

PROYECTO DE DICTAMEN DE LA INICIATIVA DE LEY GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE SUJETOS OBLIGADOS

Estimados Senadores integrantes de las Comisiones Unidas de Gobernación y de Estudios Legislativos Primera del Senado de la República:

En seguimiento a los trabajos legislativos que se vienen desarrollando en torno a la definición de una ley general de protección de datos personales, así como a las reuniones de trabajo que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) ha celebrado con diversos asesores y con la Secretaría Técnica de la Comisión de Gobernación, les enviamos las siguientes consideraciones:

Es de interés del INAI reflexionar con ustedes sobre la conveniencia técnica de que, además de la ley general se desarrollen, en su momento, la ley federal y las leyes estatales correspondientes, al tenor de los siguientes razonamientos:

- **Se respetaría el principio de facultades coincidentes que se desprende del artículo 124 constitucional**, el cual establece que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a la Federación, se entienden reservadas a las entidades federativas.

Al respecto, es pertinente señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 119/2008 establece que las facultades concurrentes se ejercen simultáneamente por la Federación y las entidades federativas, como consecuencia de la unidad de fines o concordancia de propósitos que supone el régimen federal.

Estas facultades atribuyen competencia tanto a los órganos de autoridad federal como a la autoridad local, pero concediendo a una de ellas, en este caso a la Federación, la atribución para fijar bases o un cierto criterio de división de esa facultad; como sería a través de una ley general en la cual el Poder Legislativo Federal es quien tiene la facultad de establecer límites para determinar en qué términos participará cada una de las entidades en sus respectivas leyes con respecto al derecho a la protección de datos personales, por tratarse de una materia concurrente.

En otras palabras y de acuerdo con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una ley marco tiene por objeto distribuir competencias entre la Federación y las entidades federativas en materias concurrentes y establecer las bases mínimas que como un requisito *sine quanon* deberán ser desarrolladas por las leyes federal y locales correlativas.

- **Se daría cumplimiento a lo dispuesto en los artículos segundo y quinto transitorios del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia** con relación al artículo 73, fracción XXIX-S constitucional, al señalar que el Congreso Federal está facultado para expedir una ley general que desarrolle los principios y bases en materia de protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos

gubernamentales de todos los niveles de gobierno, y a partir de dicha ley general, el Congreso Federal estará obligado a realizar las reformas que correspondan a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, a la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares y donde las legislaturas de los Estados tendrán que armonizar su normatividad en la materia.

En este sentido, de las disposiciones aludidas se advierte, en sede constitucional, la coexistencia de las leyes federal y estatales que tengan por objeto desarrollar los parámetros regulatorios y premisas señalados en la ley general.

- **Se evitaría el riesgo relacionado con el ejercicio de los controles de constitucionalidad previstos en el artículo 105 constitucional**, específicamente en lo que respecta a la invasión de competencias entre el Congreso Federal y las legislaturas estatales, ya que en el supuesto de que se expidiera una ley general única el Congreso Federal estaría legislando, de manera exclusiva y reservada con respecto a las legislaturas estatales, una materia que es concurrente para ambas instancias, como lo es el derecho a la protección de datos personales en el sector público quebrantando así el artículo 124 constitucional.
- **Se establecerían las bases, principios y procedimientos mínimos del derecho a la protección de datos personales**, en aras de no invadir el espacio de desarrollo que corresponderá, en su momento, al Congreso Federal o a las legislaturas de las entidades federativas, de tal manera, que las leyes federal y estatales que deriven de esta ley general estarán obligadas a fungir como ordenamientos de carácter complementario que permitan aumentar las obligaciones o prohibiciones que hace una ley marco, atendiendo a las necesidades y aspectos especiales en función de la región y el contexto de la Federación y cada entidad federal, lo cual de ninguna manera implica la disminución o menoscabo de las obligaciones ya fijadas por dicho ordenamiento.

En tal sentido, estas leyes complementarias tendrían un carácter progresivo y dinámico, que coadyuvaría a fortalecer el régimen del derecho a la protección de datos personales en México.

No obstante lo anterior, en el escenario de que **no existiera una ley federal posterior**, a continuación se presenta, de manera enunciativa más no limitativa, **una serie de temas a desarrollar** en el último proyecto de dictamen de la ley general:

- El establecimiento de una lista que indique qué fuentes serán consideradas de acceso público.
- El desarrollo de las reglas que definan el alcance de los principios del consentimiento, licitud, lealtad, información y calidad.
- Las reglas generales para el tratamiento de datos personales sensibles.
- En su caso, las reglas para la instrumentación y operación de medidas compensatorias.
- El reconocimiento de excepciones de procedencia para el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición.
- Las reglas para la acreditación del titular o su representante en el ejercicio de derechos ARCO.

- En su caso, el establecimiento de atribuciones adicionales al INAI y organismos garantes que les permitan aplicar y administrar la ley general.
- En su caso, el procedimiento para la presentación y emisión del dictamen que corresponda de las evaluaciones de impacto a la protección de datos personales.
- Las reglas procedimentales como la acreditación del titular, el tema de notificaciones, la admisión y deshago de pruebas, entre otras cuestiones.
- Las reglas específicas para la realización de investigaciones previas y visitas de inspección en el marco del procedimiento de verificación.
- Las reglas específicas para la imposición de medidas de apremio.

Con respecto al Proyecto de Dictamen de la Iniciativa de Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (proyecto de dictamen), este Instituto sugiere la necesidad de prever una serie de temas, que desde un punto de vista técnico, fortalezcan dicho proyecto y coadyuven al pleno ejercicio y respeto de este derecho fundamental.

A continuación, se mencionan estos temas que no han sido considerados en el proyecto de dictamen, del 29 de marzo, y que respetando su labor legislativa, el INAI advierte que **de no reconocerse y desarrollarse en la ley general significaría un grave retroceso** en la protección de datos personales a nivel nacional.

Se enlistan en orden de **prioridad**:

1. El reconocimiento del Poder Judicial de la Federación como la instancia competente para la impugnación de las medidas de apremio.

El artículo 136 se señala que en contra de la imposición de medidas de apremio, procede el recurso correspondiente ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o en su caso, el procedimiento contencioso administrativo para las entidades federativas, cuestión que atenta **contra la autonomía constitucional** del INAI y de los principios de definitividad e inatacabilidad de las resoluciones que el INAI emita en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el artículo 6, apartado A, fracción VIII constitucional, destacando que los principios aludidos resultan aplicables únicamente para los entes públicos.

Asimismo, conviene señalar que el tribunal aludido tiene a su cargo, exclusivamente, dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, en términos del artículo 73, fracción XXIX-H constitucional, cuestión que no resulta aplicable en el caso del INAI al ser un organismo constitucional, y en consecuencia, no formar parte de la Administración Pública Federal.

Bajo estas premisas constitucionales, el Poder Judicial de la Federación es la única instancia competente para conocer de la impugnación de aquellas medidas de apremio impuestas por el INAI, autoridad que, en su caso, confirmará, modificará o revocará la medida de apremio impuesta, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con el artículo 107, fracciones II y III de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, respetando, en todo momento, el derecho que tiene la persona afectada de inconformarse sobre la imposición de una medida de apremio, dictada por el INAI, ante el

propio Poder Judicial de la Federación y no propiamente ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

2. La definición del alcance del recurso de revisión del Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal en materia de seguridad nacional.

En el artículo 113 que reconoce el recurso de revisión en materia de seguridad, sería recomendable que se señale el alcance y los **criterios objetivos** para su procedencia, considerando que esta materia es muy amplia y que podría usarse este medio de impugnación de manera indiscriminada, por ejemplo, la remisión a los supuestos en la materia previstos en la Ley de Seguridad Nacional, o bien, las causales de procedencia del recurso acordes con el ordenamiento citado.

Cabe precisar que este recurso sólo procederá cuando, a pesar de actualizarse el supuesto de causal de excepción al ejercicio de los derechos ARCO previsto en el 16, segundo párrafo constitucional con relación al artículo 4, párrafo segundo del proyecto de dictamen, el INAI ordene el ejercicio de cualquiera de estos derechos.

3. El desarrollo de los principios de protección de datos personales de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales.

Respecto al principio de **lealtad** , el artículo 17 señala que los entes públicos tienen prohibido obtener datos personales de manera ilícita, lo cual, en sentido estricto, se vincula con el principio de licitud. Cabe destacar, que este principio implica que los entes públicos no deben valerse del engaño o fraude en la obtención o tratamiento de datos personales, de forma tal que el titular no pueda conocer con propiedad los términos y condiciones vinculados a ese tratamiento, enfatizando en el engaño o fraude y no en la ilicitud del tratamiento. Por lo cual, estimamos que en el reconocimiento del principio aludido se deben considerar los elementos de fraude o engaño que dan la connotación de leal o desleal a un tratamiento de datos personales.

En el artículo 24, relacionado con el principio de **información** , se establecen los elementos informativos del aviso de privacidad, actualmente por cuestiones prácticas y de mejor entendimiento para el ciudadano, sería deseable el reconocimiento de dos modalidades del aviso de privacidad, uno simplificado o corto y uno completo o integral, las cuales se complementen y de ninguna manera se visualicen como obligaciones distintas o adicionales. Por lo tanto, es sumamente importante que se reconozcan en dicho artículo las dos modalidades de aviso de privacidad señaladas.

4. El ejercicio de derechos ARCO por parte de personas vinculadas a fallecidos.

En el artículo 45 se reconoce el ejercicio de los derechos ARCO a personas vinculadas por razones de hecho, derecho, familiar o análogas, pero se omite la referencia al interés jurídico o legítimo para justificar dicho ejercicio, por lo cual, sería recomendable exigir, al menos, un **interés jurídico** al tratarse de un derecho personalísimo.

En caso, de que no se reconozca el interés jurídico para el ejercicio de los derechos ARCO por parte de personas vinculadas a fallecidos, desde un punto de vista técnico, sería conveniente eliminar esta previsión.

5. El reconocimiento de la fe pública del personal del INAI y los organismos garantes.

En el artículo 120 se otorgan facultades de verificación al INAI y organismos garantes, pero se sugiere valorar la procedencia de reconocer la **fe pública** de su personal para el adecuado desarrollo de las atribuciones encomendadas en estas actuaciones, particularmente para constatar la veracidad de los hechos y los hallazgos identificados en este procedimiento, por ejemplo, en las actuaciones de inspección que podrían realizarse ante los partidos políticos.

6. El reconocimiento de medidas precautorias.

En el artículo 123 relativo al procedimiento de verificación, sería recomendable el reconocimiento de **medidas precautorias** con el objeto de detener o prevenir aquellas situaciones que vulneren de manera grave el derecho a la protección de datos personales de los habitantes, por ejemplo, la inmovilización temporal de una base de datos, el aseguramiento de equipos informáticos, el aseguramiento o resguardo de archivos físicos, entre otras.

7. La realización de evaluaciones de impacto a la protección de datos personales respecto a tratamientos intensivos o relevantes.

En el título VI relativo a acciones preventivas, se sugiere valorar el reconocimiento de la obligación de realizar las **evaluaciones de impacto a la protección de datos personales**, para aquellos tratamientos de datos personales que se consideren intensivos o relevantes, con la finalidad de identificar impactos y amenazas que puedan comprometer los principios, deberes, derechos y demás obligaciones en el tratamiento de datos personales *ex ante* de la puesta en operación de éste, y se eviten indebidos tratamientos además de ahorrarse costos innecesarios que después los entes públicos tengan que realizar para corregir esas fallas, con lo cual se estaría contribuyendo al debido cumplimiento de las disposiciones de la propia ley general.

8. El reconocimiento de las medidas compensatorias.

En el capítulo I del título II relativo a los principios, es recomendable el reconocimiento de la figura de las **medidas compensatorias**, las cuales son mecanismos de carácter excepcional que eximen al responsable de entregar directamente al titular el aviso de privacidad, lo cual sería de utilidad para aquellos tratamientos de datos personales que llevan a cabo los entes públicos al momento de la entrada en vigor de la ley general, y que en algunos casos, resultará operativamente imposible o muy costoso dar a conocer a cada titular el aviso de privacidad respectivo.

A manera de estricta referencia, el artículo 18, tercer párrafo de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares prevé que cuando resulte imposible dar a conocer el aviso de privacidad al titular o exija esfuerzos desproporcionados, en consideración al número de titulares, o a la antigüedad de los datos, previa autorización del Instituto, el responsable podrá instrumentar medidas compensatorias en términos del Reglamento de dicha ley.

9. La designación de un oficial de protección de datos personales.

En el título VII que alude al Comité y a la Unidad de Transparencia, sería deseable reconocer la opción de nombrar a un **oficial de protección de datos personales**. Esta figura tiene el único propósito de que los entes públicos tomen decisiones en torno a la protección de datos personales desde el conocimiento y pericia que este especialista pueda aportar. De este modo, se garantizaría un grado mínimo de especialización, en una materia de índole técnico y cuyas funciones estarían orientadas, de manera general, a coordinar, al interior de la organización del ente público, las políticas, programas, acciones y demás actividades que correspondan para el cumplimiento de las disposiciones que resulten aplicables en materia de protección de datos personales.

Cabe destacar, que en aquellos casos que por cuestiones presupuestales o de estructura organizacional no fuese posible tal designación, podría ser el titular del ente público quien asuma dicho carácter o quien éste designe.

10. El desarrollo de reglas generales en el tratamiento de datos personales realizado por instancias de seguridad y procuración de justicia.

En el capítulo I del título II relativo a los principios, se estima importante que se prevean disposiciones orientadas al **debido tratamiento de los datos personales** por parte de las **instancias de seguridad y procuración de justicia** en el marco de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, por ejemplo, en materia de proporcionalidad y cancelación de la información personal, notificación a los titulares, medidas de seguridad, transferencias de datos personales, entre otras.