

**NOTICIA DE UNA FICCIÓN JURÍDICA:
LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES^{DR©*}**

Noé Adolfo RIANDE JUÁREZ¹

SUMARIO

I. *Exordio o la ineficacia de la protección de datos personales en México.*
II. *Antecedentes.* III. *La aparición de la Ley Federal de Protección de Datos.* IV. *El Registro Nacional de Bancos de Datos Personales.* V. *Qué se está haciendo.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El presente trabajo pretende presentar las causas del gran fraude jurídico que, a los ojos del autor, se ha convertido el esfuerzo de quienes trabajaron en el desarrollo

ABSTRACT

The present work aims to present the causes of the great legal fraud that, in the eyes of the author, has become the effort that those who worked in the development of

* *Copyright* 2021 por Noé A. Riande Juárez. Todos los Derechos Reservados. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida para fines comerciales en ninguna forma o mecanismo, incluyendo el fotocopiado, grabación, o almacenamiento en algún sistema de información, sin la autorización por escrito del dueño del copyright. Copias de este documento pueden ser distribuidas, en papel y en formato electrónico, siempre y cuando se realice sin alteraciones, con fines científicos o académicos, citando al autor (disponible en noeriane@gmail.com) y la fuente. Publicado anteriormente en Revista del Centro Universitario de Estudios Jurídicos.

¹ Abogado por la Universidad Veracruzana. Maestro en Filosofía del Derecho por la *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Especializado en Informática Jurídica y Derecho Informático por el *Centro di Documentazione Elettronica della Corte Suprema di Cassazione* italiana (1985) y por el *Centro Interdisciplinario di Ricerca in Filosofia del Diritto e Infomatica e Diritto* de la Universidad de Bolonia (1991). Presidente fundador de la Asociación Nacional de Investigadores en Informática Jurídica, A.C. (1993). Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho (desde 1994) y Catedrático por invitación de la Maestría en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Exdirector de Investigación del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa Exdirector de Facilitación al Sector Público en la Secretaría de Protección de Datos del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Consultor Senior en Riande & Assoc. (desde 1997).

de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en México. Se reconoce que la presente es una obra inconclusa puesto debía abundar con más detalle en lo que, en la realidad, se ha convertido todo el desarrollo jurídico que le siguió. Asimismo, se formulan dos propuestas, sin embargo, la segunda de ellas (las visitas de inspección), su planteamiento aún es superficial, tendrá que retomarse más adelante también.

PALABRAS CLAVE

Ineficacia. Ficción jurídica. Datos personales. Ley Federal de Protección de Datos. Registro Nacional de Bancos de Datos Personales. Visitas de Inspección.

the Federal Law on the protection of personal data in Mexico, it is recognized that this is a unfinished work since it had to abound in more detail in everything that in reality all the legal development that followed has become. Likewise, two proposals are made, however the second one (inspection visits), its approach is still superficial, it will have to be taken up again later as well.

KEY WORDS

Ineffectiveness. Legal fiction. Personal data. Federal Data Protection Law. National Registry of Personal Data Banks. Inspection visits.

I. EXORDIO O LA INEFICACIA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

El tema que es necesario desarrollar para generar una denuncia bien estructurada es el de la ineficacia de la protección de datos personales en México, luego entonces, si alguien preguntara, ¿qué objetivo se persigue?, se le respondería: poder desarrollar una denuncia. Posiblemente, si se pudiera hacer un *check-list* de lo que una denuncia debe integrar quizás falten más datos por ahora, y quizás falte identificar con precisión el tipo delictivo que se persigue, pero considerando aquello de que “lo perfecto es enemigo de lo bueno”², hemos apresurado la difusión de esta noticia intentando motivar a la acción, especialmente en este momento de revisión de las instituciones del estado.

La protección de datos, como muchas otras instituciones jurídicas orientadas a armonizar las relaciones dentro de nuestra sociedad, es una ficción jurídica por su escasa o nula presencia en la vida cotidiana de la sociedad, se percibe que

² Aforismo atribuido a Voltaire (Francois-Marie Arouet), quien escribió en italiano el proverbio en su Diccionario filosófico en 1770: “*Il meglio è l’inimico del bene*” el cual apareció después en el cuento moral *La Bégueule* (1772). Véase Colaboradores de Wikipedia, Falacia del Nirvana, Wikipedia, La enciclopedia libre, 2021. Disponible el 09.11.2021 en https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Falacia_del_Nirvana&oldid=136615942.

la gente poco o casi nada sabe respecto de esta institución jurídica, saben que existen peligros pero muy poco, más allá de las recomendaciones que ocasionalmente se nos hacen sobre que sí y qué no hacer en nuestras relaciones virtuales por medios electrónicos pues más no se menciona en los medios; nada o muy poco relacionado con los mecanismos existentes para hacer efectiva la protección de datos, recientemente acaba de producirse un evento que en el medio se podría considerar trascendente para el “órgano garante”³ y, si acaso, alguna breve nota se pudo leer pero sin repercusiones en el diario quehacer de la gente, pues en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), por una parte el grueso de sus actividades están orientadas a atender problemas sociales relacionados con transparencia y derecho de acceso a la información y si bien no puede decirse que no haya actividades relacionadas con la protección de datos, éstas en su mayoría tiene que ver con el proceso de adaptación que en la Administración Pública se está dando para el incipiente desarrollo de la figura jurídica de la protección de datos personales dentro de la tramitología que ocupa a nuestra burocracia. Trataremos de entender las razones que dan lugar a esta situación.

II. ANTECEDENTES

El primer gran problema de la protección de datos personales en México es que no fue creada para proteger a la ciudadanía, sino para impulsar el desarrollo del comercio electrónico, debido por una parte, a que el “boom” de las empresas “.com” en los Estados Unidos durante la década de los 90’s, en México no pudo replicarse –entre otras razones–, por el atraso del gran público respecto al uso de las tecnologías y por la creciente desconfianza en las operaciones de contratación y compraventa en línea (la regulación del *e-commerce* es del 29.05.2000). Aunado a lo anterior, el crecimiento de la delincuencia organizada y de la impunidad en México, hicieron que sus actividades alcanzaran y dañaran a la ciudadanía que operaba a través de las TIC, por lo que, aprovechando el planteamiento de un nuevo sistema de justicia penal, en el 2008 se incluyó en la Constitución la mención de la protección de datos personales, sin que realmente se creara la Ley en la materia, cosa que sucedió sólo hasta el 2010.

³ El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) asumió la presidencia de la Asamblea Global de Privacidad para el periodo 2021-2023.

A diferencia de lo que sucedió en Europa, donde previo a la consolidación de la protección de datos personales que avanzó poco a poco, por una parte en la medida que los profesionales de la informática se percataron de los peligros que podría traer consigo el procesamiento de datos⁴ sobre la vida privada de personajes de la vida pública, en el escenario del final de la segunda guerra mundial, donde el conflicto de intereses económicos privados eran problemas de las economías nacionales; y por otra parte, porque allá, a diferencia de las costumbres existentes en nuestras latitudes, la normatividad no se impone desde una cúpula de representantes de intereses políticos y económicos, sino que germina y se desarrolla primero entre quienes viven cerca del fenómeno por regular, después escala a los representantes políticos y sólo hasta entonces es que se habla de generar leyes o disposiciones que normen el comportamiento social. Allá se vio que cuando el dictador Salazar de Portugal adelantó una reforma constitucional para proteger los datos personales⁵, la carencia de sustento en las necesidades de aquella sociedad hizo que tuvieran que esperar a que pasaran 15 años para que el pueblo portugués se diera la primera Ley en la materia⁶.

En México no se legisla en esta materia por una exigencia de la ciudadanía sino por las presiones del sector empresarial. A quienes participamos en la ferviente actividad legislativa que en diferentes foros se desarrolló a consecuencia de las exigencias planteadas por la normatividad en materia de comercio electrónico, sea para regular la aceptación y consentimiento de la firma electrónica y con ello

⁴ Véase el capítulo 5.3. El comienzo exacto de la preocupación por el efecto negativo de los ordenadores sobre la intimidad y otros derechos de la persona; en Pascual Huerta, Pablo, *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*, Tesis Doctoral presentada en la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2017, p. 182. Disponible el 10.11.2021 en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/43050/1/T38862.pdf>.

⁵ La Constitución portuguesa de 1976, en su Artículo 35, al regular sobre la utilización de la informática, ya habla del flujo de datos transfronterizo y de medidas adecuadas para proteger los datos personales. Véase Constitute. Disponible el 14.10.2021 en https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.

⁶ Nos referimos a la Ley 10/91, *Ley de protección de datos personales frente a la informática* (LPDP), publicada en el Diario de la República, I Serie-A, n.º 98, de 29 de abril de 1991. Véase Aspás Aspás, José Ma., *El derecho a la autodeterminación informativa en la ley portuguesa de protección de datos de 1991*, Aragón, 1994 (original p. 279). Disponible el 14.11.2021 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/250521.pdf> (pág. 3 en publicación Dialnet).

la contratación electrónica, los nuevos mecanismos y procedimientos de pago, los requisitos para la conservación de los mensajes de datos, las entidades certificadoras, la seguridad en Internet, la normatividad de responsabilidad legal y los delitos informáticos. Era más que evidente que Internet significaba negocios y comunicaciones abiertos a un mercado global; donde buscar una armonización de estándares y normas comunes para la operación comercial y legal a nivel mundial era una necesidad que incluía instrumentar mecanismos legales para vencer el miedo a las transacciones electrónicas sin haber pasado antes por la problemática de la protección de la privacidad, vista como problema político, moral y hasta psicológico, como sí lo habían vivido en Europa desde mediados del siglo XX⁷.

III. LA APARICIÓN DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

En México, desde su creación, la Ley nace débil por varios motivos: su aplicación se le encarga a un IFAI que era un organismo que se dedicaba a la protección del derecho de acceso a la información y no a preservar la privacidad de los datos.

Todavía entre las primeras propuestas de Ley que se analizaron en el seno de las consultas públicas organizadas por la Cámara de Diputados (2009), ante la incertidumbre de cómo se instrumentaría la protección de datos en México, se hablaba de crear una "Comisión Nacional de Protección de Datos Personales con la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal", por parte tanto del diputado federal panista de la Sexagésima Legislatura Luis Gustavo Parra Noriega⁸, como por parte de la también panista y entonces comisionada del IFAI, la Dra. María Marván Laborde, aun cuando esta última, en su presentación⁹, ya se insinuaba con la idea de que el IFAI, al igual que en varios países, siguiera un modelo de autoridad de reciente aparición, conjugando en una

⁷ Véanse los capítulos "5.2. El miedo al ordenador y su permanencia en el tiempo"; y "5.3. El comienzo exacto de la preocupación por el efecto negativo de los ordenadores sobre la intimidad y otros derechos de la persona" (pp. 179 y 182); en Pascual Huerta, Pablo, *La génesis del...*, op. cit., Nota al pie núm. 4.

⁸ Véase *Avances y Propuestas legislativas en materia de protección de datos*. Disponible el 15.11.2021 en <https://www.slideserve.com/fleta/avances-y-retos-en-la-legislacion-en-materia-de-proteccion-de-datos-personales>.

⁹ Véase *La protección constitucional de los datos personales*. Disponible el 15.11.2021 en <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210069/515650/file/DRA.%20MAR%C3%8DA%20MARV%C3%81N%20LABORDE.ppt>.

misma autoridad tanto la garantía del acceso a la información pública como la protección de datos personales¹⁰.

La Ley Federal de Protección de Datos Personales finalmente se aprobó en lo general por el Pleno de la Cámara de Diputados el 13 de abril de 2010 y se publicó el 5 de julio de 2010, incluyendo una “*vacatio legis*” de un año para que los sujetos regulados designaran a la persona o departamento de protección de datos personales, y para que elaboraran y pusieran a disposición sus respectivos avisos de privacidad; e incluyendo, también, una *vacatio* de año y medio para que los titulares de los datos pudieran ejercer sus derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y de Oposición (derechos ARCO), situación excepcional en México –esta última– que no obstante se aceptó porque era evidente que el IFAI necesitaba adecuar sus propios procesos de trabajo. Ese mismo día de su aprobación, el diputado Ilich Augusto Lozano Herrera (PRD)... “Anunció que su partido presentará una iniciativa para garantizar la autonomía del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), para que se le reconozca como el órgano garante de estos derechos debido a que el andamiaje institucional que tiene actualmente no es suficiente para su regulación”¹¹. Se recuerdan, asimismo, las justas protestas que en su momento los Comisionados del IFAI manifestaron al conocer que sería éste quien tendría que garantizar la aplicación de la nueva Ley.

En fin, el IFAI tardó en instrumentar sus propios procesos de trabajo y aun cuando para el 6 de enero de 2012¹² oficialmente “abrió sus puertas” para recibir las impugnaciones de la ciudadanía, en el seno de este instituto, tuvieron que asimilar un “nuevo” derecho y “deslactosarlo” para que no impactara negativamente en el desarrollo de la actividad empresarial en México.

¹⁰ En la iniciativa del Diputado Federal priista, Adolfo Mota Hernández, se le caracterizaba como “Instituto de Protección de Datos Personales”, organismo descentralizado dependiente de la Secretaría de Economía, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

¹¹ Véase Boletín N° 1356 del 2010/abril/13, de Comunicación Social de la H. Cámara de Diputados-LXI Legislatura. Disponible el 15.11.2021 en http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2010_2010/004_abril/13_13/1356_validan_ley_federal_de_proteccion_de_datos_personales_en_posesion_de_particulares.

¹² Véase *Animal Político*, “Ya se pueden denunciar violaciones a la ley de datos”, del 6 de enero de 2012. Disponible el 02.11.2021 en <https://www.animalpolitico.com/2012/01/ya-se-pueden-denunciar-violaciones-a-ley-de-datos/>.

Se afirma lo anterior con conocimiento de causa. En sus intervenciones durante las actividades de “consulta pública”¹³ fue más que evidente el continuo pronunciamiento de los representantes de la iniciativa privada (Bancomer-BBVA¹⁴, Microsoft¹⁵, Asociación Mexicana de Mercadotecnia Directa e Interactiva, Asociación Mexicana de la Industria de Tecnologías de Información¹⁶, entre otras), preocupados porque no hubiera una sobrerregulación que obstaculizara las actividades productivas. Así lo ratificaba el entonces Comisionado Presidente del IFAI: “Una buena ley no debe detener el comercio; el intercambio de información para identificar mercados potenciales es una variante central que debemos atajar con cuidado. Una buena ley de protección de datos debe potenciar el crecimiento económico, no inhibirlo”¹⁷.

De esta manera, el IFAI enfrentó la responsabilidad de convertirse en el órgano garante de la protección de datos personales. Pasaba de ser un organismo descentralizado de la Administración Pública a organismo constitucional autónomo. Adquirió facultades “para emitir normas administrativas generales con impacto en la esfera jurídica de los particulares, por ejemplo, la emisión de criterios que

¹³ Se hace referencia al foro “Avances y retos en la legislación en materia de protección de datos personales”, organizado por la Comisión de Gobernación. Véase “Legislar en protección de datos personales sin obstaculizar combate al crimen organizado ni inversiones” en Boletín 3795 del 2009/febrero/2, de Comunicación Social de la H. Cámara de Diputados-LX Legislatura. Disponible el 15.11.2021 en http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2009_2009/002_febrero/25_25/3795_legislar_en_proteccion_de_datos_personales_sin_obstaculizar_combate_al_crimen_organizado_ni_inversiones.

¹⁴ Véase Reyes Kraft, Alfredo, *Avances y Retos de la legislación en materia de Protección de datos...* <https://www.slideserve.com/denali/avances-y-retos-en-la-legislacion-en-materia-de-proteccion-de-datos-personales>.

¹⁵ Véase Mijares Ortega, Juan, *Microsoft Confidential La protección de datos en posesión de los particulares...* Disponible el 15.11.2021 en <https://fdocuments.ec/document/microsoft-confidential-la-proteccion-de-datos-personales-en-posesion-de-particulares-y-las-implicaciones-en-el-comercio-la-economia-y-la-competitividad.html>.

¹⁶ Véase Vera Vallejo, Luis, *Protección de Datos Personales y las implicaciones en el Comercio Electrónico*, 29 de febrero de 2009. Disponible el 15.11.2021 en <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210070/515655/file/LIC.%20LUIS%20VERA%20VALLEJOS.ppt>.

¹⁷ Así se expresaba Alonso Lujambio Irazábal en el Foro “Avances y retos en la legislación en materia de protección de datos personales”. Véase *Legislar en protección de datos personales...* *op. cit.*, en Nota al pie núm. 12.

pudiesen estimarse obligatorios o que establezcan cargas, incluyendo su reglamentación interna”¹⁸, y fue en ese proceso que se produjo la transformación que irónicamente llamamos “la tarea de deslactosar” este derecho fundamental que, a nuestro parecer, perdió su categoría de defensa del ser humano.

IV. EL REGISTRO NACIONAL DE BANCOS DE DATOS PERSONALES

Por otra parte, a diferencia de lo que sucedió en Europa, donde al momento de crearse las Agencias de Protección de Datos surgieron con la obligación de instaurar el Registro Nacional de Bancos de Datos Personales en posesión de los particulares (previa *vacatio legis* de hasta 3 años, como fue el caso de España) pues la ley obligó a las empresas a reportar sus respectivos “Archivos de Datos Personales”; en México, a pesar que nunca se ignoró dicha situación¹⁹, esto nunca sucedió, pues para el 2010, en Europa y en otros lugares como Argentina, ya se había vivido la experiencia de las mil complicaciones burocráticas que generaba el tal Registro Nacional.

Ya había desaparecido esa obligación surgida en los años noventa con la Directiva 95/46/CE, pero la vigilancia de las Agencias de Protección de Datos se había vuelto más severa. La directiva al respecto decía que:

(48) Considerando... los procedimientos de notificación a la autoridad de control tienen por objeto asegurar la publicidad de los fines de los tratamientos y de sus principales características a fin de controlarlos a la luz de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva;

...

SECCIÓN IX. NOTIFICACIÓN

¹⁸ Cfr. Caballeros, José Antonio *et. al.*, “El futuro del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales: Consideraciones sobre su autonomía constitucional” (pp. 22-23). Disponible el 15.11.2021 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3196/2.pdf>.

¹⁹ A manera de ejemplo, me remito a las presentaciones del entonces Diputado Parra Noriega y de la entonces Comisionada Marván Laborde citadas en las respectivas Notas al pie 8 y 9. El primero, en las láminas núm. 10, 14 y 17, habla de un “Registro de Sistemas de Datos Personales” y su iniciativa de Ley lo contempla en los Artículos 14, 20 fracción IV, 30 fracción VIII y 55 fracción IX (Véase <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/oct/20081007-III.html#Ini20081007-21>). La segunda, en sus láminas 7 y 17.

Artículo 18. Obligación de notificación a la autoridad de control

Los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento o, en su caso, su representante, efectúe una notificación a la autoridad de control... con anterioridad a la realización de un tratamiento o de un conjunto de tratamientos, total o parcialmente automatizados, destinados a la consecución de un fin o de varios fines conexos.

...

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 32

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar al final de un período de tres años a partir de su adopción²⁰.

Esta Directiva empezó a aplicarse en 1998 en Europa, pero en varios países, la *vacatio legis* para hacer efectiva la comunicación, siempre se previó posterior al inicio de la vigencia de la ley local (ad. ejem. en España se postergó un año más posterior a la entrada en vigor de la LORTAD²¹, en Italia se postergó 10 meses²²); y si para 1995 se consideró pertinente su inclusión, fue porque ya se habían beneficiado con anterioridad de esta disposición que forzó a las empresas a dar de alta sus tratamientos de datos personales.

En México se recuerda todavía la inquietud que esto generaba en la Asociación de Marketing Directo, pues creían que iban a tener que dar a conocer al Estado el contenido de sus bases de datos, o que tendrían que permitir que se su-

²⁰ Véase la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 pp. 0031-0050. Disponible el 16.11.2021 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046>.

²¹ Véase la "Disposición adicional segunda" de la Ley Orgánica para Regular el Tratamiento Automatizado de Datos –LORTAD–. Disponible el 15.11.2021 en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1992/10/29/5>.

²² Véase el Artículo 181, *Altri disposizioni transitorie*, fracción 1, inciso c), del *Codice in Materia di Protezione dei Dati Personali*, Decreto legislativo promulgado el 30 de junio de 2003 que establece la *vacatio legis* para las notificaciones previstas por el Artículo 37 hasta el 30 de abril de 2004. Disponible el 16.11.2021 en <https://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=9042678>.

pieran los nombres de las personas a quienes sus clientes dirigieran su publicidad y no había nada más alejado de eso, pues las notificaciones de las que hablaba la citada Directiva europea se limitaban a:

Artículo 19. Contenido de la notificación

1. Los Estados miembros determinarán la información que debe figurar en la notificación, que será como mínimo:

- a) el nombre y la dirección del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante;
- b) el o los objetivos del tratamiento;
- c) una descripción de la categoría o categorías de interesados y de los datos o categorías de datos a los que se refiere el tratamiento;
- d) los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se pueden comunicar los datos;
- e) las transferencias de datos previstas a países terceros;
- f) una descripción general que permita evaluar de modo preliminar si las medidas adoptadas en aplicación del Artículo 17 resultan adecuadas para garantizar la seguridad del tratamiento.

2. Los Estados miembros precisarán los procedimientos por los que se notificarán a la autoridad de control las modificaciones que afecten a la información contemplada en el apartado²³.

Esto, a nuestro parecer, es lo que tanto se temía que pudiera “inhibir el crecimiento económico”, era la “sobrerregulación que obstaculizara las actividades productivas”. Y si bien es cierto que podría significar una carga de trabajo que en alguna medida entorpezca la integración de este nuevo derecho a las funciones del IFAI, no se puede negar que su ausencia produjo el efecto de que aún, después de año y medio de la entrada en vigor de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) –y hasta la actualidad–, las empresas seguían operando en su gran mayoría, sin emitir sus respectivos Avisos de Privacidad y sin designar a la persona o Departamento de Protección de Datos correspondiente²⁴, dado que la autoridad (el “órgano garante”) no tenía, ni

²³ *Ibidem*, nota al pie núm. 20.

²⁴ Obligaciones que en términos del Artículo Transitorio Tercero de la LFPDPPP debía haberse cumplido “... a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Ley”

nunca ha tenido formalmente manera de saber qué empresas sí y qué empresas no, hacen tratamiento de datos personales, a menos que alguna vez un ciudadano reclame el posible tratamiento indebido de sus datos personales.

Esta situación en Europa evolucionó y, de hecho, todavía en 2014, vemos que en algunos países, como Italia, seguía existiendo la figura del mencionado Registro Nacional, aunque sólo se aplicaba para llevar un registro de los tratamientos de datos personales de carácter sensible, notificados por los particulares²⁵.

En México, a fin de recuperar el terreno perdido, en 2014 se presentó en el mismo sentido, y sin ningún resultado a la Presidencia del INAI la siguiente propuesta²⁶:

²⁵ *Articolo 37 del Codice in Materia di Protezione dei Dati Personali* (traducción del autor):

Art. 37. Notificación del tratamiento

I. Los responsables tienen la obligación de notificar al Instituto con anterioridad a su realización, todo tratamiento de datos personales que se pretenda realizar cuando se refiera a:

- a) Datos genéticos, biométricos o datos que indican la localización geográfica de personas u objetos por medio de una red de comunicación electrónicas;
- b) Datos que describen el estado de salud y la vida sexual, tratados con fines de reproducción asistida, prestación de servicios sanitarios por Internet relacionados con bancos de datos o con el suministro de bienes, investigaciones epidemiológicas, detección de enfermedades mentales, infecciosas y contagiosas, VIH, trasplante de órganos y tejidos y monitoreo del gasto en atención a la salud;
- c) Datos que describen la vida sexual y la esfera psicológica tratada por asociaciones, instituciones u organismos sin fines de lucro, reconocidas o no, de carácter político, filosófico, religioso o sindical;
- d) Datos procesados con la ayuda de medios electrónicos con el fin de definir el perfil o la personalidad del titular, o para analizar los hábitos o preferencias de consumo, o para monitorear el empleo de los servicios de comunicación electrónicas, con la excepción de aquellos tratamientos técnicamente necesarios para proporcionar dichos servicios a los usuarios;
- e) Datos sensibles almacenados en bases de datos, para la selección de personal para terceros, así como los datos sensibles utilizados en las encuestas de opinión, estudios de mercado y otras investigaciones de muestra;
- f) Datos registrados en las bases de datos especiales administrados por vía electrónica, relacionadas con los riesgos por solvencia, situación financiera, y el correcto cumplimiento de las obligaciones, o por conductas ilícitas o fraudulentas.

...

²⁶ Realizado por Noé Adolfo Riande Juárez y presentado el 18 de septiembre de 2014.

Propuesta de reforma y adición de nuevos Artículos a la LFPDPPP para el Registro Nacional de Bancos de Datos Personales:

Artículo 9...

No podrán crearse bases de datos que contengan datos personales sensibles, sin que se notifique al Instituto y se justifique la creación de las mismas para finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado.

Artículo 9 bis.

Los responsables tienen la obligación de notificar al Instituto con anterioridad a su realización, todo tratamiento de datos personales que se pretenda realizar cuando se refiera a:

- I. Datos genéticos o biométricos;
- II. Datos que describen el estado de salud y la vida sexual, tratados con fines de reproducción asistida, prestación de servicios sanitarios por Internet, relacionados con bancos de datos relativos al suministro de bienes para dichos servicios, a investigaciones epidemiológicas, a la detección de enfermedades mentales, infecciosas y contagiosas, al VIH, al trasplante de órganos y tejidos y/o al monitoreo del gasto en atención a la salud;
- III. Datos que describen la vida sexual y la esfera psicológica tratada por asociaciones, instituciones u organismos sin fines de lucro, reconocidas o no, de carácter político, filosófico, religioso o sindical;
- IV. Datos procesados con la ayuda de medios electrónicos con el fin de definir el perfil o la personalidad del titular, o para analizar los hábitos o preferencias de consumo,
- V. Datos procesados con la ayuda de medios electrónicos con el fin de monitorear el empleo de los servicios de comunicación electrónicas, con la excepción de aquellos tratamientos técnicamente indispensables para proporcionar dichos servicios a los usuarios;
- VI. Datos que indican la localización geográfica de personas u objetos relacionados con éstas por medio de una red de comunicación electrónica;
- VII. Datos sensibles almacenados en bases de datos, para la selección de personal por encargo de terceros,
- VIII. Datos sensibles utilizados en las encuestas de opinión, estudios de mercado y otras investigaciones de muestreo;

IX. Datos registrados en las bases de datos especiales administrados por vía electrónica, relacionadas con riesgos por solvencia, situación financiera, y el correcto cumplimiento de las obligaciones, o por conductas ilícitas o fraudulentas.

El Instituto, mediante disposición publicada en el Diario Oficial de la Federación, puede dar a conocer otros tratamientos que deban notificarse por afectar negativamente a los derechos y libertades de la persona, en razón de su modalidad o por la naturaleza de los datos personales tratados.

De igual manera, el Instituto también puede identificar y, por tanto, sustraer de la obligación de notificación, aquellos tratamientos señalados en las fracciones de este Artículo, que, en determinadas circunstancias, no son susceptibles de provocar dicha afectación a las personas.

El Instituto registrará las notificaciones recibidas en el “Registro Nacional de Bancos de Datos Personales”, un archivo accesible a cualquier persona, y determinará las modalidades para su consulta gratuita por internet o físicamente en sus instalaciones.

La información disponible a través de la consulta de dicho archivo, sólo puede ser tratada a efecto de aplicar la normatividad vigente en materia de protección de datos personales.

Artículo 9 ter.

Independientemente del número de operaciones que se pretenda realizar y de la duración del tratamiento, la notificación se hará una sola vez a través de la página web que para dicho fin disponga el Instituto o bien descargando el formato correspondiente para su posterior llenado y envío o entrega en las instalaciones del mismo. La notificación puede referirse a uno o más tratamientos con finalidades correlacionadas.

I. A través de la notificación se debe proporcionar la siguiente información:

- a) El nombre, denominación o razón social y el domicilio del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante, así como la forma de identificar el encargado si se ha nombrado;
- b) Una descripción de la o las categorías de datos que serán tratados;
- c) Una descripción de la o las categorías de titulares de los datos;
- d) Las finalidades y modalidades del tratamiento;
- e) Los destinatarios o categorías de destinatarios a los que los datos pueden ser remitidos o transferidos;

f) El o los países a dónde se ha previsto remitir o transferir los datos;

g) Una descripción general de las medidas técnicas y organizativas adoptadas para garantizar la seguridad de los datos, que permita evaluar que son las adecuadas;

h) Una descripción del o de los bancos de datos a los cuales se refiere el tratamiento de datos sensibles ya iniciado, así como las eventuales conexiones con otros tratamientos o bancos de datos, aún fuera del territorio nacional.

II. El responsable del tratamiento sólo está obligado a realizar una nueva notificación, antes de la interrupción del tratamiento o para cambiar cualquiera de los elementos que se especifique en la notificación.

III. El responsable del tratamiento que no está obligado a realizar la notificación prevista en el Artículo anterior, está obligado a informar sobre los elementos que se especifican en la fracción I de este Artículo a quien se lo requiera.

Artículo 63.

Constituyen infracciones a esta Ley, las siguientes conductas llevadas a cabo por el responsable:

...

II. Actuar con negligencia o dolo en la notificación del tratamiento de datos sensibles y en la tramitación y respuesta de solicitudes de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;

...

V. Omitir en la notificación del tratamiento de datos sensibles o en el aviso de privacidad, alguno o todos los elementos a los que se refieren los Artículos 16 o el 9 ter, fracción I, de esta Ley;

...

Artículo 64 bis.

Todo responsable del tratamiento que no proceda inmediatamente a realizar la notificación prevista en los Artículos 9 bis y 9 ter, o que omita informar o provea información incompleta sobre los elementos que se le solicita especificar será sancionado en los términos de los Artículos 63 y 64, acumulando la suma de las cantidades previstas por actuar con negligencia o dolo en el registro de tratamiento de datos sensibles, por omitir en la notificación del tratamiento de datos sensibles, alguno o todos los elementos a

que se refiere el Artículo 9 ter de esta Ley, y/o por crear bases de datos en contravención a lo dispuesto por el Artículo 9, segundo párrafo de esta Ley.
Artículo Transitorio

Cuando el tratamiento de datos sensibles a los que refiere el Artículo 9 bis, ya hubiera iniciado al momento de la entrada en vigencia del presente Acuerdo, la notificación deberá indicar la información requerida en el inciso h) de la fracción I del Artículo 9 ter.

Es una pena que en México la autoridad garante no tenga ni haya intentado nunca tener un control de los diferentes tratamientos de datos personales que realizan los irónicamente denominados por la ley como “responsables” de la protección de los datos personales en posesión de los particulares. Aquí se deja constancia de esta propuesta para que, en un futuro, sea retomada e instrumentada.

V. QUÉ SE ESTÁ HACIENDO

Por otra parte, aunque la protección de datos personales provenga de un supuesto “derecho a la autodeterminación informativa”; en realidad, la protección se acota a los datos que se entregan en el contexto de una relación jurídica. Si alguien va por la calle sacando fotografías a personas que encuentra sexualmente atractivas –como sucedió en Buenos Aires con el famoso caso de las “Chicas Bondi –sin pose, sin permiso–”; no aplica la “autodeterminación informativa”²⁷; con los periodistas tampoco hay manera de hacer que respeten ese derecho²⁸.

Por otra parte, si para entrar a un edificio le exigen un documento de identidad, la ciudadanía no puede pretender ser ella misma quien determine “qué datos entrega”, “a quién autoriza su uso”, “qué tratamiento consiente”, “para qué fines”, etc. Al igual que en los contratos de adhesión que se emplean en el co-

²⁷ Véase Giogelli, María Julia, “Derecho a la imagen, el caso «Chicas Bondi, sin pose sin permiso»” en *Observatorio Iberoamericano de protección de datos*, publicación de mayo 24 del 2013. Disponible el 20.11.2021 en <http://oiprodat.com/2013/05/24/derecho-a-la-imagen-el-caso-chicas-bondi-sin-pose-sin-permiso/>.

²⁸ Para mayor información sobre la inaplicación del derecho a la autodeterminación informativa en el caso de los “periodistas”, véase Riande Juárez, Noé A., “Las «buenas prácticas» en materia de protección de datos, recomendables para periodistas y particulares que hacen públicos datos personales”, Número 22 de la Revista digital *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*. Disponible el 17.11.2021 en https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-4.pdf.

mercio electrónico, o se acepta entregar los datos que se requieren o no hay acceso a nada²⁹. Lo anterior –en los casos que se justifique–, sería correcto si se tuviera la certeza de que se aplica la normatividad vigente en materia de protección de datos personales. Las disposiciones existentes son completas, el problema es que el ciudadano no tiene manera de corroborarlo y el INAI sólo interviene en caso de que aquél llegue a darse cuenta de un mal manejo (un uso indebido) de sus datos. El INAI legalmente puede actuar de oficio e iniciar una “averiguación”³⁰ en aquellos casos que un responsable de la protección incumpla con resoluciones del INAI o cuando se presuma la existencia de violaciones (por denuncia de un titular), pero además de que no se conoce de ninguna ocasión que se haya actuado “de oficio”, esto es, con una actitud vigilante, la normatividad existente en ningún momento prevé actividades de inspección donde de manera metódica y periódica se evidencie una actividad vigilante del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley.

La labor de difusión del INAI ha estado más dirigida a capacitar a la ciudadanía para que aprendan a “defender” sus datos personales que incentivar a la iniciativa privada para que respeten y hagan respetar su papel de responsables de proteger los datos que la ciudadanía les ha entregado en su diario relacionarse jurídicamente. Toda la acción (o la mayor parte de ella) dirigida hacia la iniciativa privada se ha limitado a fomentar formas de “autorregulación”, como si con ello se pretendiera evitar tener que sancionarlos.

En virtud de lo anterior, podemos derivar que el INAI es permisivo en cuanto a la protección de datos en posesión de los particulares, pues no se tiene ningún control del cumplimiento de lo ordenado por la Ley y sus principios por parte de las empresas. Sólo hasta que el ciudadano (titular de los datos, sin control ni conocimiento de las tecnologías y políticas que se utilizan durante el tratamiento) llega a darse cuenta de un mal manejo de sus datos, es que el INAI interviene.

²⁹ *Cfr.* Riande Juárez, Noé A., “Guía para el tratamiento de datos personales en edificios públicos y privados”. Documento inédito, producido en el año de 2016 en el seno de las tareas desarrolladas dentro del INAI.

³⁰ Artículo 59 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares:

La verificación de oficio procederá cuando se dé el incumplimiento a resoluciones dictadas con motivo de procedimientos de protección de derechos a que se refiere el Capítulo anterior o se presuma fundada y motivadamente la existencia de violaciones a la presente Ley.

Esta es una situación que deja a la ciudadanía en un evidente estado de indefensión frente a aquellos tratamientos de datos realizados con grandes recursos tecnológicos, ante los cuales, él carece de los recursos económicos suficientes como para pagar una investigación del uso que realmente le están dando a los datos quienes los recaban, con la complicidad de este “órgano garante” que deja desprotegidos a los ciudadanos a menos que ellos soliciten su intervención.

Bastaría con preguntarnos, ¿cómo afecta la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares a los profesionales de Marketing y Social Media? La respuesta es: ¡No los afecta! A menos que los datos personales nos los pidan personalmente. No se les obliga a requerir el consentimiento de los titulares de los datos (nosotros) antes de recolectarlos. Ellos hacen sus bases de datos y, si quieren, después de recolectarlos, avisan, pero no se les obliga a informar para qué fines los recolectaron, ni por cuánto tiempo, ni que harán con ellos después de usarlos. Y la razón es que no hay manera de enterarse cuando hacen esas bases de datos, pues no existe la obligación para las empresas de reportar al INAI las bases de datos en las que registran y conservan datos personales.

Existe la obligación de informar a los titulares de los datos cinco días antes de usarlos cuando se obtienen de manera indirecta, pero nuevamente, no hay ningún control del cumplimiento de lo ordenado.

Por otra parte, la legislación en la materia contiene muchos defectos que favorecen al empresariado y no a la ciudadanía que entrega sus datos personales y que nadie se ha ocupado de reseñarlos con el fin de corregirlos, tanto en el texto de la Ley como en la práctica³¹.

La legislación es dispersa y se vuelve difícil cumplir con sus disposiciones pues está distribuida en cerca de 15 ordenamientos más allá de la sola Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y su Reglamento.

Se hace diferencia entre la normatividad que obliga a los particulares y la que obliga a los órganos de la Administración Pública.

³¹ Mínimamente habría que reformar la normatividad e incluir disposiciones de “Responsabilidad demostrada”, para instituir la figura del “Oficial de Protección de Datos” entre los particulares que recaban datos personales. Entre muchos otros criterios de protección inexistentes en nuestros ordenamientos.

No existe una metodología para implementar (ni se diga comprobar) el cumplimiento responsable de las obligaciones que establece la normatividad en la materia, por parte de los sujetos regulados (sean públicos o privados).

No existen medidas resarcitorias para las personas que entregan sus datos, por el daño que ocasione un “tratamiento indebido de los datos personales”. El daño que se le produce al titular con un tratamiento indebido de sus datos, aun cuando sólo fuera una difamación o descrédito no debe esperar hasta que todo el aparato del Estado se active. Si se lesiona los intereses de un ciudadano por cualquier motivo, se le debe resarcir. ¿Dónde se ha establecido que el uso indebido de los datos personales no merece ser recompensado? En nuestro México se necesita que haya una resolución del INAI estableciendo que hubo un tratamiento indebido para, sólo hasta entonces, poder reclamar por vía jurisdiccional el resarcimiento del daño.

Y por último están las múltiples observaciones que pueden hacerse al funcionamiento interno del INAI.

Por una parte, en el INAI, el procedimiento que llevaría al establecimiento de una sanción y reparación del daño por un tratamiento indebido, es extraordinariamente largo. En el mejor de los casos hasta 415 días hábiles (13.8 meses); y en el peor, hasta 820 días hábiles (27.3 meses).

Por otra parte, es casi nula la persecución del incumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos personales. Es escasa la actividad tendiente a proteger a la ciudadanía contra el uso indebido de los datos personales por parte de los particulares, ni contra el uso indebido por parte de los órganos de la Administración Pública (o sujetos obligados) en todos los niveles. Lo anterior se deduce de las cifras ofrecidas en el Comunicado INAI-212-18.pdf³², donde se reporta que durante los seis meses transcurridos del 2018, sólo se habían atendido 643 asuntos en materia de protección de datos, cantidad que representa sólo 107.16 asuntos al mes; esto es, 15.3 asuntos atendidos al mes por cada uno de los siete Comisionados, cantidad que, comparada con la productividad de cualquier juzgado, sea del orden común o federal y de cualquier materia, donde el promedio

³² Véase <http://inicio.ifai.org.mx/Comunicados/Comunicado%20INAI-%20212-18.pdf>.

mensual –por ejemplo, en el 2018 en todo el Poder Judicial de Yucatán³³–, es de 75 a 100 asuntos resueltos diariamente.

En fin, hay “mucho trabajo por realizar” y ojalá que se interesen por difundir y participar en el desarrollo de esta denuncia pues en las circunstancias actuales, ejercicios como el preocuparse por determinar las normas que obligarían a proteger los datos personales de los enfermos durante la pandemia, es incrementar el tamaño de la falacia a menos que se desarrollen disposiciones que le den a nuestro INAI, la “agencia de protección de datos”, atribuciones (y presupuesto) para realizar inspecciones periódicas del cumplimiento³⁴, o de lo dispuesto por la Ley por parte de los particulares que recaban datos personales, para determinar mínimamente a nivel estadístico, en qué medida su comportamiento ante la Ley es de auténticos responsables, entre otras cosas.

Las nuevas generaciones de profesionales del Derecho lo agradecerán, pues “la protección de datos personales” es una nueva área para el desarrollo profesional en sintonía con los requerimientos de los nuevos tiempos y hasta la fecha casi no hay mercado en esa área, aparentemente porque sólo se preocupan por cumplir con la Ley en la materia las compañías pertenecientes a las más altas esferas del mundo empresarial y las micro, pequeñas y medianas empresas no perciben que la protección de datos sea realmente una inversión indispensable.

VI. CONCLUSIONES

Primera. En una sociedad como la nuestra donde existe un gran divorcio entre las instituciones del Estado y la sociedad, si no se sabe quién procesa datos personales, no se puede estar esperando a que por iniciativa propia aquellos que procesan los datos se preocupen por hacerlo “responsablemente” conforme a los requerimientos de la Ley.

³³ Véase Asuntos concluidos entre 252 días hábiles que hubieron en ese año, arroja un total de 100.61 asuntos diariamente, http://www.cjyuc.gob.mx/estadisticas/concentrado/primera_instancia_2018.pdf dónde dividiendo 25,356.

³⁴ Se podría anunciar una campaña de visitas de inspección como las de las autoridades de la PROFEPA y revisar si cuentan con aviso de privacidad, qué medidas de protección físicas, administrativas, legales y/o tecnológicas se tienen implementadas, si conocen la Ley, etc., etc., etc. Y entonces sí estaríamos frente a una autoridad que no sólo hace como que protege, sino que realmente actúa proactivamente en favor de sus gobernados.

Segunda. Para identificar quiénes son los responsables del tratamiento de datos personales es necesario desarrollar un mecanismo para que, de alguna manera, se integre un Registro Nacional de Bancos de Protección de Datos Personales con todos aquéllos que hacen acopio de datos personales.

Tercera. Es necesario que el derecho a la autodeterminación informativa sea una realidad y que la protección de los datos personales se limite a aquellos casos en los que se entregan en el contexto de una relación jurídica. No es posible que, si los datos se obtienen en otro contexto, que no sea el de una relación jurídica, las personas queden expuestas a que se les manipule sin su consentimiento;

Cuarta. Hace falta que la autoridad tenga una actitud más vigilante y que no deje en estado de indefensión a los ciudadanos que no saben, ni entienden los diferentes usos que se le pueden dar a sus datos personales,

Quinta. Uno de los tantos remedios que se podrían implementar, es el de realizar visitas de inspección (o mínimamente –al principio– encuestas de opinión) que permitan tener un panorama más completo de cuál es el grado de aceptación y observancia que tiene la Ley.

Sexta. Los procedimientos sancionadores de las violaciones a la Ley son tortuosos y deben ser revisados y reformados con vista a realizar una auténtica protección de datos personales.

Séptima. Hacen falta intervenir en muchos otros sentidos, pero con el fin de modificar la deplorable situación actual. La autorregulación en un mundo neoliberal donde la lucha por imponer los propios intereses sin importar las necesidades ajenas, nos parece una falacia –a menos que se tenga mucho que perder si el INAI llegara a imponer una multa millonaria.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliográficas

RIANDE JUÁREZ, Noé A., *Guía para el tratamiento de datos personales en edificios públicos y privados*, Documento inédito, producido en el año de 2016 en el seno de las tareas desarrolladas dentro del INAI.

2. Informáticas

<https://www.animalpolitico.com/2012/01/ya-se-pueden-denunciar-violaciones-a-ley-de-datos/>.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/250521.pdf>.

http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2009_2009/002_febrero/25_25/3795_legislar_en_proteccion_de_datos_personales_sin_obstaculizar_combate_al_crimen_organizado_ni_inversiones.

http://www3.diputados.gob.mx/camara/005_comunicacion/a_boletines/2010_2010/004_abril/13_13/1356_validan_ley_federal_de_proteccion_de_datos_personales_en_posesion_de_particulares.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3196/2.pdf>.

<https://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=9042678>.

https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046>.

http://www.cjyuc.gob.mx/estadisticas/concentrado/primera_instancia_2018.pdf.

<http://oiprodat.com/2013/05/24/derecho-a-la-imagen-el-caso-chicas-bondi-sin-pose-sin-permiso/>.

<http://inicio.ifai.org.mx/Comunicados/Comunicado%20INAI-%202012-18.pdf>.

<http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210069/515650/file/DRA.%20MAR%C3%8DA%20MARV%C3%81N%20LABORDE.ppt>.

<https://fddocuments.ec/document/microsoft-confidential-la-proteccion-de-datos-personales-en-posesion-de-particulares-y-las-implicaciones-en-el-comercio-la-economia-y-la-competitividad.html>.

<https://www.slideserve.com/fleta/avances-y-retos-en-la-legislaci-n-en-materia-de-protecci-n-de-datos-personales>.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/43050/1/T38862.pdf>.

<https://www.slideserve.com/denali/avances-y-retos-en-la-legislacion-en-materia-de-proteccion-de-datos-personales>.

https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r22_trabajo-4.pdf.

<http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210070/515655/file/LIC.%20LUIS%20VERA%20VALLEJOS.ppt>.

3. Legislativas

Ley 10/91, *Ley de protección de datos personales frente a la informática* (LPDP), publicada en el Diario de la República, I Serie-A, n.º 98, de 29 de abril de 1991.

Ley Orgánica para Regular el Tratamiento Automatizado de Datos.