales y establecer una vía jurisdiccional híbrida sustentada en el contencioso administrativo, en nada se equipara a una protección constitucional directa y efectiva.

No basta la remisión a un procedimiento cualquiera, pues al no encontrarse diseñado para fungir como una garantía constitucional expresa, los resultados emanados de ello serán la eficacia parcial o la ineficacia total en cuanto a la defensa idónea de los datos personales. La naturaleza competencial del Instituto Federal para el Acceso a la Información y Protección de Datos, en un sentido originario, se limitaba a las materias de transparencia y acceso a la información, pero como consecuencia de la reforma mencionada se le dotó con facultades en materia de datos personales. Esta situación trae consigo diversas dificultades. Una de ellas es la inclusión de facultades extrañas, a las facultades originales, situación que conlleva un amalgamamiento forzado y, por ende, la desvirtuación del Instituto. Problemas como la falta de estructura para la incubación y desarrollo de las nuevas facultades, el desconocimiento de los alcances de estas, así como la posible colisión de funciones al momento de su operación.

En sistemas constitucionales en donde existe la figura del hábeas data, el procedimiento constitucional es expreso y diferenciado; además, los órganos encargados de sustanciarlos poseen una autonomía técnica y de gestión, pues han sido creados exclusivamente para conocer de dicha materia.<sup>34</sup> En otros casos, será el juez constitucional el encargado de conocer directamente de la protección de los datos personales, a través de medios constitucionales de control jurisdiccional, como el amparo.

Pero en el caso mexicano, la protección de los datos personales se confirió a un ente no especializado, a cuya competencia establecida se vino a sumar ésta, además de que el control ejercido a favor de este derecho no lo

34 *Ibidem*, pp. 465 y 466.

MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

ejerce de forma directa. El hecho de que sea a través del procedimiento contencioso administrativo lo hace carecer de una eficacia plena y real.

## 6. Conclusiones

Es un hecho que en la última década han existido avances considerables en el esquema constitucional mexicano en lo relativo a los derechos de libertad de expresión, libertad y acceso a la información, así como en los llamados derechos ARCO (acceso, rectificación, corrección y oposición de datos personales). Pero también es una realidad que existe mucho camino que recorrer, en especial en el establecimiento de un verdadero modelo de hábeas data.

La creación de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de Particulares, aunada a la ya existente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, sólo vienen a cubrir una parte de la dimensión del derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, se deja desprovisto de un mecanismo constitucional directo y diferenciado destinado a su protección exclusiva.

De igual forma, el órgano encargado de su tutela, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), al conferírsele estas nuevas facultades, se ha convertido en un ente dual. Esto se debe a que la competencia originaria, al ser distinta a la incluida —la cual en vez de insertarse a la estructura competencial de dicho órgano se materializa de forma alterna y un tanto extraña a sus funciones ordinarias— trae consigo esta doble competencia, que poco favorece a la funcionalidad y eficacia de éste.

El modelo vigente mucho dista de un hábeas data, ubicándose sólo como un esbozo de un esquema de protección idóneo. Esto sin negar que el poner sobre la mesa

## LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE PARTICULARES

el tema y la noción de proteger los datos personales, así como reconocer su dimensión horizontal, es un avance considerable que permite, al menos de forma temporal, un activismo constitucional a favor de dicho derecho.