

# LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO: LAS INCONSISTENCIAS EN EL ESQUEMA DE EXCEPCIONES

## THE CONSTITUTION AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN MEXICO: INCONSISTENCIES IN THE SCHEME OF EXCEPTIONS

JONATHAN LÓPEZ TORRES <sup>1</sup>

Sumario: INTRODUCCIÓN – I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – II. LEGISLACIÓN SECUNDARIA – III. LA CONSTITUCIÓN Y LA LFPDPPP – IV. LA LFPDPPP Y SU REGLAMENTO EN LA PRÁCTICA – V. PROS Y CONTRAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA LFPDPPP – VI. CONSIDERACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES – A. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) – B. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – C. FORO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA ASIA-PACÍFICO (APEC) – D. CONFERENCIA INTERNACIONAL DE AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD – VII. PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN – VIII. CONCLUSIONES – REFERENCIAS

**Resumen:** La presente investigación, cuyo resultado deriva del método deductivo, tiene como finalidad evidenciar las áreas de oportunidad con las que ha nacido el derecho a la protección de datos personales en México. Por ello, si bien existe legislación en materia de protección de datos personales tanto para el sector público como el privado, lo cierto es que no existe un desarrollo legislativo para el caso del acceso a datos personales por parte de las autoridades mexicanas, cuando dichos datos están en posesión de los particulares. Estas áreas de oportunidad están en la Constitución mexicana y en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

---

<sup>1</sup> Abogado por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y Maestro en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación por INFOTEC Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. Se ha desempeñado tanto en el sector público como en el privado, actualmente forma parte del Instituto Federal de Telecomunicaciones. [mx.jonathantorres@gmail.com](mailto:mx.jonathantorres@gmail.com) | [@JonathanLpezTor](https://www.instagram.com/JonathanLpezTor) | <http://jonathanlpeztor.blogspot.mx/>.

**Abstract:** The present investigation, carried out with deductive reasoning, aims to find out the areas for improvement in the development of the personal data protection in Mexico.

Therefore, although there is legislation on the protection of personal data for both the public and private sector, the fact is that there is no legislative development for the case of access to personal data by the Mexican authorities, when such data are in possession of individuals.

These areas for improvement are in the Mexican Constitution and in the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Private Parties.

**Palabras clave:** Constitución, derecho humano, protección de datos personales, privacidad, México, excepciones, autoridades, información personal.

**Keywords:** Constitution, human right, personal data protection, privacy, Mexico, exceptions, authorities, personal data.

## INTRODUCCIÓN

Si bien existe en México legislación en materia de protección de datos personales tanto para el sector público como el privado, lo cierto es que no existe un desarrollo legislativo para el supuesto del acceso a datos personales por parte de las autoridades mexicanas, cuando dichos datos están en posesión de los particulares.

Por ello, la presente investigación parte del análisis del contenido y los alcances del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CONSTITUCIÓN) que prevé de forma expresa el derecho a la protección de datos personales como un derecho autónomo. El citado artículo será analizado en relación con el esquema de excepciones establecido en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (en adelante, LFPDPPP), pues de dicho análisis, se desprenden las inconsistencias entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP. Con lo anterior, se pretende exponer un marco de referencia sobre el tema y establecer una propuesta para su armonización.

El análisis en el contexto mexicano en comento será contrastado con los estándares en materia de privacidad y protección de datos de organizaciones internacionales precursoras del tema, con la finalidad de

identificar, analizar y proponer las medidas jurídicas correspondientes que garanticen una protección real de datos personales en México, libre de discrecionalidad y vacíos legales.

No sobra señalar que, desafortunadamente aún enfrentamos problemas de desconocimiento del derecho a la protección de datos personales, de malas prácticas en el manejo de información personal, de una falta de cultura en la promoción y protección de nuestra información personal, acompañado del crecimiento exponencial del uso de información personal en medios electrónicos así como en Internet.<sup>2</sup>

En este sentido, si aún enfrentamos un problema de desconocimiento del derecho a la protección de datos personales, aunado a que es un derecho establecido en la CONSTITUCIÓN con su respectiva legislación, otro problema aún mayor es desconocer cuándo y por qué se puede limitar dicho derecho, dado que como hemos sostenido, este tema no está desarrollado en términos claros en nuestra legislación actual, es decir, si el problema es desconocer lo que sí está regulado (el derecho a la protección de datos personales), un problema aún más grande es desconocer lo que no está regulado (las excepciones al derecho a la protección de datos personales).

Por tanto, consideramos que no está regulado de una forma clara el acceso a datos personales, en posesión de particulares, por parte de las autoridades. No hay reglas mínimas, lineamientos, garantías ni responsabilidades respecto al tema.

En México, el tema tuvo tal importancia que el derecho a la protección de la información personal está reconocido a nivel constitucional.<sup>3</sup> De tal manera que para regular dicho derecho, el 5 de julio de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (en

<sup>2</sup> Es importante señalar que Internet es considerado un elemento clave de la sociedad de la información, pues facilita los más variados servicios electrónicos interactivos y la comunicación de todo tipo de informaciones, donde se desprende que gran parte de la información que fluye en Internet es información personal. Véase más acerca del funcionamiento y servicio de Internet en: De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*. Segunda Edición, Civitas Ediciones, España, 2001. p. 27.

<sup>3</sup> Su fundamento es el segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN.

adelante, DOF) la LFPDPPP, cuyo objeto es regular el tratamiento legítimo, controlado e informado de los datos personales que estén en manos de particulares, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas, texto señalado en la propia ley.

En este sentido, al ser una regulación de reciente acuñación, derivada de una adición al texto constitucional mexicano, el objeto del presente trabajo es hacer un estudio respecto de los alcances tanto del texto fundamental y la LFPDPPP respecto del esquema de excepciones previsto en ambos textos jurídicos. Por ello, nos apoyaremos en los principales estándares y directrices internacionales en la materia, en virtud de que éstos constituyen la base y fundamento de la regulación nacional.

En el presente trabajo de investigación se analizará, en ese orden, el fundamento constitucional de la protección de datos personales; la LFPDPPP como legislación secundaria; la relación e implicaciones de la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP; las implicaciones de la LFPDPPP y su Reglamento en la práctica; los aspectos positivos y áreas de oportunidad de la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP; así como las posiciones de organismos internacionales respecto al tema. De todo lo anterior, se expondrán las respectivas conclusiones y reflexiones finales, así como la propuesta de solución a la problemática identificada.

## I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El 30 de abril del año 2009 se publicó en el DOF<sup>4</sup> una adición al texto constitucional en su artículo 73, donde se le otorgó la facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares.<sup>5</sup> Esta adición al texto

<sup>4</sup> Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la CONSTITUCIÓN, publicado en el DOF el 30 de abril de 2009. Véase en: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5089047&fecha=30/04/2009](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5089047&fecha=30/04/2009) (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

<sup>5</sup> Los artículos transitorios de la adición establecieron la obligación de expedir la ley de la materia en un plazo no mayor a un año, continuando vigentes mientras tanto

constitucional tuvo su origen en una iniciativa presentada el 27 de marzo de 2007, cuyo texto fue aprobado en su integridad. La iniciativa abordó el tema, en la exposición de motivos, desde dos perspectivas, la primera como un derecho humano y la segunda como un aspecto de relevancia para el comercio nacional e internacional con implicaciones en la economía interna. Este fue uno de los primeros pasos en el marco jurídico de nuestro país en la materia.

Posteriormente, el 1° de junio de 2009 se publicó en el DOF la adición de un segundo párrafo al artículo 16 constitucional. Adición que sienta no sólo las bases sino los nuevos retos que implica un nuevo derecho reconocido expresamente por la CONSTITUCIÓN, que es el de la protección de las personas respecto de sus datos personales.<sup>6</sup>

El reconocimiento de este nuevo derecho trajo consigo una interesante redacción en tres sentidos: i) al establecer que toda persona tiene el derecho a la protección de sus datos personales; ii) al establecer una serie de derechos que le permiten al titular de los datos disponer de su información personal<sup>7</sup> y, iii) al establecer como mandato constitucional un esquema de excepciones a los principios que rijan el tratamiento<sup>8</sup> de datos.

La disposición constitucional que nos ocupa señala: “*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar las regulaciones en materia de protección de datos personales en posesión de los particulares de las entidades federativas y del Distrito Federal.*”

<sup>6</sup> En este sentido es menester señalar que “[...], *los derechos fundamentales no constituyen una realidad estática que permanece inmutable desde su nacimiento hasta la actualidad, sino que se adaptan a los contextos históricos en los cuales serán aplicados, bien sea mediante una redefinición de los derechos ya existentes en otras épocas o mediante la incorporación al ordenamiento jurídico de un nuevo derecho que, debido al auge de las nuevas tecnologías de la información, tiene como meta proteger dichos derechos fundamentales.*” Véase en: Cantoral Domínguez, Karla. *Derecho de Protección de Datos Personales de la Salud*. Novum, México, 2012. p. 69.

<sup>7</sup> Acceder, rectificar, cancelar y oponerse a ciertas finalidades, mejor conocidos como derechos ARCO, para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

<sup>8</sup> 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 (artículo 3° fracción XVIII de la LFPDPPP).

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.”<sup>9</sup> [Énfasis añadido].

Del texto transcrito, se desprende que existe una obligación, por mandato constitucional, consistente en que la ley que regule el derecho a la protección de datos personales deberá establecer 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.

La redacción, el contenido y los alcances del fundamento constitucional del derecho a la protección de datos personales resultan bastantes claros, sin embargo, con la finalidad de analizar de fondo este derecho es necesario conocer los argumentos que tuvo el legislador a través de su exposición de motivos que dio como resultado dicha adición a la CONSTITUCIÓN.

El 05 de abril del año 2006 se presentó en la Cámara de Senadores, como cámara de origen, la *“Iniciativa con Proyecto de Decreto por el cual se adicionan dos párrafos al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN].”*<sup>10</sup> La iniciativa a la letra señala:

[...]

**PROYECTO DE DECRETO POR EL CUAL SE ADICIONAN DOS PARRAFOS AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

**ARTÍCULO ÚNICO.** *Se adicionan dos párrafos al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados*

<sup>9</sup> Corresponde al artículo 16 segundo párrafo de la CONSTITUCIÓN.

<sup>10</sup> Esta iniciativa fue presentada originalmente por el Senador, en ese momento, Antonio García Torres de la LIX Legislatura. Disponible en Gaceta del Senado de 05 de abril de 2006 en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=8392> (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).

*Unidos Mexicanos, que se insertan luego del primer párrafo y se recorren los subsecuentes, para quedar en los siguientes términos:*

**Artículo 16.** [...]

***Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes.***

***La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden público, seguridad, salud o para proteger los derechos de tercero.***

[...]

Del texto transcrito, se desprende que el proyecto original planteaba la adición de dos párrafos: i) *“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fijen las leyes”* y ii) *“La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden público, seguridad, salud o para proteger los derechos de tercero”*.<sup>11</sup>

En la exposición de motivos de dicha iniciativa el legislador expuso los siguientes argumentos:

a) La iniciativa propone que la CONSTITUCIÓN reconozca en el artículo 16 la protección de los datos personales como un derecho fundamental, con la finalidad de darle estabilidad, eficacia y seguridad, puesto que es un derecho nuevo que es

<sup>11</sup> Como se puede observar en la redacción original de la iniciativa, el tema de las excepciones a los principios se abordaba de una forma potestativa, más no obligaba a establecer dichos supuestos de excepciones por las razones planteadas en la legislación secundaria.

confundido con los derechos a la intimidad, a la privacidad (personal y familiar) y al honor.

b) El derecho a la protección de datos personales es considerado autónomo a nivel internacional en términos del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde de forma expresa reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de los datos personales que le conciernen.<sup>12</sup>

c) El derecho a la protección de datos personales implica el derecho que tiene toda persona a consentir la recogida, el uso y conocer el estatus de sus datos personales, a ser informado quién los posee y con qué fin, a oponerse a la posesión y uso de los mismos, así como a su acceso, rectificación y cancelación.

d) La constitucionalización del derecho a la protección de datos personales tendría efectos normativos sobre la legislación derivada, ya que todo tratado, legislación o reglamento tendría que ajustarse a los extremos constitucionalmente previstos, y

e) El desarrollo del derecho a la protección de datos personales deberá hacerse vía legislación secundaria y reglamentaria.

Es menester resaltar que, la única finalidad que buscó el legislador fue que el derecho a la protección de datos personales se reconociera a nivel constitucional, respetando los parámetros específicos en que está redactado. Por tanto, la legislación secundaria debería ser acorde con el texto constitucional, de lo contrario, habría razón suficiente para declarar inválidas todas aquellas disposiciones que no se apeguen al

<sup>12</sup> El contenido del artículo es el siguiente: “Artículo 8.- Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.” Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.12.2000. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

mandato constitucional.

Posteriormente, el 18 de abril de 2006 las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos emitieron un dictamen de la iniciativa en comento el cual fue aprobado. En dicho dictamen se estableció la necesidad de reconocer a nivel constitucional el derecho a la protección de datos personales, como derecho autónomo, con la finalidad de brindar a dicho derecho certeza, seguridad y estabilidad, evitando que el reconocimiento del derecho fuera fruto de un largo proceso de construcción judicial. La iniciativa de adición fue aprobada en los mismos términos en que se presentó y turnada a la Cámara de Diputados para su discusión.

El proyecto de adición fue recibido en la Cámara de Diputados el 19 de abril de 2006, cuyo dictamen fue presentado hasta el 20 de septiembre de 2007 por la Comisión de Puntos Constitucionales. Tanto el dictamen como el proyecto fueron aprobados.<sup>13</sup> En cuanto a las excepciones en el dictamen se señaló lo siguiente:

[...]

*Esta nueva garantía constitucional consiste en la protección a la persona, en relación con la utilización que se de [sic] a su información personal, tanto por entes públicos como privados.*

*En términos de lo anterior, la estructura propuesta serviría de punto de partida para cualquier regulación que se emita en torno al derecho a la protección de datos, tanto en el ámbito público como en el privado, considerando que hasta ahora no se cuenta con una disposición a nivel constitucional en la que se establezcan el contenido y los alcances de este derecho, en cuanto a los principios, derechos y*

<sup>13</sup> De la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto que adiciona dos párrafos al artículo 16 de la Constitución, aprobado en la Cámara de Diputados con 333 votos el jueves 20 de septiembre de 2007, y devuelto en esa fecha a la Cámara de Senadores para los efectos de lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución.

*excepciones por los que se debe regir todo tratamiento de datos personales.*

*En cuanto al apartado de excepciones, al que se hace referencia en el texto que se dictamina, conviene destacar que el mismo encuentra su justificación en dos razones específicas, la primera, tiene como objeto dar certidumbre al gobernado respecto de los casos en los que será posible tratar sus datos sin que medie su consentimiento, desde el nivel constitucional. La segunda, tiene como finalidad dejar claro que este derecho encuentra límites frente a otros, en los que previa valoración de las circunstancias particulares, el derecho a la protección de datos puede ceder frente a los mismos, como sucede en el caso del derecho de acceso a la información pública gubernamental, en el que por razones de interés público determinados datos personales se encuentran exceptuados de la aplicación de algunos de los principios y derechos que sustentan la protección de datos.*

[...]<sup>14</sup>

De lo anterior se aprecia que, el tema de las excepciones sí tiene una razón de ser, la cual es justificable y relevante, sin embargo, para que dichas excepciones puedan utilizarse se tendrá que cumplir con lo que señala la norma constitucional, ya que como bien señala el dictamen en comento su objeto es dar certidumbre jurídica al gobernado. Incluso esta certidumbre jurídica tiene que garantizarse frente a los límites del derecho. Lo que resulta importante es que, es un derecho humano reconocido a nivel constitucional, el cual está delimitado por la propia norma superior de nuestro orden jurídico, pero para que dicha limitación produzca efectos la legislación secundaria

<sup>14</sup> Dictamen disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/sep/20070918-II.html> (Consultado con fecha 16 de junio de 2014).

se tendrá que apegar de forma estricta al texto constitucional.

En el mismo dictamen, se reitera la obligación de establecer excepciones en la ley respecto a la observancia de los principios que rijan el tratamiento de los datos personales, bajo ciertos supuestos y condiciones. En este sentido, el dictamen de referencia se pronuncia a favor del tema en materia de excepciones, las cuales deberán estar sujetas a ciertos supuestos normativos, únicamente en lo que se refiere a los principios del tratamiento.

En ese orden de ideas, el citado dictamen realizó modificaciones a la iniciativa, los cuales fueron aprobados, quedando la iniciativa en los términos siguientes:

[...]

*Por ello, esta Comisión dictaminadora considera la conveniencia de proponer ante el Pleno de esta Cámara en su calidad de revisora y para los efectos del inciso e) del artículo 72 Constitucional, la aprobación de la modificación al artículo 16 constitucional en materia de protección de datos personales.*

*Por lo anteriormente expuesto y fundado, los integrantes de la Comisión de Puntos Constitucionales sometemos a la consideración de esta Cámara revisora, el siguiente:*

**PROYECTO DE DECRETO QUE ADICIONA DOS PARRAFOS AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

**ARTÍCULO ÚNICO.** *Se adiciona un segundo y tercer párrafos recorriéndose los subsecuentes en su*

*orden al artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:*

**“Artículo 16. [...]**

***Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos, y en su caso, obtener su rectificación, cancelación y manifestar su oposición en los términos que fijen las leyes.***

***La ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para proteger los derechos de tercero.***

***[...].”***

Como se puede observar, en las modificaciones a la iniciativa original, el tema de las excepciones a los principios se mantiene de forma potestativa, dejando al legislador, en la legislación secundaria, la opción de establecer o no dichos supuestos de excepciones por las razones señaladas.

Posteriormente, el 25 de septiembre de 2007, ya la iniciativa en comento en el Senado, se turnó a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Estudios Legislativos, Segunda, para su estudio y dictaminación respecto de las modificaciones realizadas al proyecto original. El dictamen se emitió por dichas Comisiones en sentido negativo, por obvias razones, hasta el 27 de octubre de 2009,<sup>15</sup> dando

<sup>15</sup> Por obvias razones en virtud de que el 01 de junio del año 2009 se publicó en el DOF el “Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN]”, es decir, se reconoce el derecho a la protección de datos personales en los términos actuales con motivo de una segunda iniciativa presentada en el Senado de la República.

por concluido el procedimiento legislativo de la iniciativa original.<sup>16</sup>

Aun cuando la iniciativa original para el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en el artículo 16 constitucional no prosperó, el 25 de noviembre de 2008, diversos senadores<sup>17</sup> de distintas fracciones parlamentarias presentaron otra iniciativa muy similar a la presentada el 5 de abril de 2006,<sup>18</sup> denominada “*Iniciativa con Proyecto de Decreto que adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN]*”, la cual fue turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. El segundo párrafo propuesto al artículo 16 de la CONSTITUCIÓN fue en los términos siguientes:

**“[...]**

***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***

<sup>16</sup> El dictamen está publicado en la Gaceta del Senado en las fechas 05 y 10 de noviembre del año 2009.

<sup>17</sup> Los Senadores fueron Santiago Creel Miranda, Alejandro González Alcocer, Pablo Gómez Álvarez y Pedro Joaquín Coldwell.

<sup>18</sup> De acuerdo al dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y Estudios Legislativos, Segunda, del Senado, de la Minuta proyecto de decreto por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 27 de octubre del año 2009 y publicado en la Gaceta del Senado el 10 de noviembre del mismo año, el cual dio por concluido el proceso legislativo de la iniciativa de 2006, señala que el 12 de noviembre de 2008 se llevó a cabo una reunión de trabajo de la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado, en la que al analizar la minuta en comento, en términos generales se estuvo de acuerdo con las modificaciones propuestas por la Colegisladora. No obstante, de la lectura y análisis detallado de la nueva disposición constitucional contenida en la minuta analizada, se encontró que existían algunos problemas de redacción y sintaxis que podrían ser superados con una nueva redacción de la reforma propuesta, que inclusive podría expresarse de manera más clara y sencilla en un solo párrafo. En ese sentido, toda vez que el inciso e) del artículo 72 constitucional limita la capacidad de revisión por parte de la Cámara de Origen a una diversa modificación o reforma realizada por la Cámara Revisora a la minuta originalmente enviada, se optó por presentar una nueva iniciativa, la cual es la del 25 de noviembre de 2008, que dio origen al texto constitucional hoy vigente.

*nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.*

[...]"

Posteriormente, el 04 de diciembre de 2008, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado emitieron el dictamen de la iniciativa, el cual fue aprobado y se turnó a la Cámara de Diputados. En lo que respecta al tema que nos ocupa acerca del esquema de excepciones a los principios que rigen el tratamiento de datos personales, la iniciativa en comento de 2008, previó como obligación que la legislación secundaria que regule el derecho a la protección de datos personales deberá establecer 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, dejando a un lado la antigua propuesta que establecía el tema con carácter potestativo. De la iniciativa primigenia “[...] *la ley puede establecer supuestos de excepción [...]*”, pasó a “... [la ley] *la cual establecerá los supuestos de excepción [...]*”, donde los términos “puede” y “establecerá” son términos que plasmados en la CONSTITUCIÓN tienen implicaciones jurídicas completamente diferentes y con distintos alcances.

Del dictamen referido, es importante rescatar que señala que con dicha reforma se asegura el derecho a la protección de datos personales a nivel nacional, extendiendo su aplicación a todos los niveles y sectores en dos ámbitos fundamentales, los que están en posesión de los entes públicos y los que están en poder del sector privado.

En lo que respecta a los supuestos de excepción, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado, señalaron que “[...] *la protección de datos personales puede estar sujeta a excepciones bajo ciertos supuestos y condiciones, esto es sólo en los casos en los que por su trascendencia este derecho*

*se encuentre en contraposición con otros derechos y amerite una ponderación de la autoridad teniendo presente el bien común, como es el caso de la seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de tercero. Puesto que la categoría de un derecho fundamental no puede ser un derecho superior a cualesquier otro o bien a intereses sociales o públicos.”* En este sentido, respecto de dichos supuestos, las Comisiones señalaron que éstos deberán de precisarse en la ley y en el citado dictamen se pronunciaron respecto de cuatro de las cinco razones, omitiendo derechos de terceros, en los términos siguientes:

“ [...], *se estima admisible que los derechos relativos a los datos personales puedan estar sujetos a excepciones bajo ciertos supuestos y condiciones:*

- **Seguridad nacional.-** *toda [sic] vez que es indispensable mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano.*

- **Disposiciones de orden público.-** *ya [sic] que el orden público tiene un sentido de equidad que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad el orden público representa el núcleo íntegro de la sociedad.<sup>19</sup>*

- **Seguridad pública.-** *por [sic] ser una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas.*

- **Salud pública.-** *en [sic] virtud de que ésta también es responsabilidad del Estado, a quien corresponde controlar o erradicar enfermedades, así como prevenir los riesgos que afectan a la salud del conjunto de la población y promocionar hábitos de vida*

<sup>19</sup> Nótese que el tema en estricto sentido son “disposiciones de orden público”, es decir aquellas disposiciones que por ministerio de ley tienen esa naturaleza, y no “orden público” como concepto jurídico indeterminado en los términos señalados.



*saludables.”*

Respecto de establecer los supuestos de excepción por las razones anteriormente señaladas, de forma muy clara, y con vital relevancia para el presente objeto de estudio, las Comisiones señalaron lo siguiente:

[...]

*Conviene recordar que al adquirir el derecho a la protección de datos personales el carácter de un derecho fundamental, resulta indispensable que las excepciones a la aplicación de los principios que rigen la materia sean establecidas al mismo nivel jerárquico, es decir, en la Ley Fundamental, a efecto de que en virtud del principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 de la Carta Magna, se asegure desde el máximo nivel normativo cuáles son los límites a los que se pueden someter los citados principios, así como los parámetros en función de los que deberá desarrollarse cualquier instrumento normativo. En el caso que nos ocupa queda claro además que existe una reserva de ley en la materia, es decir, que el desarrollo de los supuestos de excepción establecidos en la Constitución deberán ser desarrollados únicamente en instrumentos de rango legislativo.*

[...]

La cita anterior, reviste una especial relevancia, ya que parte de un argumento bastante sólido, dotado de toda una doctrina, historia, práctica y precedentes en el derecho constitucional, consistente en el principio de supremacía constitucional. En términos de este principio, el derecho a la protección de los datos personales cuenta con esta máxima protección, por sobre toda norma secundaria, en este sentido, no hay margen, o bien, no debería de haber margen de actuación en contra de la CONSTITUCIÓN y si en ésta se establece una obligación,

esta obligación adquiere el rango constitucional, y, por tanto, tendrá que ser cumplida en los términos que disponga.

Una vez aprobado el dictamen en comento del 4 de diciembre del 2008, se turnó a la Cámara de Diputados, quien la turnó al día siguiente a la Comisión de Puntos Constitucionales, el cual fue aprobado en dicha Comisión el 09 de diciembre del mismo año, siendo aprobado el “*Proyecto de Decreto que adiciona un párrafo segundo al artículo 16 de la [CONSTITUCIÓN]*” en la Cámara de Diputados con 340 votos el 11 de diciembre de 2008, pasando a las legislaturas de las entidades federativas, donde fue aprobado por 18 legislaturas, concluyendo con su publicación en el DOF el 01 de junio del año 2009, en los términos siguientes:

#### DECRETO

*“EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, [...], DECLARA ADICIONADO UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

*Artículo Único.- Se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:*

*Artículo 16. [...].*

***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.**

[...]" [Énfasis añadido].<sup>20</sup>

La disposición transcrita constituye el parámetro de regulación constitucional en materia de protección de datos personales en México, razón por la cual toda regulación y autoridad deberá proteger dicho derecho con la protección más amplia en favor de toda persona.<sup>21</sup>

**II. LEGISLACIÓN SECUNDARIA**

La LFPDPPP, como legislación secundaria, en una disposición de tres líneas establece el marco para limitar los derechos y principios en materia de protección de datos personales.<sup>22</sup> En su artículo 4 señala lo siguiente:

*“Artículo 4.- 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.”*

Del numeral citado se desprende en términos generales que, tanto los principios como los derechos tienen un límite en cuanto a su observancia y ejercicio basados en los temas considerados razones por la CONSTITUCIÓN en su artículo 16 segundo párrafo. De forma complementaria, el Reglamento de la LFPDPPP para el mismo tema señala en su artículo 88 lo siguiente:

<sup>20</sup> “DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

<sup>21</sup> No sobra señalar que para Jacqueline Peschard este derecho es un derecho subjetivo, autónomo y de tercera generación, el cual es imprescindible en el desarrollo de una sociedad democrática. Véase más en: Ornelas Núñez, Lina, y Piñar, José Luis (coord.). *La protección de datos personales en México*. Tirant lo Blanch, México, 2013. p. 19. Asimismo, este derecho es una valiosa herramienta para hacer valer otros derechos del individuo.

<sup>22</sup> En este Capítulo se hace el análisis de la LFPDPPP de forma aislada sin hacer referencia a la CONSTITUCIÓN.

*“Artículo 88. El ejercicio de los derechos ARCO podrá restringirse por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceras personas, en los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia, o bien mediante resolución de la autoridad competente debidamente fundada y motivada.”*

El numeral transcrito reitera las limitaciones que tienen los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) por las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, sin embargo, del término “orden público” establecido en la LFPDPPP pasó a “disposiciones de orden público” los cuales son términos distintos y agrega “en los casos y con los alcances previstos en las leyes aplicables en la materia” lo cual quiere decir que dichos derechos y principios serán restringidos en los casos previstos por las leyes en materia de seguridad nacional, de seguridad y salud públicas, disposiciones consideradas de orden público, así como leyes que protejan derechos de terceras personas, en virtud de que sólo en estas materias pueden ser limitados tanto los derechos como los principios. Aunado a esto, adiciona una sexta razón consistente en la resolución de una autoridad competente debidamente fundada y motivada.

Al analizar la LFPDPPP y su Reglamento en su conjunto, podemos derivar que en términos de la adición que hace el Reglamento con base en las razones expuestas, las autoridades competentes son aquellas que tengan atribuciones en materia de seguridad nacional, orden público, seguridad y salud públicas y aquellas que protejan derechos de terceros, esto es así porque sólo en términos de estas razones, de acuerdo a la LFPDPPP y su Reglamento, es como se pueden restringir o limitar los derechos ARCO y los principios.

Correlacionado a lo anterior, es necesario exponer el siguiente numeral de la LFPDPPP:

*“Artículo 34.- El responsable podrá negar el acceso*

*a los datos personales, o a realizar la rectificación o cancelación o conceder la oposición al tratamiento de los mismos, en los siguientes supuestos:*

*I. Cuando el solicitante no sea el titular de los datos personales, o el representante legal no esté debidamente acreditado para ello;*

*II. Cuando en su base de datos, no se encuentren los datos personales del solicitante;*

*III. Cuando se lesionen los derechos de un tercero;*

*IV. Cuando exista un impedimento legal, o la resolución de una autoridad competente, que restrinja al acceso a los datos personales, o no permita la rectificación, cancelación u oposición de los mismos, y*

*V. Cuando la rectificación, cancelación u oposición haya sido previamente realizada.*

*La negativa a que se refiere este artículo podrá ser parcial en cuyo caso el responsable efectuará el acceso, rectificación, cancelación u oposición requerida por el titular.*

*En todos los casos anteriores, el responsable deberá informar el motivo de su decisión y comunicarla al titular, o en su caso, al representante legal, en los plazos establecidos para tal efecto, por el mismo medio por el que se llevó a cabo la solicitud, acompañando, en su caso, las pruebas que resulten pertinentes.”*

El artículo anterior resulta importante, esto en virtud de que se establecen supuestos en que el responsable puede<sup>23</sup> negar el ejercicio de los derechos ARCO, lo cual, parcialmente, no se debe confundir con lo dispuesto en la propia CONSTITUCIÓN.

<sup>23</sup> Se utiliza un término potestativo, es decir podrá o no hacerlo de acuerdo al caso concreto.

Para tales efectos exponemos las siguientes consideraciones en relación a lo previsto en el citado artículo 34 de la LFPDPPP, conforme a lo siguiente: i) en la fracción I, no es que exista una excepción, restricción o limitación en estricto sentido a dichos derechos, sino para que un derecho pueda ser ejercido lo tiene que hacer valer el titular del mismo, personalmente o a través de su representante legal, lo cual en dicha fracción no sucede, por tanto no hay limitación ya que no le asiste o no es el titular del derecho el que lo solicita, es decir, no hay ningún derecho que reclamar; ii) en la fracción II, al igual que el argumento anterior, no es como tal una excepción, limitación o restricción a dichos derechos, en virtud de que no hay materia para su ejercicio. La persona ejerce un derecho de protección de datos, pero si no existe dicha información no hay derecho que exigir; iii) En la fracción III, sí existe una limitación en términos del artículo 4 de la LFPDPPP y 88 de su Reglamento; iii) en la fracción IV, al hablar de impedimento legal o resolución de autoridad competente, el impedimento deberá ser materia de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas así como para proteger derechos de terceros o bien de una resolución de alguna autoridad con atribuciones en dichas materias, y v) en la fracción V, estamos ante la presencia de limitaciones formales y materiales que pueden o no actualizarse. Utilizando el término “podrá” el responsable se enfrenta ante lo siguiente: si cancela los datos materialmente no podrá brindar su acceso, rectificación y oposición; pero si se ejercen los otros tres derechos formal y materialmente sí podrá brindar su acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Ahora bien, respecto del derecho más controvertido, el derecho de cancelación, éste también encuentra limitación en el artículo 26 de la LFPDPPP en los términos siguientes:

*“Artículo 26.- El responsable no estará obligado a cancelar los datos personales cuando:*

*I. Se refiera a las partes de un contrato privado, social o administrativo y sean necesarios para su*

*desarrollo y cumplimiento;*

*II. Deban ser tratados por disposición legal;*

*III. Obstaculice actuaciones judiciales o administrativas vinculadas a obligaciones fiscales, la investigación y persecución de delitos o la actualización de sanciones administrativas;*

*IV. Sean necesarios para proteger los intereses jurídicamente tutelados del titular;*

*V. Sean necesarios para realizar una acción en función del interés público;*

*VI. Sean necesarios para cumplir con una obligación legalmente adquirida por el titular, y*

*VII. Sean objeto de tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico o la gestión de servicios de salud, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional de la salud sujeto a un deber de secreto.”*

La disposición anterior, se reitera como una de las más importantes en cuanto a tener que restringir el derecho de cancelación, de lo cual se desprende que este derecho a la protección de datos personales no es absoluto.

Cada uno de los supuestos está completamente justificado para guardar armonía con todo el marco jurídico, que se compone por distintas materias en las que el Estado tiene atribuciones. En el caso de las fracciones I, III, IV, VI y VII estamos ante la presencia de supuestos basados en proteger derechos ¿de quién? de terceros como un particular, un menor, del propio Estado o autoridad, o hasta del mismo titular de los datos. En el caso de la fracción II no es que los datos tengan que ser utilizados por el responsable, sino que se refiere a los plazos de conservación<sup>24</sup> de información que contengan

<sup>24</sup> Consideramos que dentro de la definición de “tratamiento” establecida en la fracción

datos personales. Por último, en cuanto a la fracción V, estamos en la presencia de un concepto indeterminado que para garantizar seguridad jurídica al gobernado tendrá que estar fundado y motivado conforme el caso concreto.

En lo que respecta a las excepciones de los principios que rigen el tratamiento de datos, el artículo 10 de la LFPDPPP establece una serie de supuestos que atienden a diferentes razones, el artículo de referencia dispone:

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

*I. Esté previsto en una Ley;*

*II. Los datos figuren en fuentes de acceso público;*

*III. Los datos personales se sometan a un procedimiento previo de disociación;*

*IV. Tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable;*

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

*VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho*

XVIII del artículo 3 de la LFPDPPP, se adicione el término “conservación”, para que la fracción II del artículo 26 de la LFPDPPP quede armonizada con sus implicaciones. La propuesta a considerar es la siguiente: *“Tratamiento: La obtención, uso, divulgación, conservación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.”*

*tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente, o VII. Se dicte resolución de autoridad competente.”*

Conforme al citado artículo, el tema de las excepciones al cumplimiento de los principios tiene una razón de ser muy importante, esto en virtud de que hay cuestiones de hecho y de derecho que no pueden dejar de ser tomadas en consideración en virtud de que protegen derechos tanto del propio titular como de cualquier tercero. En el caso que nos ocupa, el principio del consentimiento es la piedra angular para lograr una efectiva protección de datos personales,<sup>25</sup> ya que el titular tiene todo el derecho de decidir quién y cómo tratan sus datos personales (autodeterminación informativa). Sin embargo, aún y cuando este principio tiene reglas para su aplicación, en la problemática del día a día tiene razón de ser su limitación en cuanto a ciertos supuestos.<sup>26</sup>

Del mismo modo, sin entrar en más detalle en cuanto a las transferencias de datos personales, en el artículo 37 de la LFPDPPP se establecen los supuestos en que dichas transferencias podrán llevarse a cabo sin el consentimiento del titular, el citado artículo establece:

*“Artículo 37.- Las transferencias nacionales o internacionales de datos podrán llevarse a cabo sin el*

<sup>25</sup> Como regla general en términos del artículo 8 de la LFPDPPP todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por dicha ley.

<sup>26</sup> Un ejemplo es, para el tratamiento de datos personales sensibles como lo son los referentes al estado de salud de las personas es necesario recabar el consentimiento expreso y por escrito en términos de los artículos 8 y 9 de la LFPDPPP. Por ejemplo, si una persona sufre un accidente y llega en un estado de salud grave al grado de estar inconsciente al área de urgencias de un establecimiento médico, la primera acción de los profesionales de la salud será hacer todos aquellos esfuerzos para tratar de garantizar la salud y la vida de dicha persona y sería incongruente que no pudieran brindarle el servicio de atención médica por no contar con el consentimiento expreso y por escrito de la persona para tratar sus datos personales, ya que ésta está imposibilitada para otorgarlo. Este caso como muchos otros atiende a la salvaguarda de un interés jurídico tutelado por nuestro marco jurídico, que se traduce en los derechos a la salud y a la vida.

*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.”*

Del artículo citado, en el caso de la fracción I estamos ante la presencia de una excepción basada en que el tratamiento esté previsto en una disposición legal.<sup>27</sup> La fracción II se basa en proteger los derechos a la salud y a la vida (derechos del titular o de terceros).

<sup>27</sup> Las transferencias entran dentro de la definición de tratamiento de datos personales en términos del artículo 3 fracción XVIII de la LFPDPPP.

La fracción III atiende a la práctica comercial en donde las estructuras corporativas abarcan a un sinnúmero de empresas relacionadas que atienden servicios y productos en común bajo la responsabilidad de una empresa matriz. En el caso de la fracción V nos encontramos ante un concepto indeterminado que tendrá que ser fundado y motivado conforme al caso concreto. En el caso de la administración de justicia estamos ante la presencia de la protección de derechos de terceros y en la procuración de justicia estamos ante la obligación del Estado en la prevención, investigación y persecución de los delitos. Por su parte, las fracciones VI y VII son también supuestos para la protección de derechos de terceros.

### III. LA CONSTITUCIÓN Y LA LFPDPPP

El artículo 16 de la CONSTITUCIÓN en su párrafo segundo señala: *“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.”*

Como señalamos en apartados anteriores, el reconocimiento constitucional de este derecho trajo consigo una interesante redacción en tres sentidos, el primero al establecer que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales; segundo, al establecer una serie de derechos que le permiten al titular de los datos disponer de su información personal<sup>28</sup> y, tercero, al establecer como obligación constitucional un esquema de excepciones a los principios que rijan el tratamiento de datos.

<sup>28</sup> Acceder, rectificar, cancelar y oponerse a ciertas finalidades, mejor conocidos como derechos ARCO, para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

Del texto transcrito se desprende que, existe una obligación de jerarquía constitucional consistente en que la ley que regule dicho derecho, en este caso la LFPDPPP, deberá establecer 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.

Para los efectos de la presente, es necesario hacer una tajante distinción, una cosa son los principios y otra muy diferente son los derechos.<sup>29</sup> Como principios tenemos ocho (licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad), mientras que como derechos tenemos uno genérico que es en sí el derecho a la protección de la información personal, y como especie tenemos los derechos ARCO que constituyen el también nominado derecho a la autodeterminación informativa.

Mientras que los principios al ser aplicados pueden garantizar una efectiva protección de la información personal, los derechos garantizan la voluntad y libertad del titular de decidir sobre la situación de sus datos personales, es decir, no basta que el responsable de los datos aplique los principios para tratar datos personales, ya que el titular, aún y con el cumplimiento de los principios por parte del responsable, puede perfectamente decidir sobre su información personal.<sup>30</sup>

Ahora bien, para efectos de contrastar y apreciar las diferencias entre el texto constitucional y el de la LFPDPPP, se muestra el siguiente cuadro, con ciertos énfasis en negritas y sus respectivas consideraciones:

<sup>29</sup> Aunado a que son temas completamente distintos en cuanto a su naturaleza jurídica, ambos constituyen el derecho a la protección de datos personales como un todo, ya que la eficacia de los derechos depende de los principios y viceversa.

<sup>30</sup> Desde el punto de vista material los principios que rigen el tratamiento en materia de protección de datos personales constituyen también derechos para el titular de los datos y, por ende, obligaciones para el responsable de la información. Una persona perfectamente puede exigir a un responsable que le ponga a su disposición el aviso de privacidad, que no es otra cosa que la materialización del principio de información.

| CONSTITUCIÓN  | LFPDPPP   |
|---|---|
| <p>Artículo 16. [...] 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.</p> | <p>Artículo 4.- 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.</p> |

Del cuadro anterior, conforme al texto de ambas disposiciones, se desprende lo siguiente:

a. La CONSTITUCIÓN al señalar “[...] en los términos que fije la ley, [...]” se entiende la forma en que serán ejercitados los derechos ARCO, es decir, qué necesita el titular para ejercer dichos derechos y cómo lo va a realizar, lo cual sí está establecido en la LFPDPPP;

b. La CONSTITUCIÓN al señalar “[...] la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de [...]” se refiere a que la ley que regule el derecho tiene la obligación, por mandato constitucional, de establecer supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento por diversas razones que son específicas;<sup>31</sup>

c. La CONSTITUCIÓN ordenó establecer en la legislación secundaria supuestos de excepción a los principios por las razones mencionadas, pero sólo respecto de los principios, no respecto de los derechos. De haber sido su voluntad del Constituyente el establecer supuestos de excepción también a los derechos la redacción debió de ser distinta para no dejar ninguna duda o confusión;

<sup>31</sup> Las razones son seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros y están establecidas en la CONSTITUCIÓN.

d. La LFPDPPP establece una limitación expresa no sólo a los principios sino también a los derechos, contraviniendo lo dispuesto por la CONSTITUCIÓN. Por tanto, podemos afirmar que la LFPDPPP viola directamente la CONSTITUCIÓN al limitar en cuanto a su observancia y ejercicio el derecho humano a la protección de datos personales;

e. La CONSTITUCIÓN hace una clara diferencia entre supuestos de excepción y las razones en las que estarán basados dichos supuestos. Las razones<sup>32</sup> están establecidas en la LFPDPPP pero los supuestos no. Por tanto, la LFPDPPP vuelve a contravenir de forma expresa lo dispuesto por la CONSTITUCIÓN, ya que no desarrolla los supuestos de excepción ordenados por la norma de mayor jerarquía,<sup>33</sup> y

f. La CONSTITUCIÓN hace referencia a “disposiciones de orden público”, mientras que la LFPDPPP habla de “orden público”, lo cual son términos con distintas implicaciones, mientras que el orden público es un concepto jurídico indeterminado, las disposiciones de orden público son aquellas disposiciones consideradas como tales o con dicha naturaleza por la propia ley en la que se encuentran.<sup>34</sup> Por ello, al hablar de disposiciones de orden público, abre la posibilidad a que los supuestos de excepción puedan estar establecidos en disposiciones consideradas con dicha naturaleza, distintas de

<sup>32</sup> Las razones son: seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

<sup>33</sup> Es menester señalar que el Reglamento de la LFPDPPP tampoco hace el desarrollo de los supuestos de excepción que prevé la norma constitucional y se limita únicamente a hacer referencia, respecto de los derechos ARCO, a lo que dispongan las leyes aplicables de la materia, o bien mediante resolución de autoridad competente. Aunado a que el texto constitucional establece la obligación a la ley secundaria y no a la reglamentaria.

<sup>34</sup> Aunque es un argumento sujeto a crítica, lo cierto es que son términos completamente distintos con distintos alcances. La propia LFPDPPP en su artículo primero señala: “Artículo 1.- 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 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.” Este artículo soporta nuestro argumento.

la LFPDPPP.

Conforme a todo lo expuesto anteriormente, y conforme a la letra de lo establecido en la CONSTITUCIÓN es menester resaltar que, la LFPDPPP que 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, es a la vez el propio instrumento jurídico que violenta el derecho humano a la protección de datos personales, ya que viola de forma directa el fundamento constitucional del cual emana.

Por tanto, podemos concluir que la LFPDPPP va más allá de lo establecido por la CONSTITUCIÓN al limitar derechos humanos y, por tanto, puede dejar sin efectos el esquema de excepciones a los principios al no desarrollar los respectivos supuestos ordenados por la propia CONSTITUCIÓN.

#### IV. LA LFPDPPP Y SU REGLAMENTO EN LA PRÁCTICA

En términos de la LFPDPPP y su Reglamento, de aplicarse en el sentido en que están redactadas las citadas disposiciones, éstas tendrían una aplicación controvertida.

La información que regula la LFPDPPP y su Reglamento está en posesión de particulares, personas físicas y morales de carácter privado. El esquema de supuestos de excepción por las razones establecidas podrían no ser aplicados por un particular, salvo por la razón de salud pública y derechos de terceros.<sup>35</sup>

Para que se actualicen las limitaciones establecidas en la LFPDPPP y su Reglamento tendrían que ser fundadas y motivadas únicamente por una autoridad, salvo por los dos casos previstos en el párrafo anterior. La cuestión de fondo radica en que la información

<sup>35</sup> Esto porque los servicios de salud son prestados también por particulares, así como los derechos de terceros que también podrán ser sujetos de derecho privado.

está en posesión de particulares, no de autoridades.

Por tanto, los supuestos para que operen las disposiciones de referencia en la práctica es que exista un acceso a los datos personales en posesión de un particular por parte de una autoridad, o bien, que el responsable de los datos realice una transferencia de información personal a la autoridad por solicitud de ésta, todo esto con fundamento en el artículo 4 de la LFPDPPP y 88 de su Reglamento.

En ambos casos se da un contacto autoridad-responsable y como consecuencia las principales interrogantes que surgen son ¿el responsable puede oponerse a otorgar el acceso o realizar la transferencia de los datos personales de una persona a cualquier autoridad distinta de las autoridades judiciales?, ¿el responsable puede tener legitimación para interponer un medio de defensa, juicio de amparo, en contra de una autoridad para proteger un derecho humano consistente en la protección de datos de un titular?, ¿cuándo se entera el titular de los datos de esos supuestos?, ¿el responsable debe o no avisar al titular del requerimiento que le hace la autoridad de su información?, ¿debe autorizar dicho acceso una autoridad judicial para brindar seguridad jurídica al titular de los datos y bajo qué reglas, garantías y responsabilidades?

Como posible respuesta a las interrogantes anteriores, en términos de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa, legalidad y formalidades esenciales del procedimiento, si una autoridad solicita el acceso o la transferencia de datos personales de un titular con fundamento en los artículos 16 de la CONSTITUCIÓN, 4 de la LFPDPPP y/o 88 de su Reglamento por cualquiera de las razones citadas en la CONSTITUCIÓN, el responsable de los datos podrá interponer un medio de defensa por violación a lo dispuesto en los artículos 14 y 16 de la CONSTITUCIÓN en sus párrafos segundo y primero respectivamente, en virtud de que el acto de autoridad en su fundamento contraviene lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, ya que la LFPDPPP y su Reglamento no establecen



los supuestos de excepción ordenados por la propia Constitución.<sup>36</sup>

Por tanto, los artículos en cita de la LFPDPPP y su Reglamento son un riesgo al existir una contravención a la CONSTITUCIÓN y un vacío legal. Este riesgo puede dejar sin efectos el esquema de excepciones cuando una causa importante sí lo amerite.

El tema que nos ocupa, reiteramos, deja entrever que al dejar un vacío legal en la legislación secundaria para facilitar actuaciones en materia de las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, en realidad no facilitan dichas actuaciones, sino que por el contrario las ponen en riesgo, ya que en términos de la aplicación estricta de la ley pueden dejar sin efectos los actos de las autoridades en dichas materias.

Asimismo, estas contravenciones en las normas y vacíos legales se convierten en un medio de defensa legítimo que puede interponer cualquier responsable de datos para frenar la discrecionalidad de las autoridades administrativas en el acceso y, por ende, tratamiento de datos en posesión de personas de carácter privado. Razón por la cual, al no existir reglas claras y un marco jurídico adecuado el tema, dicha situación por sí solo atenta contra derechos humanos y contra la seguridad jurídica de los gobernados.

¿Por qué es importante el tema? Porque las autoridades competentes en términos de la LFPDPPP y su Reglamento, como títulos aparentemente legales habilitantes, podrán (o lo están ya haciendo) obtener, usar, divulgar, almacenar, acceder, manejar, aprovechar, transferir y disponer de los datos personales de una persona en posesión de un responsable, llámese banco, hospital, laboratorio, escuela, club deportivo, universidad, por motivos de seguridad nacional, orden, seguridad y salud públicos, así como para proteger derechos de terceros. Es decir, a través de las respectivas

<sup>36</sup> Esto encierra otra problemática relevante, por poner un ejemplo, ¿cuántos responsables combatirían legalmente un acto de autoridad como la solicitud de acceso a datos o la transferencia de los mismos por razones de seguridad nacional? Por ello, no debe existir una diferencia, es un derecho humano protegido por la CONSTITUCIÓN y su ejercicio y excepciones tienen que ser muy claras para garantizar seguridad a cualquier titular y a cualquier responsable independientemente de su condición social o económica.

disposiciones, el legislador abrió una ventana de oportunidad a las autoridades para acceder a la información de personas físicas en posesión de personas de derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, las autoridades competentes podrían acceder o están accediendo a la siguiente información<sup>37</sup>, por ejemplificar el tema: i) datos de identificación y contacto: nombre, estado civil, RFC, CURP, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad, domicilio, teléfono particular y celular, correo electrónico, firma autógrafa y electrónica, edad y fotografía; ii) datos sobre características físicas: color de piel, de iris, de cabello, señas particulares, estatura, peso, cicatrices y tipo de sangre; iii) datos biométricos: imagen del iris, huella dactilar, reconocimiento facial y de voz, y palma de la mano; iv) datos laborales: puesto o cargo que desempeña, domicilio de trabajo, correo electrónico institucional, teléfono institucional, referencias laborales, información generada durante los procesos de reclutamiento, selección y contratación y capacitación laboral; v) datos académicos: trayectoria educativa, títulos, cédula profesional, certificados y reconocimientos; vi) datos patrimoniales y/o financieros: bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos, egresos, cuentas bancarias, transferencias, inversiones, número de tarjetas de crédito, seguros y afores; vii) datos sobre pasatiempos, entretenimiento y diversión: pasatiempos, aficiones, deportes que practica y juegos de interés; viii) datos sobre la ideología; creencias religiosas, filosóficas o morales, opiniones políticas y afiliación sindical; ix) datos de salud: estado de salud física y mental e información genética; x) datos sobre la vida sexual: preferencias sexuales, prácticas o hábitos sexuales, y xi) datos de origen étnico o racial: pertenencia a un pueblo, etnia o región.<sup>38</sup>

Ahora bien, las siguientes interrogantes surgen respecto al tema,

<sup>37</sup> En términos del artículo 3 del Reglamento de la LFPDPPP, los datos personales podrán estar expresados en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo.

<sup>38</sup> Información referenciada del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

una vez que tengan acceso a la información personal ¿qué pasa con dicha información?, ¿por cuánto tiempo tienen que tratar dichos datos?, ¿si la información obtenida se utiliza para constituir pruebas cuánto tiempo tienen las autoridades para presentarlas para que éstas sean válidas?, ¿qué pasa si la información personal no es tratada para los fines por los cuales fue obtenida?, ¿quién vigila, garantiza y protege el derecho humano de una persona cuando su información de estar con un particular pasó a una autoridad?, ¿qué pasa cuando la autoridad por “equivocación” accede a información a la que no debía acceder?, ¿qué parámetros sigue la autoridad para determinar qué tanta información personal y de qué tipo necesita conocer para dichas finalidades atendiendo al principio de proporcionalidad?, ¿las autoridades cómo miden el grado de invasión a la vida privada de las personas?, y ¿qué responsabilidad tienen las autoridades cuando violan el derecho humano a la protección de datos personales de las personas?

El tema es más complejo de lo que parece y al otorgarle la protección constitucional no puede ser vulnerado, limitado, restringido e inobservado en términos de vacíos legales y falta de uniformidad, como lo está al día de hoy.

## V. PROS Y CONTRAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA LFPDPPP

Lo expuesto en los apartados anteriores se concluye de un análisis conforme al derecho positivo, es decir, de acuerdo con las disposiciones vigentes tanto de la CONSTITUCIÓN como de la LFPDPPP. Sin embargo, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que deben ser subsanadas para lograr una uniformidad en el tema y una protección real de los datos personales en México.

Sin duda alguna, es un acierto el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en la CONSTITUCIÓN. Sin embargo, conforme a los términos en que está redactado el derecho, las

excepciones sólo aplican a los principios y no a los derechos. La realidad jurídica y práctica, es que hay motivos o razones de hecho y de derecho suficientes e importantes para limitar esas prerrogativas y principios establecidos en la CONSTITUCIÓN.

En lo que respecta a la LFPDPPP, si bien contraviene lo dispuesto en la CONSTITUCIÓN por las razones analizadas en los apartados anteriores, deja entrever en sus disposiciones que, al igual, hay razones de hecho y de derecho bastantes suficientes e importantes para limitar tanto los derechos como los principios.

El común denominador entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP es que deben de garantizar una efectiva y real protección de datos personales, por ello los esquemas de excepción tienen que ser uniformes y estar homologados, de lo contrario surgen problemáticas jurídicas en torno a vacíos legales e interpretaciones, que pueden ser utilizados por las autoridades para actuar con discrecionalidad y subjetividad, lo que pone de manifiesto, en caso de controversia, la contradicción de la LFPDPPP con la CONSTITUCIÓN. Esto se traduce en falta de seguridad jurídica para cualquier persona.

Por tanto, consideramos incorrecto que la CONSTITUCIÓN no establezca de forma expresa que el derecho a la protección de datos personales tenga excepciones. Por el contrario, consideramos correcto que establezca la obligación de desarrollar, en la legislación secundaria, los supuestos de excepción basados en diversas razones.<sup>39</sup>

En cuanto a las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, consideramos que es necesario se establezcan sus respectivos supuestos de excepción, tanto a los principios como a los derechos, es decir:

- Supuestos de excepción por motivos de seguridad nacional
- Supuestos de excepción por motivos de disposiciones de orden público

<sup>39</sup> Reiteramos las razones son: seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

- Supuestos de excepción por motivos de seguridad pública
- Supuestos de excepción por motivos de salud pública
- Supuestos de excepción para proteger derechos de terceros

Aunado a las 5 razones señaladas, consideramos que la relativa “para proteger derechos de terceros”, se modifique a “para la protección de derechos”. Esto porque si bien se busca proteger los derechos de cualquier tercero que pueda ser cualquier persona física o moral o la propia autoridad o el Estado, también se deben de proteger los derechos del propio titular. Por ello, el hecho de quitar el término “terceros” abre la posibilidad de establecer supuestos de excepción para proteger no sólo a terceros, sino también a los propios titulares de los datos.<sup>40</sup>

Otra razón de excepción que genera una problemática, es la relativa a “disposiciones de orden público”, que establece textualmente la CONSTITUCIÓN, y que la LFPDPPP se refiere sólo como “orden público”. Lo cual son dos términos completamente distintos, “orden público” como concepto jurídico indeterminado, y “disposiciones de orden público” como las disposiciones que tengan tal naturaleza o

<sup>40</sup> Un claro ejemplo de ello lo constituye el supuesto establecido en la fracción V del artículo 26 de la LFPDPPP, en cuanto a la limitación del derecho de cancelación de datos. La disposición señala: “Artículo 26.- El responsable no estará obligado a cancelar los datos personales cuando: [...] VII. Sean objeto de tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico o la gestión de servicios de salud, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional de la salud sujeto a un deber de secreto.” De este supuesto se desprende que aún y cuando el titular solicite la cancelación, si sus datos están siendo usados para tales fines, el legislador previó que hay un derecho a la salud y a la vida que proteger y garantizar, por ello de esta disposición se desprende la protección de derechos del propio titular de los datos. En el caso de los principios, en cuanto al principio del consentimiento, la misma situación de la protección de los derechos del titular a la salud y a la vida se repite en la siguiente disposición: “Artículo 10.- No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando: [...] VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente.”

carácter.

Lo anterior genera una confusión, en virtud de que, si hablamos de disposiciones de esta naturaleza, se debe atender a los supuestos de excepción establecidos en las leyes consideradas de orden público, las cuales en sus primeras disposiciones señalan dicha naturaleza. Lo cual implicaría que, el supuesto de excepción pueda estar establecido tanto en la propia ley de protección de datos como en cualquier otra, siempre que dichas disposiciones sean consideradas de orden público, lo cual tendrá que estar establecido de forma expresa.

Otra confusión que se genera es que, la ley que regula la seguridad nacional, la Ley de Seguridad Nacional, también es considerada de orden público, lo cual se engloba dentro de “disposiciones de orden público”, contraviniendo la CONSTITUCIÓN, en virtud de que ésta obliga a establecer en la ley que regule el derecho a la protección de datos los supuestos de excepción por razones de seguridad nacional y atendiendo a la razón de “disposiciones de orden público” abre la posibilidad a que el supuesto de excepción esté en otra ley distinta a la de protección de datos personales. Por ello, la redacción actual en la CONSTITUCIÓN genera una confusión y vacío legal, es decir, ¿o los supuestos están en la propia ley de protección de datos o en cualquier otra?

Un tema adicional al que no se le puede restar importancia, es que no hay parámetros para la autorización, control, seguimiento y vigilancia del acceso a datos personales en posesión de los particulares por parte de autoridades. No hay reglas claras en este sentido y este derecho reconocido a nivel constitucional no puede ser la excepción, deben existir lineamientos específicos y claros para el acceso a datos personales por parte de autoridades, así como la intervención de una autoridad judicial, tanto para la autorización al acceso a datos personales y, por ende, el tratamiento y responsabilidad por los mismos, como para que garantice los derechos humanos del titular de la información. No hay que olvidar que los datos pueden estar representados en cualquier medio, como texto, audio, video, etc., y la

LFPDPPP es la ley especial de la materia.

## VI. CONSIDERACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

En el presente apartado, se busca exponer las consideraciones o manejo del tema que han realizado los principales estándares de organismos internacionales en materia de privacidad y de protección de datos personales<sup>41</sup>, esto con la finalidad de conocer sus respectivos planteamientos y desarrollos sobre los esquemas de excepción en la materia.

### A. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE, como pionera en materia de privacidad y protección de datos personales, sobre el tema que nos ocupa, en las *“Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”*,<sup>42</sup> señala en el apartado de *“Alcance de las Directrices”* lo siguiente: *“4. Las excepciones a los Principios que se contienen en las Partes II y III de estas Directrices, incluso las correspondientes a la soberanía y seguridad nacionales y al orden público, deberían: a) ser tan escasas como sea posible, y b) darse a conocer al público.”*

El esquema de excepciones de las Directrices de Privacidad citadas es bastante claro y en contraste con el caso de México, si bien son limitadas en los supuestos de excepción podrían constituir un gran número de excepciones, y aunado a que están establecidas, no se conoce de forma clara cómo operan, lo cual produce un desconocimiento del público.

<sup>41</sup> Para mayor información respecto de antecedentes internacionales del tema objeto de estudio véase: López Torres, Jonathan. Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. Revista EJIL – EAFIT Journal of International Law, de la Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Colombia, ISSN: 2216-0965, Vol. 5, Núm. 2 (2014), disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2849/2616>

<sup>42</sup> OCDE.- Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales. Disponibles en: [http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf) (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

### B.- Organización de las Naciones Unidas

Las Naciones Unidas, respecto del tema que nos ocupa, en los *“Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”* (Resolución 45/95)<sup>43</sup> señala lo siguiente:

#### *“6. Facultad de establecer excepciones*

*Sólo pueden autorizarse excepciones a los principios 1 a 4 si son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás, especialmente de personas perseguidas (cláusula humanitaria), a reserva de que estas excepciones se hayan previsto expresamente por la ley o por una reglamentación equivalente, adoptada de conformidad con el sistema jurídico nacional, en que se definan expresamente los límites y se establezcan las garantías apropiadas.*

*Las excepciones al principio 5, relativo a la prohibición de discriminación, deberían estar sujetas a las mismas garantías que las previstas para las excepciones a los principios 1 a 4 y sólo podrían autorizarse dentro de los límites previstos por la Carta Internacional de Derechos Humanos y demás instrumentos pertinentes en materia de protección de los derechos y de lucha contra la discriminación.”*

La Resolución 45/95 establece que se podrán excepcionar de su observancia los principios de licitud, lealtad, exactitud, finalidad y no discriminación, así como el de acceso de la persona interesada. Las

<sup>43</sup> ONU. Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales “Resolución 45/95”. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

razones de excepción son la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás.

Algo interesante es que del numeral citado se desprende que, para efectos de la Resolución en comento, las razones pueden autorizarse cuando no estén previstas y en el supuesto de que estén previstas expresamente en la legislación de un Estado, se tendrán que definir los límites de dichas excepciones, así como las garantías adecuadas.

En contraste con la Resolución 45/95, el esquema de excepciones en el caso mexicano no establece los límites de las excepciones, ya que la LFPDPPP no desarrolla los supuestos basados en las excepciones establecidas en la CONSTITUCIÓN, aunado a que no desarrolla las garantías adecuadas para que operen dichas excepciones, garantías que en el caso de la LFPDPPP que aplica al sector privado pueden ser vulneradas por las autoridades.

**C. Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)**  
APEC, respecto del tema de estudio, en el “Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico”,<sup>44</sup> dispone, en la parte 2 del mismo, lo siguiente: “13. Excepciones a estos Principios contenidas en la Parte II de este Marco, incluyendo aquellas relacionadas a la soberanía nacional, seguridad nacional, seguridad pública y política pública deberán: a. ser limitadas y proporcionales para cumplir los objetivos a los que se relacionan estas excepciones; y, b. (i) ser dadas a conocer al público; o, (ii) estar de acuerdo con la ley.”

Conforme al Marco de Privacidad, el comentario al numeral 13 señala que dicho marco no pretende obstaculizar las actividades gubernamentales autorizadas por la ley cuando se usen para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la soberanía nacional u

<sup>44</sup> Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC). Disponible en: <https://www.sellosdeconfianza.org.mx/legal/Marco%20de%20privacidad%20APEC.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).

otras políticas públicas. Sin embargo, los gobiernos deben considerar el impacto de estas actividades sobre los derechos<sup>45</sup>, responsabilidades e intereses legítimos de individuos u organizaciones.

Del Marco de Privacidad desprendemos que, si bien se reconocen temas que por su trascendencia tienen que ser tutelados por encima de los derechos de los titulares de los datos personales, dichas excepciones tienen que ser legítimas conforma al marco jurídico respectivo, ser limitadas y proporcionales para cumplir con su finalidad, así como ser dadas a conocer al público, con el fin de que no exista duda sobre su aplicación.<sup>46</sup>

En contraste con el Marco de Privacidad de APEC, el esquema de excepciones en el caso mexicano es bastante vago, ya que no se da a conocer tanto a los titulares de los datos ni a los responsables cómo tienen que operar las excepciones.

#### **D. Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad**

Las Autoridades de Protección de Datos de 50 países, en relación al tema que nos ocupa, en los “Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad” (Resolución de Madrid)<sup>47</sup> señalan: “5.- Excepciones. Los Estados podrán limitar el alcance de las

<sup>45</sup> Aunado a que el Marco de Privacidad se refiere a limitaciones respecto de los Principios.

<sup>46</sup> En la Parte IV de la Implementación, Apartado A, del Marco de Privacidad, que versa sobre las medidas a considerar al implementar el Marco dentro de un país, el numeral 34 señala que es importante tener discusiones con agencias de seguridad internas, seguridad, salud pública y otras agencias para identificar maneras para fortalecer la privacidad sin crear obstáculos para la seguridad nacional, seguridad pública y otras misiones de políticas públicas. Lo cual es un buen punto, en virtud de que en el caso mexicano no se aprecia la intervención de dichas autoridades competentes para aplicar el esquema de excepciones.

<sup>47</sup> Autoridades de protección de datos.- Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad “Resolución de Madrid 2009”. Disponible en: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31\\_conferencia\\_internacional/estandares\\_resolucion\\_madrid\\_es.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31_conferencia_internacional/estandares_resolucion_madrid_es.pdf) (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

*disposiciones recogidas en los apartados 7 a 10 y 16 a 18 del presente Documento cuando sea necesario, en una sociedad democrática, para preservar la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Tales limitaciones deberán estar expresamente previstas por el derecho interno, de tal modo que se establezcan sus límites y se prevean las garantías adecuadas para preservar los derechos de los interesados.”*

En primer término, la Resolución de Madrid establece la posibilidad de establecer excepciones a los principios de finalidad, proporcionalidad, calidad y transparencia, así como respecto de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; segundo, estas excepciones tienen razón de ser en la preservación de la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública o la protección de derechos y libertades de terceros; y tercero, tales excepciones tienen que estar previstas de forma expresa con las respectivas garantías para preservar los derechos de los interesados.

En contraste con la Resolución de Madrid, el esquema de excepciones en el caso mexicano no establece los límites de las excepciones, así como tampoco establece las garantías para preservar los derechos humanos de los titulares de los datos personales.

## VII. PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN

Una vez analizada la problemática derivada de la situación que guarda la normatividad en materia de protección de datos personales en México, es necesario que los estudiosos y expertos en materia de protección de datos tomen conciencia de esta situación por lo cual se sugiere su divulgación, así como su estudio y seguimiento permanente. Idealmente se sugiere la difusión de este análisis a

nuestros legisladores para que tomen conciencia de la pertinencia de volver a trabajar el contenido del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN a fin de que pudiera replantarse de la siguiente manera:<sup>48</sup>

*“Artículo 16. [...]*

*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. Dicha ley establecerá los supuestos de excepción a los derechos y principios de protección de datos por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para la protección de derechos.*

*Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad que faculte la ley, podrá autorizar el acceso a datos personales en posesión de particulares para su tratamiento. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de datos y su representación, el titular de los mismos y su finalidad. La autoridad judicial federal sólo podrá otorgar estas autorizaciones cuando la solicitud se encuadre dentro de los supuestos de excepción por las razones establecidas en el párrafo anterior.”*

## VIII. CONCLUSIONES

En México no se cumple con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución.

No podemos pasar por alto que, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales en nuestro país, sin duda alguna

<sup>48</sup> Reforma al segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN, así como la adición de un tercer párrafo a dicho artículo.

ha marcado un antes y un después en nuestro marco jurídico. Si bien este derecho humano data del año 2009 representa uno de los esfuerzos y retos más importantes en su reconocimiento, ejercicio y aplicación. Al mismo tiempo que representa un equilibrio entre los grandes desarrollos tecnológicos, las actividades comerciales y gubernamentales, y los derechos humanos.

En cuanto al reconocimiento constitucional, el Constituyente no dimensionó los efectos, la fuerza y las implicaciones del derecho a la protección de datos personales como derecho humano. Tan es así que no garantizó su cumplimiento en términos del segundo párrafo del artículo 16 constitucional y no adecuó todo el marco jurídico que se relaciona directa o indirectamente con él.

Un aspecto a considerar es que, en los estándares y directrices internacionales se habla de principios, pero estos principios, como nosotros los conocemos, se refieren tanto a principios como a derechos, derechos que nosotros conocemos como derechos ARCO. De esto desprendemos que la problemática y contradicción de la LFPDPPP con la CONSTITUCIÓN, en cuanto a excepciones sólo a los principios, posiblemente podría radicar en lo que conocemos como “copy paste” de una norma. El legislador en el reconocimiento del derecho al no distinguir nuestro marco jurídico mexicano del internacional, estableció las excepciones sólo a los principios sin hacerlo de forma expresa respecto de los derechos, siguiendo el sentido de la redacción de los estándares y directrices internacionales.

Por ello, la realidad es que en términos de los estándares y directrices internacionales tanto los principios y derechos que nosotros conocemos conforme a la CONSTITUCIÓN y a la LFPDPPP sí tienen limitaciones o excepciones basadas en razones que van más allá de los derechos del propio titular de los datos. Por tanto consideramos que, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que necesitan ser subsanadas para lograr una uniformidad en el tema y una real protección de datos personales en México.

El común denominador entre la CONSTITUCIÓN y la LFPDPPP

es que deben de garantizar una efectiva y real protección de datos personales, por ello los esquemas de excepción tienen que ser uniformes y estar homologados, de lo contrario surgen problemáticas jurídicas en torno a vacíos legales e interpretaciones que ponen de manifiesto la ineficacia en la regulación del derecho, lo cual se traduce en falta de seguridad jurídica para cualquier persona e incluso, pone en riesgo el actuar de las autoridades.

En consecuencia, en primer término, consideramos incorrecto que la CONSTITUCIÓN no establezca de forma expresa y claramente que el derecho a la protección de datos personales tenga excepciones, aspecto que la LFPDPPP sí lo hace; y en segundo, consideramos correcto que la CONSTITUCIÓN establezca la obligación de desarrollar los supuestos de excepción basados en diversas razones, aspecto que la LFPDPPP no cumple.

En cuanto a las razones establecidas en la CONSTITUCIÓN, y derivado del análisis realizado en la presente investigación, consideramos que deben de prevalecer en los términos siguientes: “[...] *por razones de, seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para la protección de derechos* [...]” De las cuales se deberán de establecer sus respectivos supuestos de excepción.

Ahora bien, aunado a que el tema que nos ocupa versa sobre particulares, las autoridades tienen una importancia cuya intervención no se ha dimensionado, esto porque es un tema que no se desarrolla con claridad en nuestra legislación. Por ello, es necesario establecer disposiciones que se constituyan en lineamientos y parámetros para la autorización, control, seguimiento, vigilancia, obligaciones y responsabilidades en cuanto al acceso a datos personales, en posesión de los particulares, por parte de autoridades, así como las garantías mínimas y medios de defensa para proteger los derechos de los titulares de los datos personales en este supuesto. Con esto no se busca obstaculizar las actividades gubernamentales, sino por el contrario que éstas se lleven de forma adecuada y apegadas al marco jurídico, evitando con ello la discrecionalidad y arbitrariedad. Tenemos

que recordar que estamos frente a un derecho humano reconocido en la CONSTITUCIÓN y estas medidas son las mínimas que se deberían de establecer legalmente para lograr una real y efectiva protección de datos personales en nuestro país, pensar lo contrario, el derecho constituye un adorno en el marco jurídico mexicano.<sup>49</sup>

En este orden de ideas, el Poder Judicial de la Federación juega un papel muy importante en el tema que nos ocupa, al ser quien interprete y resuelva los asuntos en la materia. Por ello, la autorización de la que se habla, la tiene que otorgar una autoridad judicial conforme a las disposiciones legales que se establezcan para tales efectos.

Por su parte, los organismos internacionales a través de sus estándares y directrices (ONU, APEC, OCDE, etc.) tienen un consenso en cuanto a las limitaciones o excepciones. Este consenso busca que las limitaciones o excepciones: i) sean limitadas y proporcionales para cumplir sus objetivos; ii) sean dadas a conocer al público; iii) sea considerado su impacto sobre los derechos de los individuos y organizaciones; iv) estén previstas por el derecho interno; v) se establezcan garantías para preservar los derechos; vi) sean tan escasas como sea posible; vii) sean necesarias y viii) no sean excesivas.

El reto de estas limitaciones o excepciones, a la protección de datos personales y derechos de las personas, es el desarrollo de un marco jurídico transparente, claro, específico y que respete los derechos humanos de los titulares de la información.

En resumen, es necesario lograr la uniformidad del esquema de excepciones, ya que éstas son las únicas razones para limitar los principios y derechos en materia de protección de datos personales.

Por tanto, de aplicar un criterio legalista, la LFPDPPP, en

<sup>49</sup> Algunos ejemplos de conflictos que se perciben, es la aplicación del principio de ley especial sobre ley general en la materia de intervención de comunicaciones, en donde este tema se aborda en una ley distinta a la LFPDPPP, en la cual en el resultado de una intervención se puede acceder a datos personales ya que éstos pueden estar soportados en cualquier medio; y otro ejemplo aún más grave, lo constituyen los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que incumplen lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la CONSTITUCIÓN.

términos de lo analizado en la presente, contraviene lo dispuesto en la CONSTITUCIÓN. Sin embargo, de aplicar un criterio conforme a la naturaleza del derecho, sus orígenes e implicaciones, tanto la CONSTITUCIÓN como la LFPDPPP tienen áreas de oportunidad que tienen que subsanarse.

¿Quién puede resultar afectado? Cualquier titular de datos personales, como un estudiante, un menor, un médico, un maestro, un comerciante, un abogado, un representante de elección popular, un servidor público de cualquier orden de gobierno, un juzgador, por mencionar algunos ejemplos.

Se reitera, en México ya existe legislación en materia de protección de datos personales, una legislación especial para la protección de datos personales en el sector público y otra para el sector privado, lo que no existe y no está legislado es cuando el sector público interfiere en el sector privado, lo cual representa uno de los más grandes retos<sup>50</sup> legislativos para salvaguardar de forma real el derecho humano a la protección de datos personales establecido en el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## REFERENCIAS

AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS.- Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad “Resolución de Madrid 2009”. Disponible en: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31\\_conferencia\\_internacional/estandares\\_resolucion\\_madrid\\_es.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31_conferencia_internacional/estandares_resolucion_madrid_es.pdf) (Consultada con fecha 15 de julio de 2014).

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.12.2000. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (Consultada con fecha 15 de julio de

<sup>50</sup> Aunado al reto que representa frente a la evolución y proliferación de Internet y las nuevas tecnologías, tal como lo señala Alejandro Touriño. Véase más en: Touriño, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Catarata, Madrid, 2014. p. 21.



- 2014).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.html>.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, KARLA. Derecho de Protección de Datos Personales de la Salud. Novum, México, 2012.
- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. Derecho Privado de Internet. Segunda Edición, Civitas Ediciones, España, 2001.
- GACETA PARLAMENTARIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- GACETA PARLAMENTARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2>
- LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES, publicada en el DOF con fecha 05 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf> (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).
- LÓPEZ TORRES, JONATHAN. Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. Revista EJIL – EAFIT Journal of International Law, de la Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Colombia, ISSN: 2216-0965, Vol. 5, Núm. 2 (2014), disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2849/2616>
- MARCO DE PRIVACIDAD DEL FORO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA ASIA PACÍFICO (APEC). Disponible en: <https://www.sellosdeconfianza.org.mx/legal/Marco%20de%20privacidad%20APEC.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).
- OCDE.- DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES. Disponible en: [http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf) (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).
- ONU. Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales “Resolución 45/95”. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf> (Consultado con fecha 15 de julio de 2014).
- ORNELAS NÚÑEZ, LINA, Y PIÑAR, JOSÉ LUIS (COORD.). LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO. Tirant lo Blanch, México, 2013.
- REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES, publicado en el DOF con fecha 11 de diciembre de 2011. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LFPDPPP.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf) (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).
- TOURIÑO, ALEJANDRO. El derecho al olvido y a la intimidad en Internet. Catarata, Madrid, 2014. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el DOF con fecha 05 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf> (Consultado con fecha 15 de junio de 2014).