



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 2003040 de fecha 24 de Enero de 2003

LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL CASO DEL
DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

Tesis que para obtener el grado de

Maestra en Derecho Procesal Constitucional

Sustenta la

Lic. Nathalie Canizales Reyes

Director de la Tesis

Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto

Ubi jus, ibi remedium.

Principio general del derecho

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.- LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	9
I.1 ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS	9
I.1.1 Antecedentes: El nacimiento del Estado constitucional	9
I.1.2 Teoría clásica de los derechos y su actual crisis	11
I.2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	15
I.2.1 La eficacia normativa de la Constitución y dimensiones de los derechos humanos	15
I.2.3 Vías de incidencia de los derechos humanos.....	17
I.2.3.1 La eficacia mediata: mediación legislativa y judicial	18
I.2.3.2 La eficacia inmediata	20
I.2.4 La eficacia horizontal de los derechos humanos en el derecho comparado	22
I.2.5 La eficacia horizontal de los derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	28
I.2.5.1 Primer acercamiento a la teoría de la eficacia horizontal	28
I.2.5.2 Reconocimiento de una eficacia inmediata.....	30
I.3. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	32
I.3.1 Antecedentes	32
I.3.1.1 Amparo en revisión 2/2000 como parteaguas en la adopción de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos	33
I.3.2 Protección en sede constitucional: El juicio de amparo	34
I.3.2.1 Evolución del concepto de Autoridad.....	36
<i>I.3.2.2.1. Análisis del concepto de autoridad responsable a la luz de la nueva Ley de Amparo.</i>	38
<i>I.3.2.2 Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena y décima época.</i>	40
I.3.3 Protección en sede ordinaria.....	41
CAPÍTULO II.- LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y SUS MECANISMOS DE TUTELA	43
II.1 LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	43
II.1.1 El nacimiento de la sociedad de la información.....	43

II.1.2	Aproximación conceptual a la autodeterminación informativa	44
II.1.2.1	Dimensiones de la autodeterminación informativa.....	46
II.1.3	Los datos personales.....	47
II.1.3.1	Datos de identificación	47
II.1.3.2	Datos sensibles y patrimoniales.....	48
II.1.4	La autodeterminación informativa en el ámbito internacional	49
II.1.5	Regulación de la autodeterminación informativa en México	51
II.1.5.1	<i>Consideraciones preliminares</i>	51
II.1.5.2	Artículo 16 constitucional	52
II.1.5.2.1	<i>Derecho de acceso</i>	54
II.1.5.2.2	<i>Derecho de rectificación</i>	54
II.1.5.2.3	<i>Derecho de cancelación</i>	55
II.1.5.2.4	<i>Derecho de oposición</i>	55
II.2	EL PROCESO DE HÁBEAS DATA	56
II.2.1	Concepto y naturaleza del <i>Hábeas Data</i>	56
II.2.2	Bienes jurídicos tutelados en el <i>Hábeas Data</i>	58
II.2.3	Sujetos de <i>Hábeas Data</i>	61
II.2.4	Tipos de <i>Hábeas Data</i>	62
II.2.5	El <i>Hábeas Data</i> en el derecho comparado.....	64
II.3	LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES Y SU REGLAMENTO	72
II.3.1	Antecedentes	72
II.3.2	Procedimientos administrativos.....	73
II.3.2.1	Solicitud de acceso, rectificación, cancelación y oposición.....	74
II.3.2.2	Procedimiento de protección de derechos	74
II.3.2.3	Procedimiento de verificación.....	77
II.3.2.4	Procedimiento de imposición de sanciones	78
CAPÍTULO III.-	EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO COMO MECANISMO PARA TUTELAR LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	81
III.1	PROBLEMÁTICAS ACTUALES ASOCIADAS AL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	81
III.1.1	Los retos frente a las nuevas tecnologías	81

III.2 PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE VIOLACIONES AL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.....	82
III.2.1 Las reformas constitucionales del 2011 y la tutela judicial efectiva	82
III.2.1.1 Ausencia de una vía principal y directa para la tutela del derecho a la autodeterminación informativa respecto a violaciones cometidas por particulares .	86
III.2.2 Justificación de la procedencia del juicio de amparo indirecto propuesto.....	91
III.2.3 Definición del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto propuesto	96
III.2.4 Autoridad responsable	98
III.2.4.1 Autoridades responsables propuestas	98
III.2.4.2 El caso de la actividad bancaria en México	98
III.2.4.3 El caso de empresas dedicadas a las telecomunicaciones en México	104
III.2.5 Medidas cautelares sugeridas.....	107
III.2.6 Sentencia	108
CONCLUSIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA	114

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo ha prevalecido la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales, misma que postula que los derechos recogidos en los textos constitucionales sólo son oponibles al Estado, de ahí que las tensiones únicamente se presentan entre el individuo y el poder estatal.

En el estado mexicano el panorama no ha sido muy distinto, pues no sólo no existen garantías constitucionales que doten de una eficacia directa a algunos derechos humanos frente a los particulares, sino que los órganos jurisdiccionales han manifestado en reiteradas ocasiones que los mismos no cometen violaciones a los derechos humanos, sino que realizan otro tipo de ilícitos, concluyendo que el juicio de amparo no resulta procedente en contra de ese tipo de violaciones.

Por lo que, afirmar que nuestro medio de control constitucional por excelencia – *juicio de amparo*- procede sólo en contra de actos de autoridad, supone que los derechos humanos únicamente pueden ser lesionados por los poderes públicos, excluyendo de forma automática aquellas violaciones que cometen los particulares.

No obstante lo anterior, el nuevo paradigma constitucional por el que actualmente atravesamos, ha orillado a nuestros más altos tribunales a ser conscientes de la realidad social en la que, cada vez con mayor frecuencia, encontramos poderes privados cuyo dominio puede incluso superar al del Estado, lo que los ha llevado a determinar que existen ciertos derechos que, por su naturaleza, sí pueden ser exigidos frente a particulares. Destacando que entre dichos derechos se encuentran aquellos que se generan en materia de protección de datos personales, particularmente, el derecho a la autodeterminación informativa.

Es importante destacar que nuestra legislación mexicana, en específico, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, reconoce implícitamente un eficacia directa de este tipo de derechos, el inconveniente es que no podemos hablar de una horizontalidad como tal, en virtud que no existe un medio de defensa que nos permita alegar directamente dichas violaciones, sino que deben

alegarse en una instancia administrativa en donde, principalmente, se ventilan cuestiones de legalidad.

Lo cierto es que el problema actual no se trata de un problema de reconocimiento o de desarrollo legal, sino que se relaciona con la inexistencia de un recurso eficaz que le permita al gobernado acudir a una instancia constitucional, pues el hecho que la violación se ventile en una instancia administrativa, como sucede en la actualidad, convierte el derecho reclamado en un derecho legal y no constitucional, de tal suerte que el Estado no garantiza el derecho humano.

En ese sentido, la presente investigación pretende confirmar la incidencia de los derechos humanos en las relaciones particulares, analizando para ese efecto la legislación aplicable a la materia, a fin de plantear la procedencia del amparo como el medio de control constitucional, por excelencia, para alegar violaciones a los derechos humanos generados en materia de protección de datos personales, particularmente, de los actos cometidos por entidades bancarias y empresas de telecomunicaciones, centrandó el análisis en las violaciones que pueden cometer dichas entidades particulares, en las medidas cautelares y los efectos de la sentencia; lo anterior, a la luz del derecho comparado.

Todo lo anterior ha permitido que el presente trabajo se estructure en tres capítulos:

El primero, denominado *La eficacia horizontal de los derechos humanos*, establece la eficacia normativa de la Constitución y las vías de incidencia de los derechos humanos en las relaciones jurídico-privadas. De manera particular, se presenta el problema de construcción de la *Drittwirkung der Grundrechte* y su solución a través del análisis de dos posturas doctrinales: eficacia mediata y eficacia inmediata. Respecto a la eficacia inmediata u horizontal, se considera su recepción en el derecho comparado; lo anterior, en conjunto con la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se aborda la recepción de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos en el Estado mexicano a través del estudio de sus antecedentes y de resoluciones paradigmáticas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El segundo capítulo, intitulado *La autodeterminación informativa y sus mecanismos de tutela*, identifica las dimensiones del derecho a la autodeterminación informativa, así como su regulación en el Estado mexicano, haciendo especial énfasis en la reforma al artículo 16 constitucional del 1 de junio de 2009. Por otro lado, se presentan las características esenciales del proceso de *Hábeas Data* y su regulación en el derecho comparado para culminar con la identificación de los procedimientos previstos en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares para dar solución a las controversias por violaciones al derecho humano de referencia.

Finalmente, el tercer capítulo nombrado *El juicio de amparo indirecto como mecanismo para tutelar la autodeterminación informativa* propone a dicho medio de control constitucional como el recurso efectivo e idóneo para hacer frente a las transgresiones al derecho a la autodeterminación informativa cometidas por particulares. Para ese efecto, se analizan las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 así como la evolución del concepto de autoridad responsable en la Nueva Ley de Amparo. De igual manera, se incluyen los argumentos sobre la procedencia de dicho juicio en contra de dos entidades particulares: entidades bancarias y empresas de telecomunicaciones. Para lo anterior, se abordan los posibles actos reclamados, así como las medidas cautelares disponibles y los efectos que tendría la sentencia que, eventualmente, pueda obtenerse.

CAPÍTULO I.- LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I.1 ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

I.1.1 Antecedentes: El nacimiento del Estado constitucional

No es posible afirmar que el surgimiento de los derechos humanos se presenta en los últimos dos siglos, pues si bien la concepción actual de los mismos surge en la época moderna, lo cierto es que desde épocas muy remotas –*culturas griegas y romanas*- es posible encontrar en la sociedad, grupos que pugnan por un mayor respeto de sus derechos y libertades, lo que permitió que poco a poco, se presentaran diversas expresiones jurídicas de los derechos fundamentales.

Así pues, en virtud que el nacimiento de los derechos humanos supone un amplio recorrido por los acontecimientos históricos del mundo, es necesario establecer un punto de partida, mismo que, en este caso, será el tránsito del estado feudal y absolutista al estado constitucional o liberal, específicamente el siglo XVIII, por ser dicho siglo cuna de la principal declaración en materia de derechos humanos y, por ende, el origen normativo de los mismos¹.

Como resultado de las crisis económicas y políticas suscitadas en las sociedades feudales y ante el descontento de la población, aparece en el siglo XVI el Estado absolutista. La finalidad de este tipo de Estado, según Engels, era establecer una especie de equilibrio entre la vieja nobleza feudal y la nueva burguesía urbana.

Sin embargo, la principal característica de este tipo de Estado no fue precisamente la obtención de un equilibrio sino la centralización del poder en la que el monarca estaba facultado para ejercer su gobierno sin restricción alguna.

Si bien las “monarquías absolutas introdujeron unos ejércitos y una burocracia permanentes, un sistema nacional de impuestos, un derecho codificado y los comienzos de un mercado unificado”² con la intención de mejorar las condiciones, lo cierto es que éstas se convirtieron, según Althusser, “en la nueva forma política necesaria para el

¹ Si bien es posible encontrar diversos instrumentos previo al siglo XVIII en los que se reconoce un catálogo de derechos, lo cierto es que en dichos antecedentes los derechos humanos eran entendidos como derechos morales y no jurídicos.

² ANDERSON, Perry, *El estado absolutista*, México, Editorial Siglo XXI, 1987, p.135.

mantenimiento del dominio y explotación feudal en un periodo de desarrollo de una economía de mercado”³.

Básicamente, el Estado absolutista fue un régimen que “sólo aumentaba la miseria e infelicidad en muchos, dando cierto sosiego y bonanza a muy pocos, por lo que era indispensable propiciar cambios sustanciales”⁴.

Así, se repitieron de nueva cuenta los atropellos de la sociedad feudal, ejerciéndose el poder de forma despótica, lo que implicó una intensificación de los abusos por parte de la burguesía; de tal suerte que, ante los ojos de la sociedad, el poder sólo había sido transferido de un señor feudal a la monarquía.

Por lo que, ante la falta de un cambio sustancial en las condiciones de vida surge en el siglo XVIII en Francia, el movimiento filosófico y cultural denominado la Ilustración, en el que predominó la razón humana y la creencia en el progreso humano, pensamientos que atacaban directamente las ideas del Estado absolutista.

El soporte intelectual de la Ilustración fue el detonante de los siguientes movimientos revolucionarios, pues éste dotó a la sociedad de “los conocimientos y argumentos necesarios a favor de los reclamos crecientes contra un régimen que cada vez resultaba más insostenible”⁵, y dio lugar a la Revolución Francesa bajo el lema de “Libertad, Igualdad y Fraternidad”.

El movimiento revolucionario francés pretendía lograr el reconocimiento jurídico de un catálogo de derechos básicos, ya que estos no habían adquirido una importancia dentro del mundo del derecho, sino que su reconocimiento, era sólo relevante para la moral y la filosofía.

En pocas palabras, su intención era celebrar un nuevo contrato social cuyo contenido estuviera impregnado de premisas que permitieran la construcción de un nuevo tipo de Estado, de una nueva forma de gobierno. En el entendido que dichos ideales no fueron sólo exclusivos de Francia, sino que los mismos permearon también

³ *Ibidem*, p. 136.

⁴ CARBONELL, Miguel, *En los orígenes del Estado constitucional: la declaración francesa de 1789*, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012, p. 16.

⁵ *Ibidem*, p. 17.

en los Estados Unidos de América, país que en el que se llevaba a cabo la independencia de las colonias de Norteamérica.

Fue así como poco a poco, el Estado constitucional se fue abriendo paso frente a un Estado absolutista, pues como resultado de los movimientos revolucionarios europeos y norteamericanos surgieron las primeras manifestaciones jurídicas en las que se incluyeron los derechos que el Estado estaba obligado a respetar, asegurar y proteger promulgándose, específicamente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y las *Bill of Rights* que “precedieron a las diferentes Constituciones de las antiguas colonias inglesas, entre las que sobresalen las de Massachusetts y Virginia; más tarde se dieron las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y 1791, conformando el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana”⁶.

Así pues, es claro que este tipo de Estado surge principalmente para dos fines: lograr la división de poderes y, sobre todo, proteger las libertades individuales del hombre; planteamientos que fueron recogidos en los instrumentos que dieron origen a la “positivación o constitucionalización de los derechos”.

I.1.2 Teoría clásica de los derechos y su actual crisis

Si bien el mayor logro de los movimientos revolucionarios suscitados en el siglo XVIII fue la “positivación o constitucionalización de los derechos”, lo cierto es que con el surgimiento del Estado liberal ese catálogo de libertades o derechos que debía ser respetado y protegido tenía un destinatario muy claro: el Estado, por ser éste el enemigo a derrotar.

No hay duda que la intención principal de las declaraciones de derechos fue el establecimiento de una serie de mecanismos cuya finalidad era mantener la actividad estatal dentro de una órbita que no interfiriera o lesionara la esfera intocable de los derechos de los individuos, atribuyéndosele al Estado “una misión de tutela”⁷ derivada, precisamente, de los abusos y atropellos protagonizados por el gobierno absolutista.

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 2.

⁷ PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2006, p. 481.

Las premisas anteriores dieron lugar a la “teoría clásica de los derechos”⁸, misma que planteaba que el poder público era el único que violaba o afectaba los derechos del individuo en virtud de la posición –*superioridad*- que el Estado ocupaba en la pirámide jerárquica. Hasta ese momento, las únicas relaciones que el individuo tenía eran aquéllas que se relacionaban con el Estado, de tal suerte que era el poder estatal el único que estaba en condiciones de invadir la esfera “intocable” de derechos fundamentales.

Más tarde, con el desarrollo del derecho civil, nuevas relaciones fueron adquiriendo relevancia en el mundo social y jurídico, presentándose relaciones entre entes que se encontraban en un mismo plano de igualdad, sin que ninguno de ellos estuviera dotado del atributo de imperio, rigiéndose dichas relaciones por el principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, las transformaciones económicas y sociales suscitadas en el mundo fueron desnaturalizando los presupuestos de la autonomía privada bajo la cual se regían las relaciones entre particulares, lo que implicó una degradación de la igualdad en las relaciones de esa naturaleza. Esto es, al “crear una supuesta esfera libre intocable para la autoridad del Estado, dejó al hombre solo frente a la organización política y frente a los otros sectores sociales más fuertes que él”.⁹

Lo anterior es así en virtud que, con el paso del tiempo, surge en el tejido social, una nueva sociedad que poco a poco va dejando atrás la antigua “teoría clásica de los derechos”, y nace entonces lo que Pedro de Vega denominó la sociedad corporativista; sociedad en la que predomina la existencia de poderes privados cuya influencia en la sociedad es incluso superior a la que ejercen los poderes públicos y cuyas funciones pueden estar implícitamente delegadas y/o determinadas por el propio Estado.

⁸ A este respecto, Pedro de Vega refiere que “Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito”, *“La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der grundrechte)”*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2321.

⁹ PORRÚA PÉREZ, Francisco, *op. cit.*, p. 483.

Fue así como algunos poderes privados de la sociedad fueron adquiriendo relevancia en la sociedad contemporánea, al grado de estar involucrados en la toma de las decisiones más importantes de un país. Sin duda alguna, esto implicó, por un lado, el empoderamiento¹⁰ de unos cuantos y por el otro, una especie de sumisión del resto de los gobernados ante esos poderes privados, evidenciándose con ello una clara desventaja social; convirtiéndose dichos sujetos de derecho privado en una fuente de amenaza real a los derechos fundamentales del resto de los particulares.

Para comprender lo anterior basta con hacer un ejercicio reflexivo para descubrir que en la sociedad actual, los ciudadanos se encuentran en una situación en la que, en muchas ocasiones, poco importa la autonomía de la voluntad entre dos particulares, pues se ven obligados a contratar con entes que aún y cuando pertenecen al derecho privado son “únicos en su especie”, es decir, en ciertos servicios no se está en presencia de una amplia variedad de competidores que permita tomar una decisión libre sino que precisamente son esos poderes privados los que incluso llegan a convertirse en verdaderos monopolios, quienes imponen las “reglas del juego” y con quienes los ciudadanos se ven obligados a contratar.

De ahí que, el escenario presentado no deja lugar a dudas de la posibilidad real que existe que entes del derecho privado violen los derechos humanos de terceros, a expensas del dominio, poder y control del que gozan en la sociedad; evidenciándose con ello la crisis que la “teoría clásica de los derechos” presenta en la actualidad y a la que difícilmente regresaremos algún día. Por esto, es que tiene la razón Diego Valadez cuando afirma que:

“El estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a una doble acechanza: la que procede del Estado y la que resulta de personas físicas o morales. El poder de éstas se ha dilatado casi en proporción en que las potestades públicas han disminuido”¹¹.

¹⁰ A este respecto, Pedro de Vega refiere que “...la supremacía de unos grupos sobre otros se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles forzosamente deberán aceptar”.

¹¹ VALADEZ, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, pról., de Jorge Carpizo, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2010, t. I. pp. 681-710.

Estas condiciones fácticas llevaron a la sociedad a replantearse un concepto mucho más pleno de los derechos fundamentales, a través del cual se concluyó que las vulneraciones de estos no sólo provenían del poder público sino de estos poderes que operan bajo posiciones de privilegio e incluso de particulares –*personas físicas*-, cuyas relaciones jurídico-privadas están, sin duda alguna, cubiertas por un derecho fundamental.

En virtud de lo anterior, la doctrina y jurisprudencia internacional, principalmente la alemana, han tratado de plantear propuestas a este nuevo desafío social mediante la “*Drittwirkung der Grundrechte*”¹², que intenta justificar y determinar la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Así pues, no hay duda que, efectivamente, durante los inicios del Estado liberal la intención del establecimiento del catálogo de derechos y libertades era crear un ámbito fuera de la injerencia del poder estatal pero, con el surgimiento de la sociedad corporativista se detectó la necesidad de hacer efectivo dicho catálogo frente a los poderes privados.

Lo que nos permite concluir que, en la actualidad, el particular se encuentra frente a una doble amenaza de sus derechos, por un lado, el poder público –*que indudablemente no ha dejado de ser un riesgo para los derechos fundamentales*- y por otro, el poder privado –*que ha llegado a ser considerado como nocivo para los derechos fundamentales*-. Dicha situación debe llevarnos a replantear la eficacia del sistema jurídico, en especial del mexicano, para descubrir la procedencia de los diferentes recursos legales en contra de esas violaciones a los derechos humanos cometidas por los propios particulares¹³.

¹² Eficacia de los derechos fundamentales.

¹³ A este respecto, Pedro de Vega refiere que “la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá de tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de las acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad”. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der grundrechte)*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2324.

I.2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

I.2.1 La eficacia normativa de la Constitución y dimensiones de los derechos humanos

La mayoría de las normas de derechos humanos no sólo se encuentran contenidas en el Texto Fundamental, pues algunas de ellas se encuentran adscritas a otros instrumentos jurídicos que de alguna u otra forma están relacionadas con la Constitución.¹⁴ Así pues, lo anterior nos lleva a cuestionarnos la eficacia normativa del máximo ordenamiento jurídico en las relaciones jurídicas de la sociedad.

Sin duda alguna, “la Constitución es fuente del derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone”.¹⁵ El carácter de la Constitución como “ley de leyes”, nos lleva a afirmar que la misma contiene el conjunto de normas fundamentales, es decir, normas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos y normas de legislación¹⁶, cuyas disposiciones constituyen los parámetros que deben ser observados por sus destinatarios.

Para el caso que nos ocupa, las normas de legislación, al conferir poderes a los órganos del Estado no serán motivo de análisis en virtud que aquéllas que nos interesan son las que prescriben los derechos de los ciudadanos.

Respecto a estas últimas, ya ha quedado precisado que su incorporación en las Declaraciones y Constituciones del siglo XVIII tuvo como finalidad garantizar un ámbito personal exento de la injerencia del Estado, mismo que es considerado como el sujeto pasivo por excelencia de los derechos fundamentales. De tal suerte, que la función que desempeñaban las normas de derechos fundamentales era precisamente la de

¹⁴ Al respecto, Robert Alexy señala que una norma será de derecho fundamental cuando sea posible aducir una fundamentación iusfundamentalmente correcta. “Por regla general, basta hacer alusión al texto de la Constitución para construir una fundamentación iusfundamentalmente correcta concerniente a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. Ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 55.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, “La constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, ensayo escogidos*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 79.

¹⁶ GUASTINI, Ricardo, “Sobre el concepto de constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, ensayo escogidos*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 99.

derechos subjetivos de defensa del individuo frente a la actividad estatal; es decir, se les reconoce una dimensión subjetiva.

Esto es, ante una posible amenaza a la esfera intocable de derechos, el ciudadano se encuentra facultado para accionar la maquinaria judicial y realizar las gestiones tendientes a salvaguardar la misma. De ahí que se entienda la eficacia de las normas de derechos fundamentales en un plano unidireccional o vertical.

Sin embargo, es evidente que las disposiciones constitucionales al ser normas supremas se dirigen también a todas las relaciones que se presentan dentro de la sociedad, es decir, tienen como destinatarios tanto a los poderes estatales como a los individuos mismos¹⁷ pues, como ya ha sido precisado, incluso las relaciones jurídico-privadas tienen su sustento en algún derecho fundamental.

De la afirmación anterior, se desprende una segunda función de los derechos fundamentales, a la que denominaremos “objetiva”¹⁸. Así pues, los derechos fundamentales, representan “un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción”¹⁹.

Por lo que, si los derechos humanos gozan de un efecto irradiador en todos los sectores o estratos de la sociedad, es claro que los mismos, al ser valores de la sociedad, se extienden a aquellas relaciones que se desarrollan en un plano de igualdad. Esto, no sólo por la concepción objetiva de los derechos humanos sino también por la eficacia normativa de la Constitución, misma que al ser ley suprema

¹⁷ A este respecto, Gustavo Zagrebelsky indica que “Opera no sólo “verticalmente”, en el binomio libertad-autoridad, sino también “horizontalmente”, en la relación entre sujetos sociales”. *“La constitución y sus normas”*, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, ensayo escogidos*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 81.

¹⁸ Esta dimensión objetiva es reconocida a raíz de la “Teoría de irradiación de los derechos fundamentales”, misma que fue planteada en el Fallo Lüth emitido por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958. Dicho planteamiento refería que “los impulsos producidos por el compuesto de principios estructurados en forma de derechos fundamentales tienen un ámbito de aplicación tan expansivo que terminan por influir todas las áreas de la jurisdicción –llegan hasta donde tienen que llegar– o, en otros términos, producen un efecto dominó sobre todas las esferas del derecho con un perímetro de acción que, al parecer, sólo alcanza a ser delimitado por la jurisprudencia, a tal punto que surten efectos a priori frente a las relaciones entre particulares, lo que ha sido denominado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán como la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. Juan Antonio Barrero-Berardinelli, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958, 20 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 213-246 (2012).

¹⁹ Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth] dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

obliga no sólo a los entes públicos sino a los privados. Lo que nos lleva a afirmar una horizontalidad de los derechos fundamentales.

De ahí, que los particulares se encuentran obligados a proteger y respetar los derechos fundamentales contenidos en nuestro ordenamiento máximo, en el entendido que sólo deberán observar aquéllos que resulten compatibles con su naturaleza,²⁰ en virtud que del propio catálogo se desprenden ciertos derechos que únicamente pueden ser exigibles al Estado, como podría ser el de impartición de justicia. Sin embargo, como regla general podríamos concluir que los límites impuestos por la Constitución resultan también exigibles en las relaciones de coordinación.

I.2.3 Vías de incidencia de los derechos humanos

La incidencia de los derechos humanos en las relaciones particulares no es cuestionable pues ya ha quedado precisado el efecto irradiador de los mismos en todas las esferas del sistema jurídico. Sin embargo, la siguiente pregunta sería ¿de qué forma y en qué medida inciden los derechos humanos en dichas esferas?

El cuestionamiento anterior ha dado lugar al planteamiento denominado por algunos juristas como “problema de construcción de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, mismo que ha tratado de resolverse mediante diferentes teorías²¹:

- Eficacia inmediata o directa;
- eficacia mediata o indirecta;
- postura crítica de Schwabe;
- tesis del “deber de protección”; y el
- modelo de tres teorías de Robert Alexy²².

²⁰ Ejemplo de derechos fundamentales que deben ser protegidos y respetados por los particulares son los siguientes: derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la libertad de expresión, derecho a la protección de datos personales, derecho a un medio ambiente sano, derecho de trabajo, entre otros.

²¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl, *Derechos fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Perú, Grijley, 2009, p. 15.

²² Si bien dicha teoría no resulta relevante para el presente estudio, conviene señalar que la misma está compuesta por tres niveles: efecto indirecto entre terceros, efecto directo y la del efecto producido por medio de derechos frente al Estado.

Así pues, con la finalidad de dar una respuesta al problema de construcción al que ya se ha hecho referencia, sólo se abordarán dos de las posturas doctrinales más reconocidas y aceptadas: la eficacia mediata y la eficacia inmediata.

1.2.3.1 La eficacia mediata: mediación legislativa y judicial

La teoría de la eficacia mediata, representada por Günter Dürig, comulga hasta cierto punto, con la idea del Estado liberal pues, si bien acepta la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas derivado del efecto irradiador de los mismos, sigue considerando al Estado como sujeto pasivo, de ahí que se le atribuye una función de tutela y regulación. Esto es, a la luz de esta doctrina, la eficacia de los derechos fundamentales requiere forzosamente de la intervención de otros poderes estatales, específicamente del Poder Legislativo y Judicial; es decir, tiene que ser mediatizada.

Como bien lo indica Bilbao Ubillos, esta teoría aborda “la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a estos derechos. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso”²³.

No debe perderse de vista que esta tesis fue planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, cuya resolución fue emitida el 15 de enero de 1958 y en la que medularmente se expuso lo siguiente en relación con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales:

“Este sistema de valores²⁴, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción. De esa forma influye evidentemente también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu.

²³ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 283.

²⁴ Se refiere a los derechos fundamentales.

El contenido de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado por medio de las disposiciones que directamente rigen este ámbito jurídico. (...)

La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos a la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad están emparentadas con el Derecho público del que son un complemento, y en especial con el Derecho constitucional. (...)

Por mandato constitucional el juez ha de examinar si las disposiciones de Derecho civil que él debe aplicar materialmente están influidas por los derechos en la forma expuesta, y, en su labor de interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta en tales modificaciones del Derecho privado. (...)²⁵

De las consideraciones expuestas en la resolución del Caso Lüth, se desprende la participación de los Poderes Legislativo y Judicial, correspondiéndoles a cada uno dos acciones distintas en relación con los derechos fundamentales: legislar e interpretar, respectivamente.

Así pues, al Poder Legislativo se le atribuye la mediación de esta naturaleza, en virtud que a través del acto legislativo se incorporan, en las relaciones jurídico-privadas, los derechos fundamentales. De tal suerte, que los alcances y límites de los derechos son planteados directamente por el legislador mediante una determinada norma, en el entendido que éste tiene el deber de legislar dentro del marco del texto fundamental, evitando una contradicción entre el derecho privado o derecho civil y los derechos fundamentales²⁶.

Tal parece que esta doctrina no hace más que “legalizar” los derechos fundamentales, pues según su postulado, si los derechos fundamentales no han sido incorporados en algún ordenamiento jurídico por el legislador, los mismos no pueden incidir en las relaciones jurídico-privadas, pues supedita su inserción en ese tipo de relaciones a la existencia de una norma secundaria, planteamiento que atenta contra la

²⁵ Sentencia BVerfGE 7, 205-206 [Lüth] dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

²⁶ MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl, *op. cit.*, p. 21.

naturaleza misma de los derechos fundamentales pues, según J.M. Bilbao Ubillos “el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador”,²⁷ de lo contrario, sería simplemente un “derecho de rango legal”²⁸.

Ahora bien, tomando en consideración el carácter abstracto de la ley, es viable concluir que el legislador se encuentra impedido para detallar de forma sucinta las posibles lesiones que pueden sufrir los derechos fundamentales en una relación jurídico-privada. Dicha ausencia legislativa²⁹ nos lleva a advertir el carácter subsidiario del Poder Judicial que, a través del juez, realizará una interpretación de los derechos fundamentales tomando como base los principios y criterios valorativos.

Por lo anterior, es posible afirmar que la mediación judicial es presentada como “una más de las expresiones del principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución”³⁰ sin que se aborde de forma directa la verdadera incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Concluyéndose así, que en la eficacia mediata “quien en realidad está directamente constreñido por los derechos fundamentales es el poder público y no el particular. Si este último se encuentra vinculado a los derechos fundamentales es de forma indirecta”³¹, en cuanto a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y no como derechos subjetivos; advirtiéndose lo que Javier Mijangos denominaría como “*problema de protección*”, en virtud que no se advierte la existencia de una garantía judicial que pueda hacerse efectiva frente a violaciones cometidas por los particulares.³²

1.2.3.2 La eficacia inmediata

Contrario a lo afirmado por la teoría anteriormente presentada, la tesis de la eficacia inmediata o directa –*también llamada eficacia horizontal*- asevera que no es

²⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, *op. cit.*, p. 297.

²⁸ *Ídem*.

²⁹ ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 19.

³⁰ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa-IMDPC, 2007, p. 14.

³¹ *Ídem*.

³² MIJANGOS Y GONZÁLEZ, La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, México, Porrúa, 2004, p. XIV.

necesaria la participación de los poderes estatales para que los derechos fundamentales existan o cobren vigencia, sino que estos vinculan, de forma directa, las relaciones jurídico-privadas. Lo anterior, en razón que estos derechos no pueden ser entendidos como simples “normas de interpretación” sino como valores a los que les corresponde una protección universal,³³ esto es, como derechos subjetivos.

Esta teoría fue representada principalmente por Hans Carl Nipperdey y acogida por el Tribunal Federal Laboral alemán mediante las sentencias del 15 de enero de 1955³⁴ y 10 de mayo de 1957³⁵, en las que básicamente se resolvió que los derechos de igualdad, protección del matrimonio y familia, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, no eran simples derechos de defensa frente al Estado sino “normas de ordenación de la vida social”³⁶; motivo por el cual, los contratos de derecho privado no pueden lesionarlas ni muchos menos contradecir.

Sosteniéndose la anterior determinación en la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, específicamente, en su dimensión subjetiva y en la supremacía de la norma fundamental que los contiene. Por lo que “si los derechos fundamentales se conciben como derechos públicos subjetivos, la única manera de salvar esa condición es la de reconocer su eficacia frente a todos, tanto los poderes públicos como los poderes privados”³⁷.

Asumir lo contrario, implicaría dejar de considerar a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, convirtiéndolos en lo que Pedro de Vega denomina “derechos reflejos”³⁸ prescritos en la legislación ordinaria.

³³ MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl, *op. cit.*, p. 16.

³⁴ En dicha sentencia, se consideraron “nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos que habían establecido un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres”. *Ídem*.

³⁵ La sentencia “declaró la nulidad de una prescripción contractual de un contrato de trabajo y formación por el cual se preveía la disolución unilateral del vínculo laboral por parte del empleador en el supuesto que la dama empleada contrajese matrimonio. Esta (sic) había contraído matrimonio y fue despedida en aplicación de dicha cláusula contractual.” *Ibidem*, p. 17.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ DE VEGA GARCÍA, Pedro, *op. cit.*, p. 2329.

³⁸ A este respecto, Pedro de Vega refiere que los derechos de convertirían en lo que la doctrina italiana denomina “*diritti affieboliti*”, esto es, “instancias intermedias entre los verdaderos derechos subjetivos y los intereses ocasionalmente protegidos”. *Ídem*.

Si bien es cierto que esta teoría postula la incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones de coordinación, también lo es que dicha tesis no se presenta como absoluta; esto es, dicha eficacia no puede ser reconocida frente a todos los derechos fundamentales.

En efecto, no todos los derechos fundamentales resultan oponibles en las relaciones jurídico-privadas. De ahí que, para estar en condiciones de determinar su eficacia frente a particulares, resulta indispensable realizar un análisis detallado del contenido del derecho a fin de verificar si los particulares constituyen o no un sujeto pasivo.

A guisa de ejemplo, podemos citar el derecho humano de “impartición de justicia” que resulta oponible única y exclusivamente frente al Estado; mientras que el de “autodeterminación informativa” es exigible tanto frente a particulares como a entidades públicas.

No obstante lo anterior, como correctamente lo indica Anzures Gurría, el principal problema de los derechos fundamentales no es determinar si los mismos vinculan tanto a los poderes públicos como a los privados, sino que éste estriba en asegurar su accionabilidad a través de los medios de defensa que permitan remediar las violaciones cometidas por cualquier sujeto.

La inexistencia de estos medios de defensa nos llevaría simplemente a una aceptación de la doctrina pero a una completa ineficacia de los derechos fundamentales, convirtiéndolos simplemente en derechos legales.

I.2.4 La eficacia horizontal de los derechos humanos en el derecho comparado

La eficacia horizontal de los derechos humanos es una teoría que ha influido en diferentes jurisdicciones y ha sido objeto de tratamiento doctrinal y jurisprudencial pero no ha sido adoptada en forma explícita en los textos fundamentales de los Estados, a excepción de Portugal, que ha incorporado dicho postulado en su Constitución, tal como se analizará más adelante.

En ese sentido, la finalidad de este apartado es identificar la recepción que la tesis de la eficacia inmediata ha tenido en algunos países³⁹, sin que se pretenda realizar un análisis exhaustivo de su legislación doméstica pero sí de los casos que han marcado un parteaguas en el tema. Debido a la relevancia de los planteamientos realizados por los tribunales, se estudiarán únicamente los siguientes países: Portugal, España y Colombia.

a) Portugal

La importancia que Portugal reviste para este tema es fundamental en virtud que este país introdujo en su Constitución de 1976 la teoría de la eficacia horizontal. Dicha tesis se refleja en el artículo 18.1 del máximo ordenamiento, mismo que establece que “los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”.

Como puede advertirse, la recepción de la teoría en comento es incuestionable en virtud que de forma expresa se establece que los derechos y libertades contenidos en el texto fundamental son exigibles frente a entes públicos y privados.

b) España

España es un país que ha adoptado los postulados de la doctrina alemana de la eficacia inmediata o directa a través de la jurisprudencia y doctrina; sin embargo, la Constitución española de 1978, deja ver algunos tintes de dicha tesis, cuya interpretación ha sido objeto de análisis por diferentes juristas llegando incluso a ciertas contradicciones pero teniendo una conclusión coincidente.

³⁹ Vázquez-Gómez Bisogno se dio a la tarea de agrupar los países de Latinoamérica en tres sectores: los sistemas que admiten la eficacia horizontal de los derechos humanos, sistemas que la admiten restrictivamente y aquéllos que no lo admiten. Obteniéndose los siguientes resultados:

i. Sistemas que lo admiten en general: Argentina, Venezuela, Uruguay, Chile, Perú y Bolivia.

ii. Sistemas que lo admiten restrictivamente: Costa Rica, Guatemala y Colombia.

iii. Sistemas que no lo admiten: México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua.

VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO, Francisco, “El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos. Su relación con las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en México”, *ARS IURIS, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, núm. 49, julio – diciembre de 2011, p. 290.

Para estar en condiciones de comprender la recepción de la teoría alemana en España, es necesario analizar el contenido de algunos de los artículos de su Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sin que sea éste el momento de exponer las interpretaciones de las que han sido objeto sino únicamente concluir el tipo de incidencia que tienen los derechos fundamentales frente a las relaciones privadas.

El artículo 9.1 de la Constitución española prescribe que *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*, mandamiento que pone de manifiesto la supremacía de dicho ordenamiento frente a los entes privados y públicos, siendo incuestionable su eficacia en todas las relaciones sociales. Aspecto que se ve robustecido con lo señalado en el artículo 53.1 al afirmar que *“los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”*, artículo cuya intención es establecer la vinculación directa de los derechos fundamentales sin necesidad de desarrollo legislativo y no determinar los sujetos destinatarios de los mismos.

De igual manera, el artículo 53.2 –vigente- prescribe las garantías jurisdiccionales al señalar que *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo⁴⁰ ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*.

De una interpretación de los contenidos de los preceptos anteriores, es posible advertir la existencia de dos garantías distintas⁴¹: 1) amparo judicial, conocido por Tribunales ordinarios a través de un procedimiento reforzado y 2) amparo constitucional seguido ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁰ A través de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales pues, sin duda alguna, es posible encontrar derechos o libertades fuera de los capítulos indicados por el texto constitucional.

⁴¹ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, Editorial Civitas, S.A., 1986, p. 60.

Por lo que hace al amparo judicial, es claro que la intención del Constituyente fue otorgar una protección especial a los derechos fundamentales mediante una vía preferente y sumaria que fuera conocida por el Poder Judicial. De tal suerte, que los derechos fundamentales se convierten en objeto de aplicación de los Tribunales ordinarios, rechazando este sistema “aquellas concepciones originarias, en las que la presencia de un órgano encargado del control de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional) implicaba la exclusión del resto de órganos judiciales en materia constitucional”⁴².

Así pues, los Tribunales ordinarios se convierten en garantes de los derechos fundamentales a través de la protección general –*procedimientos ordinarios de legalidad*- y amparo judicial, cuyo objeto es el examen de violaciones de derechos fundamentales y no cuestiones de estricta legalidad⁴³.

La protección de los derechos fundamentales en sede ordinaria resulta incuestionable. Sin embargo, ninguno de los preceptos estudiados permite concluir la eficacia directa de los derechos pues se limitan a enunciar las dos garantías jurisdiccionales. Para esclarecer esta cuestión, es necesario conocer el contenido de los artículos 24.1 y 117.3 constitucionales, mismos que constituyen la línea hermenéutica que ha permitido que particulares inicien el denominado amparo judicial.

El contenido de los artículos 24.1 y 117.3 plantea la tutela general de los derechos al señalar que “*todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*” y “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”.

En efecto, la tutela general está encargada a los tribunales ordinarios, quienes conocerán de cualquier vulneración con independencia del origen de la lesión de derechos, lo que nos lleva a concluir que la legislación española reconoce, en sede de

⁴² MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, Los derechos fundamentales en..., *cit.*, p. 31.

⁴³ *Ibidem*, p. 38.

jurisdicción ordinaria, la eficacia de los derechos fundamentales frente a violaciones derivadas de relaciones particulares.

En relación a la segunda garantía jurisdiccional planteada por el texto constitucional –amparo constitucional-, éste protege frente a violaciones de los derechos y libertades *“originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”*, según lo indica el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La tutela referida desempeña un papel subsidiario, según lo refiere el artículo 41.1 del ordenamiento ya citada, al señalar que *“los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia (...)”*.

García Torres y Jiménez-Blanco indican que el amparo constitucional carece de carácter general y tiene como base un criterio de taxatividad pues limita su procedencia a aquellos “casos y formas” establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, misma que incluso establece una delimitación del ámbito objetivo de dicha garantía jurisdiccional, al resultar procedente sólo contra actos u omisiones de los poderes públicos (artículo 41.2).

No obstante lo anterior, la delimitación establecida en el artículo 41.2 ha sido cuestionada en diversas ocasiones. Sin embargo, dichas críticas no serán motivo de análisis en esta ocasión, por no ser el tema central de este estudio.

Lo verdaderamente relevante en este caso es identificar la solución que la Constitución española brinda a la problemática “construcción y protección” de la eficacia de los derechos fundamentales, en la que la salida ha sido la jurisdicción ordinaria y no por ello, como dirían García Torres y Jiménez-Blanco, “serán menos derechos

fundamentales, aunque, eso sí, carecerán de la protección del Tribunal Constitucional”⁴⁴.

c) Colombia

La recepción que la teoría de la *Drittwirkung* indirecta ha tenido en Colombia, llama la atención en virtud que “el Constituyente de 1991 previó expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, de ahí que no hayan tenido lugar los problemas procesales presentes en otros ordenamientos jurídicos”⁴⁵.

El artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991 establece, en su primer párrafo, la acción de tutela, misma que garantiza la protección inmediata de sus derechos fundamentales contenidos en dicho texto cuando estos resulten vulnerados “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Sin embargo, dicha tutela no sólo se garantiza frente a actos públicos pues, en la parte final⁴⁶ del numeral anterior la Constitución impone, al legislador, la obligación de establecer los casos en los que dicha acción de tutela procede en contra particulares. A este respecto, es importante señalar que el artículo algunas pautas para desarrollar el contenido del 86 constitucional al señalar tres supuestos genéricos que deben reunirse para la procedencia de la garantía constitucional: particular desempeñe algún servicio público, se actualice una afectación grave y directa al interés colectivo o se despliegue con motivo de un estado de subordinación o indefensión.

Con la finalidad de dar cumplimiento al mandato constitucional establecido en el artículo 86, se emitió el Decreto No. 2.591 de 1991, en cuyo artículo 42 se desarrollan los supuestos específicos de procedencia. Dichos supuestos fueron regulados de forma tal, que el legislador señaló, de forma taxativa, los derechos fundamentales cuya violación, de acuerdo a su consideración, permitían el ejercicio de la acción de tutela, esto es, restringía la procedencia de la misma.

⁴⁴ GARCÍA TORRES, Jesús y Jiménez-Blanco, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ ESTRADA, Alexei Julio, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una aproximación del caso colombiano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, p. 2445.

⁴⁶ “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Los supuestos planteados por el legislador ordinario fueron revisados por la Corte Constitucional colombiana a través de las sentencias C-134 de 1994 y C-378 de 2010,⁴⁷ y declarados inconstitucionales por la Corte, quien concluyó lo siguiente:

“el legislador, desconociendo el espíritu del Constituyente y uno de los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pretenda limitar el radio de acción de la tutela (...) la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura de las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones.”⁴⁸

La declaratoria ya referida, ha dado lugar a que, en la práctica jurídica, se invoquen los supuestos generales previstos en la Constitución y no los específicos regulados en el Decreto.

A manera de conclusión, es claro que el ordenamiento colombiano permite aplicar las garantías constitucionales en las relaciones particulares, principalmente en aquellos casos en los que se transita de una relación de coordinación a una de subordinación; lo que pone de manifiesto el desgaste de la teoría clásica de los derechos fundamentales en los sistemas de jurídicos actuales.

I.2.5 La eficacia horizontal de los derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al igual que en la mayoría de los Estados, la teoría de la eficacia horizontal ha ido desarrollándose poco a poco a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al grado que actualmente, es posible afirmar un verdadero reconocimiento de la misma por parte de dicho órgano. Para llegar a esa conclusión, se exponen diferentes sentencias emitidas por la Corte Interamericana que han sentado precedente en la materia, sin que la intención sea ahondar en las mismas.

I.2.5.1 Primer acercamiento a la teoría de la eficacia horizontal

Para Mijangos y González, la evolución de esta teoría puede ser dividida en tres fases: 1) obligación de respeto y vigilancia de los derechos por parte del Estado; 2) los

⁴⁷ VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁸ Sentencia C-378 DE 2010, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, 19 de marzo de 2010, fundamentos jurídicos n° 4.3. y 4.4.

derechos fundamentales como obligaciones *erga omnes*; y 3) el establecimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El caso *Velásquez Rodríguez (1988)*⁴⁹ constituye el punto de partida de la primera fase. Dentro del análisis del fondo de esta sentencia, la Corte concluyó que toda violación a los derechos humanos es imputable al Estado independiente de su origen. Esto es, el Estado se encuentra obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado derechos fundamentales, debiendo asegurarse que dicha violación sea sancionada, restableciendo, en la medida de lo posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos.

Lo anterior es válido para cualquiera que sea “el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁵⁰.

Este caso, pone de manifiesto la postura de la Corte, para quien los actos privados tienen una trascendencia en la actuación del Estado cuando se trata de derechos fundamentales, en virtud que la violación realizada por los particulares acarrea una responsabilidad pública debido a la falta de debida diligencia en la protección de los derechos. Lo que nos permite concluir que, para la Corte, en ese momento, los derechos fundamentales efectivamente constituían límites al poder estatal⁵¹.

En la segunda fase, reviste especial importancia el caso *Blake Vs. Guatemala (1998)*⁵² toda vez que a partir del mismo se reconoce un efecto *erga omnes* de los

⁴⁹ El Estado demandado es Honduras, y según la sumilla de la ficha técnica del caso, éste se “refiere a la responsabilidad internacional del Estado hondureño por la detención y posterior desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez”. Los artículos violados son: 1 (Obligación de respetar los derechos), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la libertad personal).

⁵⁰ Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, sentencia sobre el fondo de 19 de julio de 1988, fundamento 177.

⁵¹ La Corte Interamericana tomó como base algunos de los postulados de la doctrina estadounidense de la “*state action*”, que dibuja la unidireccionalidad de los derechos fundamentales en virtud que los mismos sólo pueden ser invocadas ante un acto público. Mijangos y González, Javier, *op. cit.* p. 179.

⁵² El Estado demandado es Guatemala, y según la sumilla de la ficha técnica del caso, éste se “a la responsabilidad internacional del Estado por la ineficacia en la investigación y sanción de los responsables de la detención y muerte de Nicholas Blake”. Los artículos violados son 1 (Obligación de respetar los derechos), 13 (Libertad de pensamiento y expresión), 22 (Derecho de circulación y de residencia), 25 (Protección Judicial), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la libertad personal), 8 (Garantías Judiciales).

derechos fundamentales a través del voto razonado emitido por el Juez Cançado Trindade.

Si bien en este caso la Corte Interamericana se declaró incompetente para decidir sobre la presunta responsabilidad de Guatemala respecto a la detención y la muerte del señor Nicholas Chapman Blake en virtud que la misma fue producto de un ilícito penal de orden común con carácter de delito consumado, lo cierto es que el voto razonado emitido por el Juez brasileño esbozó una línea interpretativa para futuros casos al referir que:

“La consagración de obligaciones *erga omnes* de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*”⁵³.

Los casos seguidos a *Blake vs. Guatemala* recogieron el voto razonado de Cançado Trindade, siendo el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó Vs. Colombia (2010)* el que admitió la eficacia inmediata en la Corte Interamericana al señalar que los derechos contenidos en la Convención Americana gozan de un efecto *erga omnes*, de tal suerte que existe una obligación general de proteger a todas las personas de una posible vulneración de los mismos, refiriendo que dicha obligación se impone “no sólo en relación con el poder el Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”.⁵⁴

1.2.5.2 Reconocimiento de una eficacia inmediata

Si bien con los casos anteriores quedó sentada la teoría de la eficacia inmediata en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, fue la Opinión Consultiva 18/03 “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” la que la consagró. La solicitud de opinión consultiva fue presentada el 10 de mayo de 2002 por el Estado Mexicano con la finalidad de obtener, por parte de la Corte Interamericana una

⁵³ Caso Blake Vs. Guatemala, voto razonado del Juez Cançado Trindade, fundamento 28.

⁵⁴ Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó Vs. Colombia, sentencia del 17 de noviembre de 2004 relacionada, relacionada con las medidas provisionales respecto de la República de Colombia, fundamento 13.

interpretación en relación con el principio de igualdad y del deber de respeto de los derechos fundamentales contenidos en la Convención⁵⁵.

Los antecedentes de dicha opinión, así como las consideraciones de fondo no serán analizadas en el presente apartado por requerir las mismas de un estudio profundo; motivo por el cual, nos centraremos únicamente en los planteamientos relacionados con la eficacia de los derechos fundamentales.

A este respecto, la opinión consultiva sostiene las obligaciones *erga omnes* de los derechos fundamentales, haciendo referencia a una diversificación de las fuentes de violaciones de los mismos. Por lo que, afirma la existencia de una obligación de respeto de los derechos humanos protegidos; de ahí que deban ser respetados por los poderes públicos como por particulares⁵⁶.

En esa misma línea, el Juez Hernán Salgado Pesantes manifestó, en su voto concurrente, que uno de los principales puntos de la Opinión Consultiva es precisamente “establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros, en una concepción horizontal”.⁵⁷ Lo que implica que “los destinatarios de los derechos humanos –además del Estado (ámbito público)- son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares”⁵⁸.

Sin duda alguna, de la evolución que ha tenido esta doctrina en la jurisprudencia internacional es posible concluir que, en todo momento, la Corte Interamericana sostuvo la responsabilidad del Estado por cuanto a las violaciones cometidas por parte de particulares, estableciendo con posterioridad el alcance *erga omnes* de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para finalmente reconocer de forma expresa la eficacia horizontal de dichos derechos.

⁵⁵ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, 196.

⁵⁶ Opinión Consultiva 18/03, emitida el 17 de septiembre de 2003, fundamento 140.

⁵⁷ Voto concurrente emitido por el Juez Hernán Salgado Pesantes dentro de la Opinión Consultiva 18/03, emitida el 17 de septiembre de 2003, fundamento 17.

⁵⁸ Voto concurrente emitido por el Juez Hernán Salgado Pesantes dentro de la Opinión Consultiva 18/03, emitida el 17 de septiembre de 2003, fundamento 19.

I.3. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

I.3.1 Antecedentes

En el sistema jurídico mexicano, la recepción de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos está íntimamente relacionada con la evolución del concepto de poder público y con la finalidad del denominado juicio de amparo. Lo anterior, debido a la concepción que históricamente han tenido los derechos fundamentales en nuestro país, en virtud que desde tiempos remotos han sido entendidos como una limitación a la actividad estatal.

Así pues, el juicio de amparo nace precisamente con la finalidad de proteger los derechos fundamentales frente a violaciones cometidas por los poderes estatales⁵⁹. Siendo el primer ordenamiento en el que fue previsto, la Constitución yucateca de 1841 (artículos 8, 9 y 62), posteriormente en el Acta de Reformas de 1847 (artículo 25) y años más tarde, en las Constituciones de 1857 (artículos 100 y 101) y 1917 (artículos 103 y 107)⁶⁰.

Fue la Constitución de 1917, la que consagra el juicio de amparo como “el instrumento procesal sometido a la competencia de los tribunales federales y destinado a proteger las garantías individuales contra leyes o actos de la autoridad que las vulnerasen”⁶¹.

Desde su origen, se ha afirmado la improcedencia del juicio de amparo en contra de actos provenientes de particulares por carecer estos de “fuerza pública”. No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado, en algunos casos, la eficacia de ciertos derechos fundamentales en las relaciones privadas derivado de la supremacía constitucional; sin embargo, hasta el momento no se ha dado respuesta a

⁵⁹ No debe perderse de vista que la verdadera intención del juicio de amparo era el establecimiento de un modelo de revisión judicial similar al implantado en los Estados Unidos de América. Cfr. F. Tena Ramírez, “El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos”, cit., pp. 30-33.

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Acción de tutela y derecho procesal constitucional*, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, p. 331.

⁶¹ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 212.

lo que se denominó en apartados anteriores como el problema de protección de derechos.

1.3.1.1 Amparo en revisión 2/2000 como parteaguas en la adopción de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos

Con anterioridad al Amparo en revisión 2/2000⁶², es posible encontrar otros antecedentes, principalmente en la década de los sesenta, que discuten la vigencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, fue precisamente el amparo 2/2000 el que abordó de forma directa esta teoría; motivo por el cual, únicamente se analizará dicho antecedente.

Los antecedentes de este amparo en revisión los constituye un juicio de divorcio necesario en el que uno de los cónyuges ofreció como probanza, un registro fonográfico que contenía la grabación de una conversación telefónica sostenida entre su esposa y un tercero, de la que se corroboraba la conducta de adulterio en la que la primera incurría. El Juez de primera instancia no admitió dicho medio probatorio, por lo que el esposo interpuso recurso de apelación contra la resolución, revocando la Sala responsable del Tribunal Superior la misma y admitiendo, en consecuencia, la prueba. Fue precisamente dicha resolución la que constituyó el acto reclamado en el juicio de garantías materia de la revisión en comento.

El fondo del asunto fue analizado a través de los siguientes conceptos de violación expuestos por el recurrente: a) no se encontró acreditado en autos que las grabaciones consistían en conversaciones telefónicas; b) la existencia de las grabaciones no implica que las mismas se obtuvieron por medios ilícitos; y c) las grabaciones no fueron llevadas a cabo por autoridad alguna, por lo que no existe infracción al derecho contenido en el artículo 16 constitucional.

Es el último inciso el que resulta relevante para el estudio que nos ocupa pues, para llegar a una conclusión la Corte se cuestionó la eficacia del derecho a la privacidad de las comunicaciones, a fin de determinar si el mismo puede ser conculcado por un ente público o bien, puede constituir un ilícito constitucional a cargo de los particulares.

⁶² Sentencia dictada el 11 de octubre de 2000, cuyo ponente fue el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

Con lo anterior, nuestro máximo Tribunal incorporó un nuevo concepto en la jurisprudencia constitucional, a saber, “ilícito constitucional”, mismo que se actualiza ante la “omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la Constitución”.⁶³ Refiriendo la misma Corte que, para estar en condiciones de determinar si los particulares pueden o no cometer dicho tipo ilícito, es necesario determinar si del texto fundamental pueden extraerse principios universales dirigidos tanto a entes públicos como privados.

A este respecto, la Corte concluye que los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, de ahí que ambos pueden ser sujetos activos de un ilícito constitucional, en el entendido que éste implica no sólo una violación a los derechos fundamentales sino a cualquier mandato constitucional.⁶⁴

Es así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la multidireccionalidad de los derechos fundamentales, al aceptar que los mismos vinculan tanto al Estado como a los particulares, refiriendo que en el caso que estos últimos violen derechos fundamentales, dicha violación deberá ser entendida como un “ilícito constitucional”. Si bien la terminología usada por parte del máximo Tribunal ha sido criticada por diversos juristas, lo cierto es que el análisis realizado por el órgano en comento no deja lugar a dudas del tipo de incidencia de los derechos fundamentales. Desafortunadamente, el estudio no abordó los mecanismos para hacer frente a dichos ilícitos, lo que nos lleva a considerar de nueva cuenta el problema de protección de los derechos.

I.3.2 Protección en sede constitucional: El juicio de amparo

El juicio de amparo constituye el medio de control constitucional por excelencia en el sistema jurídico mexicano; teniendo como principal función la protección de los derechos fundamentales contenidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

⁶³ Sentencia dictada el 11 de octubre de 2000, considerando cuarto, p. 71.

⁶⁴ Asimismo, la Corte refirió en la sentencia en estudio que “toda violación a las garantías implica un ilícito constitucional pero no todo ilícito constitucional implica violación de garantías”.

Este medio de defensa tiene su fundamento en el artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo en el primero de ellos en el que se le otorga a los Tribunales de la Federación, además de otras, la competencia para conocer de “normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Lo anterior llama la atención en virtud que es el mismo texto fundamental el que limita la competencia de los Tribunales Federales a conocer únicamente normas generales, actos y omisiones de autoridades, dejando fuera aparentemente, los actos y omisiones de particulares; lo que nos permite concluir que estas últimas violaciones deberán ser conocidas por la justicia local o a través de medios ordinarios de defensa.

Por otro lado, es el artículo 107 constitucional el que establece que las conductas arriba mencionadas serán conocidas a través del juicio de amparo, proporcionado para tal efecto los principales lineamientos de dicho mecanismo, mismos que son detallados a través de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si bien la finalidad de este estudio no es el análisis del juicio de amparo, conviene señalar algunos de sus principales puntos para determinar si éste es adecuado para aducir violaciones a los derechos fundamentales originadas en relaciones privadas.

En ese sentido, tenemos que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, debiendo acreditarse la existencia de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que se alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por el texto fundamental y con ello se afecte su esfera jurídica⁶⁵.

El juicio de amparo se divide en dos tipos: amparo indirecto y amparo directo. El primero de ellos procede en contra de un amplio catálogo de actos señalado por el artículo 107 de la Ley Reglamentaria, centrándose las hipótesis normativas en aquellos

⁶⁵ Artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

casos en que se alegue la inconstitucionalidad de una ley y en actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo o bien, que hayan tenido lugar dentro de un procedimiento seguido en forma de juicio o fuera o después de concluido éste.

El juicio de amparo indirecto es biinstancial y en su primera instancia es conocido por el Juez de Distrito y su resolución puede ser recurrida a través de un Recurso de Revisión, conocido por los Tribunales Colegiados de Circuito o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en caso de reunirse los requisitos.

En relación con el juicio de amparo directo, éste funciona como una especie de recurso de casación, en virtud que procede en contra de sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo. Es uniinstancial y es conocido por los Tribunales Colegiados de Circuito.

Lo anterior nos permite concluir que, a simple vista, el juicio de amparo no constituye el medio de defensa adecuado para plantear violaciones a los derechos fundamentales cometidas por particulares, pues el texto fundamental limita su procedencia a actos u omisiones cometidas por autoridades. Dicha situación nos permite inferir que la ampliación del concepto de autoridad podría traer como consecuencia la posibilidad de presentar un amparo en contra de un particular.

1.3.2.1 Evolución del concepto de Autoridad

Ya ha quedado precisado que, desde su origen, el juicio de amparo sólo ha sido procedente en contra de actos u omisiones provenientes de autoridades. Sin embargo, este concepto ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, principalmente, a través de la jurisprudencia constitucional.

En un primer momento, el concepto de autoridad para efectos de amparo estaba íntimamente ligado a la doctrina de la “fuerza pública”, en el entendido que sólo los órganos de Estado tenían ese carácter. Sin embargo, en 1919 dicha concepción da un giro a través del caso Marcolfo Torres. El amparo fue interpuesto por Marcolfo Torres en contra de Canuto Ortega, que era un general de la Revolución, que, si bien no era

titular de un órgano de estado, era un titular que por cuestiones de hecho tenía a su cargo gente armada que podía someter terceros, dotándolo de los atributos de unilateralidad y obligatoriedad. Dicho asunto fue resuelto por la Corte mediante un criterio vanguardista, pues consideró a Canuto Ortega como autoridad para efectos de amparo, atendiendo a “la naturaleza del acto y no a la naturaleza de quien lo emite”.⁶⁶

Años más tarde, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abandonó el criterio progresista adoptado y afirmó que el carácter de autoridad para efectos de amparo únicamente puede ser atribuido a entidades que formen parte del Estado y que gocen del atributo de imperio⁶⁷. No obstante lo anterior, dicho criterio fue modificado en 1996, año en que la Corte determinó que los organismos públicos paraestatales pueden ser considerados como autoridad para efectos del amparo al emitir “actos unilaterales por los que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado”.⁶⁸

De igual manera, llama la atención un precedente más reciente en el que se discutió el carácter de autoridad para efectos de amparo de la Barra Mexicana Colegio de Abogados (2009) durante la suspensión de derechos de uno de sus asociados. Durante la sesión celebrada, diversos puntos de vistas fueron planteados: 1) la Barra Mexicana sí es autoridad debido a la eficacia horizontal de los derechos humanos, tomando en consideración la dimensión objetiva de los mismos; 2) la Barra Mexicana sí es autoridad en virtud que sus facultades han sido delegadas por una norma, y c) si bien los derechos fundamentales impactan en las relaciones particulares, el juicio de amparo no tiene una finalidad universal, por lo que la Barra Mexicana no puede ser considerada como autoridad⁶⁹. Dicho asunto fue resuelto tomando como línea argumentativa el inciso c).

Es así como el concepto de autoridad, para efectos de amparo, ha ido evolucionando al grado de no contar con claros lineamientos que nos permitan dilucidar

⁶⁶ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “*Hacia una nueva ley de amparo*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. I, p. 814.

⁶⁷ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *op. cit.*, p. 231.

⁶⁸ Sentencia del 14 de noviembre de 1996, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SJF, Novena época, Tomo V, febrero de 1997, Tesis P.XVII/97, p. 118).

⁶⁹ VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO, Francisco, *op. cit.*, pp. 269-271.

dicha cuestión, pareciera que su entendimiento va cambiando en función de la integración del máximo Tribunal Constitucional; sin embargo, lo que sí podemos afirmar es que lo conveniente sería regresar a ese criterio de 1919, en el que se atendía a la naturaleza del acto.

1.3.2.2.1. Análisis del concepto de autoridad responsable a la luz de la nueva Ley de Amparo.

En junio de 2011 dos reformas constitucionales impactaron de forma directa al sistema de impartición de justicia mexicano. Una de esas reformas fue en materia de derechos humanos y la otra, que resulta la más importante para efectos del tema que nos ocupa, la constituye la reforma en materia de amparo que implicó la promulgación de una Nueva Ley de Amparo (2 de abril de 2013).

Uno de los elementos novedosos incorporados en el nuevo ordenamiento, lo constituye el nuevo concepto de “autoridad” proporcionado en la fracción II del artículo 5⁷⁰, y a través del cual se amplía el alcance de la definición usada en años pasados, en virtud que se indica que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.

Este concepto, ha sido entendido como una especie de “amparo contra particulares”. Sin embargo, es importante señalar que gran parte de la comunidad jurídica no identifica la fracción incluida como un amparo contra particulares; mientras que otra, estima que la inclusión de dicha fracción posibilita la interposición de una demanda de amparo en contra de un particular por la violación de un derecho

⁷⁰ Artículo 5.- Son partes en el juicio de amparo:

(...)

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. (...)

fundamental, evidentemente, siempre que se reúnan ciertos requisitos establecidos en la fracción.

Así, la misma ley permite la interposición del juicio de amparo indirecto en contra de particulares siempre que estos realicen funciones equivalentes a los actos de autoridad (que se encuentran en un plano de subordinación) y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Por lo que, al analizarse a detalle los requisitos que deben cumplirse para que proceda el juicio de amparo tenemos que resulta muy sencillo acreditar ambas circunstancias. Lo anterior, en virtud que ya hemos evidenciado la fuerza que los poderes privados han cobrado en las relaciones particulares, lo que los coloca, en ciertas ocasiones, en un plano de subordinación frente al titular del derecho lesionado.

A guisa de ejemplo, es posible enunciar la relación entre patrón-trabajador, institución educativas-alumno, institución financiera-cuentahabiente, entre otras; siendo el común denominador en dichas relaciones la existencia de una fuerza dominante de la primera en relación con el titular de los derechos, lo que implica que en muchas ocasiones éste último debe “soportar” las conductas desplegadas por el patrón, empresa o banco en virtud del poderío que tienen en la sociedad, contando incluso con las características de unilateralidad, la imperatividad y coercitividad; lo que implica que desempeñan funciones equivalentes a las de una autoridad.

Ahora bien, por lo que hace al requisito consistente en la necesidad que sus funciones se encuentren determinadas por una norma general, tenemos que todas las relaciones anteriores se encuentran determinadas por una norma de ese tipo, por ejemplo Ley Federal del Trabajo (establece las obligaciones de los patrones), Ley General de Educación (establece las funciones de las instituciones educativas) y la Ley de Instituciones de Crédito (establece las funciones de las instituciones financieras).

En ese sentido, la inclusión de artículo resulta benéfica para los titulares de derechos humanos pues, deja abierta la puerta a la eficacia horizontal de derechos humanos, de tal suerte que podría interponerse un juicio de amparo indirecto en contra de un particular que reúna los requisitos anteriormente referidos, y que se encuentre violando los derechos humanos de los gobernados.

1.3.2.2 Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena y décima época.

La falta de medios de defensa exclusivos para hacer frente a las violaciones de derechos fundamentales por parte de particulares no ha sido motivo para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación niegue la existencia de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos humanos, pues en varias ocasiones ésta se ha pronunciado en relación a su existencia, señalando incluso aquellos derechos que tienen una incidencia en las relaciones privadas.

La Corte ha referido que en la sociedad actual, es cada vez más difícil advertir la diferencia entre los ámbitos público y privado, pues estos convergen en cierto aspectos en virtud de la constante relación que existe entre las diferentes estructuras sociales. Así pues, dicho órgano ha concluido que los derechos humanos deben ser “entendidos como garantías frente al poder, ya sea éste un poder público o un poder privado. No sería coherente un sistema que sólo defendiera a los ciudadanos contra la amenaza que representa el posible abuso proveniente del poder público y no los protegiera cuando la amenaza, que puede ser tanto o incluso más grave que la anterior, tenga su origen en un poder privado”.⁷¹

Tomando como base las anteriores consideraciones fácticas, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha aceptado la eficacia horizontal de algunos derechos: derecho a un medio ambiente adecuado⁷², derecho de propiedad⁷³, respeto a las personas con discapacidad⁷⁴, libertad de expresión y derecho al honor⁷⁵.

⁷¹ I.3o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597.

⁷² I.4o.A.569 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1665. Dicha tesis refiere que dicho derecho se desarrolla como “un poder de exigencia y un deber de respeto erga omnes a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”.

⁷³ 2a. XXVII/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 359. Dicho derecho exige de “los particulares un deber de no afectación, garantizado a través de la obligación positiva de los poderes públicos de impedir la violación injustificada del derecho de posesión de otros”.

⁷⁴ 1a. VII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 633.

⁷⁵ 1a. LXX/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1 p. 888.

Lo anterior, refleja la línea hermenéutica que la Corte adoptará en los próximos casos; sin embargo, queda esperar que no se presente un retroceso en el tema como ya ha acontecido en otras cuestiones.

I.3.3 Protección en sede ordinaria.

Como ya se ha comentado, en 2011 tuvieron lugar dos reformas que trascendieron en el mundo jurídico nacional. Una de ellas ya ha sido mencionada en apartados anteriores, mientras que la segunda es la que nos interesa en este punto: la de derechos humanos.

El tercer párrafo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...)”, lo que evidencia la existencia de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Dicho control implica la obligación constitucional de todos los operadores jurídicos (incluidos los jueces del orden común) de observar el contenido del texto fundamental, facultándolos para pronunciarse en relación con los derechos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales, sin que puedan emitir declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales.

Lo anterior implica, que cualquier violación a los derechos fundamentales puede ser planteada en sede ordinaria. De tal suerte que, ante la inexistencia de un medio de defensa que le permita a los gobernados plantear violaciones a derechos fundamentales por parte de sus iguales, es posible accionar otras técnicas procesales para obtener, por parte de jueces ordinarios, el pronunciamiento de inconstitucionalidad. Para lo cual, será necesario recordar que “más allá de su tarea natural de legalidad es obligatoria el mandato de observar el Derecho internacional”⁷⁶ y nacional de los derechos humanos.

Desafortunadamente, dicha opción no resulta la ideal para dar respuesta al problema de protección de la *Drittwirkung* pero es, hasta el momento, aquella que

⁷⁶ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Editorial Ubijus, 2009, p. 108.

nuestro sistema jurídico ha permitido, quedando aún pendiente verificar el pronunciamiento de la Corte en relación con lo que se ha denominado en párrafos anteriores como “amparo contra particulares”.

CAPÍTULO II.- LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y SUS MECANISMOS DE TUTELA

II.1 LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

II.1.1 El nacimiento de la sociedad de la información

En los últimos años, diversos desafíos tecnológicos han sido planteados en las sociedades con motivo del desarrollo informático que se ha suscitado. Al igual que cualquier fenómeno social, dicho desarrollo ha proporcionado a los sectores sociales diversas ventajas, pero también los ha colocado en una situación de vulnerabilidad al exponerlos a riesgos que, anteriormente, no existían.

Es un hecho que la sociedad actual ha adoptado nuevas formas de interacción y comunicación entre los individuos, facilitándose el acceso y recuperación de datos, lo que ha dado lugar a la denominada sociedad de la información. Este último término es usado para “describir sistemas socioeconómicos en los que existe un alto empleo de ocupaciones relacionadas con la información y su difusión a través de tecnologías”⁷⁷, presentándose una fuerte demanda social de información por parte de instituciones privadas y públicas.

La inmediatez en la recopilación, procesamiento y transferencia de información, así como la rentabilidad comercial de los datos personales y el flujo indiscriminado de información⁷⁸ se han convertido en una fuente real de violaciones de derechos humanos, principalmente de aquéllos relacionados con la intimidad y privacidad de las personas debido a la cantidad de filtraciones de datos de cualquier índole que pueden llevarse a cabo. Dicha situación ha llevado al Derecho a replantearse la operatividad de este tipo de derechos, dotando a los individuos de facultades jurídicas que les permitan

⁷⁷ GARDUÑO VERA, Roberto, “La sociedad de la información en México frente al uso de Internet”, *Revista Digital Universitaria*, México, 10 de septiembre 2004, Volumen 5, Número 8, p. 3.

⁷⁸ BAZÁN, Víctor, “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, *Estudios Constitucionales*, Chile, 2005, Año 3, Número 1, p. 88.

hacer frente a las extralimitaciones⁷⁹ en que los sujetos de la sociedad de la información han incurrido.

Resultaría falso afirmar que el problema de la cuestión radica en la existencia de una lucha entre la sociedad cibernética y los derechos fundamentales, pues como lo asevera Víctor Bazán, el aspecto toral de la problemática es el abuso informático⁸⁰, mismo que puede desembocar en un perjuicio a los titulares de derechos y que debe prevenirse a través de la legislación correspondiente.

Las anteriores consideraciones fácticas han impactado de forma tal en el mundo jurídico que, tanto en los terrenos internacional como nacional, se han reconocido y adoptado diversos derechos, destacando de entre ellos el denominado como autodeterminación informativa.

II.1.2 Aproximación conceptual a la autodeterminación informativa

El alto volumen de datos que cotidianamente son tratados en la sociedad y la transgresión a los derechos de intimidad y privacidad presentada con motivo de dicho tratamiento propició que los juristas centraran su atención en el denominado derecho a la autodeterminación informativa⁸¹.

Este derecho tiene su fundamento en el concepto de intimidad y/o vida privada en virtud que su principal finalidad es ofrecer al titular de datos personales la tutela frente a un abuso informático o cualquier tratamiento automatizado o no de los mismos, en el entendido que se protegen tanto datos sensibles como aquéllos que sin pertenecer a una esfera íntima causan perjuicio al titular.⁸² Ejercitándose este derecho a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, mismos que serán analizados en posteriores apartados.

79 ORREGO, César Augusto, "Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento peruano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013, Año XIX, p. 317.

80 BAZÁN, Víctor, *op. cit.* p. 88.

81 Es importante destacar que para Oscar Puccinelli, este derecho constituye únicamente un aspecto de un derecho más amplio: "el derecho de la protección de datos". Sin embargo, la mayoría de los juristas han admitido este término para referir a la libertad de disposición sobre los datos personales.

82 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas data, Protección de datos personales, Ley 25.326 y reglamentación (Decreto 1558/2001)*, Argentina, 2002, <http://www.gozaini.com/web.html>

Así pues, la autodeterminación informativa o también llamada derecho a la protección de datos puede ser definida como “el conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos, especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automatizado de los datos personales”.⁸³

Para un mejor entendimiento de la definición anterior, conviene señalar que el respeto a los derechos a que se hace referencia estriba en la libertad del titular de decidir sobre el destino o tratamiento que se le dará a los datos, es decir, los titulares gozan del derecho a disponer de ellos, determinando qué datos se van a tratar, a quién se van a proporcionar, cómo, cuándo, dónde y para qué fin; lo anterior, para evitar que dichos datos sean utilizados a través de las nuevas tecnologías y causen algún tipo de perjuicio a sus titulares. Así pues, más que un derecho de propiedad sobre los datos es un derecho relacionado con la libertad en la disposición de estos.⁸⁴

Si bien la finalidad de este apartado no es proporcionar los antecedentes en la adopción del concepto de autodeterminación informativa, es importante referir que fue el Tribunal Constitucional Alemán, el primer órgano jurisdiccional en reconocer y explicar la protección otorgada a las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos⁸⁵ al anular la Ley de Censo de Población de 1982.

Dicha ley fue cuestionada en virtud que la entidad y cantidad de preguntas implicaba una violación a la libertad personal⁸⁶, argumentado el Tribunal en la sentencia (1983) que recayó a este asunto que, frente a las condiciones de aquella época, debía garantizarse la “protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona”, refiriendo de igual manera que el individuo tiene el derecho de “decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la vida

⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Año 11, Tomo II, p. 451.

⁸⁴ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, Argentina, 2011, http://www.gozaini.com/propios/22/habeas_data.PDF.

⁸⁵ CERDA SILVA, Alberto, “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, Chile, 2003, No. 3.

⁸⁶ *Ídem*.

propia.”⁸⁷ Siendo importante destacar, que dicho criterio fue recogido con posterioridad por el Tribunal Constitucional Español⁸⁸.

II.1.2.1 Dimensiones de la autodeterminación informativa

Para Víctor Bazán, la autodeterminación informativa, al igual que otros derechos fundamentales, tiene una doble dimensión: sustancial e instrumental⁸⁹.

Por lo que hace a la dimensión sustancial, ésta concibe la autodeterminación informativa como un derecho en sí mismo⁹⁰, completamente autónomo de otros derechos conexos como el de intimidad, debido a que su finalidad consiste en la protección de la persona frente al uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos,⁹¹ lo que se protege mediante el derecho de intimidad.

Para arribar a la anterior conclusión, basta revisar los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales –*principalmente los alemanes y españoles*⁹²- que en la materia se han desarrollado, en donde no sólo se le ha otorgado el carácter de derecho humano a la autodeterminación informativa, sino que también el de una libertad fundamental.

La dimensión instrumental supone que la autodeterminación informativa permite garantizar otros derechos, situación que, según Lucas Murillo de la Cueva, incrementa su relevancia como derecho fundamental. Algunos juristas han referido que la autodeterminación informativa podría ser instrumental o estar relacionada con el

⁸⁷ Sentencia del 15 de diciembre de 1983 emitida por el Tribunal Constitucional Alemán.

⁸⁸ Sentencias 254/1993 del 20 de julio de 1993 y 124/1998 del 15 de junio de 1998.

⁸⁹ Si bien la mayoría de los juristas no admiten esta terminología, implícitamente hacen referencia a esta doble dimensión al abordar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa.

⁹⁰ BAZÁN, Víctor, *op. cit.*, p. 70.

⁹¹ Sentencia STC 254/1993 del 20 de julio de 1993 emitida por el Tribunal Constitucional Español.

⁹² En la sentencia STC 94/98 del Tribunal Español afirmó que la Constitución “consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona (...) pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios”. Para una explicación detallada sobre la sentencia del Tribunal Español que abordan la dimensión sustancial de la autodeterminación informativa, consultar MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Núm. 104, abril-junio 1999.

derecho a la intimidad, al honor, a la vida privada, a la dignidad personal, al olvido, al secreto a la información e incluso con la libertad sindical⁹³.

II.1.3 Los datos personales

De las anteriores consideraciones, es posible advertir que el derecho a la autodeterminación informativa tiene como objeto principal los datos, pero no cualquier tipo de datos sino lo datos personales.

El vocablo dato, proviene del latín “*datum*” -“lo que se da”-⁹⁴ y para Óscar Puccinelli, éste constituye un elemento circunscrito y aislado que requiere de una interconexión con otros datos a fin de adquirir el carácter de información y pueda, por tanto, proporcionar una referencia determinada. Esto es, un dato será solamente una referencia, pero no será información sino hasta que se combine con otros datos y se convierta en fuente de conocimiento.

En la medida en que dichos datos se convierten en información y proporcionan a terceros un perfil concreto de una persona física identificada o identificable/determinable⁹⁵ podemos hablar de datos personales, en el entendido sus titulares tendrán el derecho a la reserva y confidencialidad de los mismos con la finalidad de garantizar una esfera de intimidad.

II.1.3.1 Datos de identificación

Como ya ha quedado señalado, la autodeterminación informativa protege los datos personales independiente del hecho que los mismo sean o no sensibles. Así pues, existe un tipo de datos –*datos de identificación*– que, sin ser sensibles, están sujetos de igual manera al principio de reserva y confidencialidad.

Los datos de identificación son aquéllos que no inciden de forma directa en la vida privada de las personas, de tal suerte que no darían lugar a discriminación, burla

⁹³ Para un mayor conocimiento sobre la instrumentalidad de la autodeterminación informativa en la libertad sindical, consultar la sentencia STC 11/1998 emitida por el Tribunal Constitucional Español.

⁹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁹⁵ Para Gils Carbó una persona será “determinable” cuando su identidad pueda establecerse de forma directa o indirecta al asignársele características específicas.

o tratos diferenciados, es decir, se trata de datos lisos y llanos. El nombre, domicilio y edad entran en este grupo de datos.

Debido a que su incidencia en la vida íntima o privada de las personas no se ve vulnerada, su tratamiento y manejo es un tanto diferente.

II.1.3.2 Datos sensibles y patrimoniales

Los datos sensibles y patrimoniales (estos últimos también tienen el carácter de sensibles) son reconocidos por, prácticamente, todas las legislaciones internacionales.

Son datos sensibles “aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual”.⁹⁶

Si bien el anterior concepto ha sido tomado de la legislación mexicana, tenemos que la mayoría de los conceptos contenidos en legislaciones internacionales convergen en básicamente los mismos puntos.

Para Osvaldo Gozaíni, los aspectos que se protegen mediante los datos sensibles se concentran en dos grupos. El primer agrupamiento se conforma por la información personal de carácter sustantivo: origen racional o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical. Este mismo autor, refiere que dichos aspectos deben ser considerados como “ultra sensibles” en virtud que exceden la dimensión de la privacidad, debiendo concedérseles protección y tratamiento especial con la finalidad de evitar agravios a la condición humana⁹⁷. En el segundo grupo, encontramos el estado de salud y las preferencias sexuales, a los que Gozaíni ha denominado “especialmente sensibles” debido a que “atienden a cuestiones

⁹⁶ Fracción VI del artículo 3 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

⁹⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Hábeas data, Protección de datos personales, Ley 25.326... op. cit.* p. 23.

íntimas de las personas, aunque afectan el comportamiento o a cuestiones más externas”.⁹⁸

Por lo que hace a los datos patrimoniales a que nos hemos referido, tenemos que los mismos forman parte de los llamados sensibles a pesar que no se enuncien expresamente en el listado recién señalado. A este respecto, no debe perderse de vista que en aras de proteger la intimidad y privacidad de las personas, debe verificarse la sensibilidad de otros datos que no estén ahí incluidos, teniendo presente que la definición legal proporcionada es únicamente enunciativa más no limitativa.

Así pues, es claro que los datos patrimoniales han sido aceptados implícitamente en las legislaciones por su sensibilidad. En ese sentido, tenemos que estos datos revelan información económica de una persona, encontrando como ejemplo los estados de cuenta así como la información relativa a los ingresos, egresos e inversiones.

II.1.4 La autodeterminación informativa en el ámbito internacional

La autodeterminación informativa carece de un reconocimiento en la mayoría de los tratados internacionales en virtud que la problemática de las tecnologías informáticas es prácticamente reciente. No obstante lo anterior, en años anteriores (1890), la autodeterminación informativa fue abordada en función del derecho a la intimidad o vida privada;⁹⁹ sin embargo, el presente estudio no abordará dichos antecedentes¹⁰⁰ sino únicamente aquéllos en los que se ha abordado de forma directa la autodeterminación informativa.

Como lo señala Alberto Cerda, el debate internacional sobre los límites que debían imponerse frente a la sociedad de la información con la finalidad de garantizar

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ No debe perderse de vista que uno de los antecedentes del derecho a la autodeterminación informativa basada en el derecho a la privacidad surge en el derecho anglosajón, específicamente en el caso Warren Vs. Brandeis que versa sobre el tratamiento que la prensa dio a ciertas consideraciones relacionadas con la hija de Warren. Para mayor información sobre este caso consultar: Warren, E.D., y L.D. BRANDEIS: El derecho a la intimidad (traducción española de The Right to privacy), Introducción de Benigno Pendás, Madrid, Civitas, 1994.

¹⁰⁰ Algunos de estos antecedentes son: Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 12), Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (artículo 8), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (apartado 2).

y proteger los derechos humanos surge en 1968 durante la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán celebrada por Naciones Unidas.

Siguiendo en esa línea universal, como lo llamaría Víctor Bazán, el 14 de diciembre de 1990, Naciones Unidas emitió la Resolución 45/95, a través de la cual se establecieron los principios de licitud, lealtad, exactitud, finalidad, acceso de la persona interesada (contempla también la rectificación y supresión de datos), no discriminación, seguridad, entre otros como rectores en la reglamentación de ficheros computarizados de datos personales. De igual manera, sugiere la creación de una autoridad de control competente para velar por la correcta aplicación de estos principios rectores.

De igual manera, conviene tomar en consideración las recomendaciones emitidas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, destacando: “Recomendación relativa a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y a los flujos transfronterizos de datos personales” adoptada el 23 de septiembre de 1980, “Declaración relativa a los flujos transfronterizos de datos no personales” adoptada el 11 de abril de 1985, la “Recomendación relativa a las directrices de política criptográfica” adoptada el 2 de marzo de 1997 y la “Declaración relativa a la protección de la intimidad en las redes globales”¹⁰¹.

El 28 de enero de 1981, el Consejo de Europa adoptó el Convenio 108, también denominado “Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”, cuyo objeto y fin, según su artículo 1, es garantizar el respeto de derechos y libertades fundamentales, “concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»)”. Cabe señalar que dicho Convenio contiene un capítulo especial dedicado al flujo transfronterizo de datos.

Asimismo, reviste especial importancia 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

¹⁰¹ BAZÁN, Víctor, “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa...”, *op.cit.*, p. 91.

circulación de estos datos, a través de la cual se pretende regular el flujo transfronterizo de datos.

Por otro lado, en el año 2000, el Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea aprobó la “Carta de Derechos Fundamentales”, cuya versión revisada fue proclamada en el 2007. En el artículo 8 de dicha Carta se reconoce el derecho de toda persona a la protección de datos de carácter personal, concediéndole de igual manera los derechos de acceso y rectificación.

II.1.5 Regulación de la autodeterminación informativa en México

Sin duda alguna, México no quedó exento de los estragos que la sociedad de la información ha causado en el ámbito de la privacidad e intimidad de los individuos; motivo por el cual, los derechos de acceso a la información pública y autodeterminación informativa se constitucionalizaron en el 2006 y 2009, respectivamente, adoptándose con posterioridad, los ordenamientos que específicamente regulan la materia.

II.1.5.1 Consideraciones preliminares

Después de un amplio debate, en el 2006, se incorporó al texto fundamental el derecho de acceso a la información pública en su artículo 6, incluyéndose como parte de la reforma dos excepciones al principio de máxima publicidad¹⁰². De entre dichas excepciones, encontramos “la información que se refiere a la vida privada y los datos personales” misma que “será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”.

Derivado de la reforma anterior, se publica el 11 de junio de 2002, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Federal, misma que delineó aspectos fundamentales del tratamiento de la información personal, siendo uno de sus inconvenientes el señalar como sujetos obligados única y exclusivamente a las entidades públicas, escapando de su ámbito de regulación los entes privados.

¹⁰² TENORIO CUETO, Guillermo A., “La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental en México”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional)*, España, 14, 2010, p. 812, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/8300/1/AD_14_2010_art_40.pdf

Dicha circunstancia implicó una ausencia de regulación de aquellas bases de datos administradas por particulares, lo que hasta cierto punto hacía imposible la tutela efectiva del derecho a la protección de datos frente a ese tipo de instituciones, ya que era necesario recurrir a ordenamientos jurídicos que someramente regulaban este tipo de derechos, principalmente a aquéllos relacionados con los derechos de los consumidores y los relativos al sector financiero¹⁰³.

Así pues, como consecuencia del desarrollo de esta materia en el plano internacional, en junio de 2009, se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que constituye el fundamento para la protección de datos personales en posesión de particulares, dado lugar a la publicación de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares el 5 de julio de 2010.

Indudablemente, la reforma constitucional anterior supone no sólo el otorgamiento de rango constitucional a este tipo de derechos que, si bien ya estaba regulado en materia pública quedaba desprotegido por cuanto hace a las relaciones particulares, sino también implicó señalar a los particulares no sólo como titulares de derechos humanos sino también sujetos que pueden lesionar derechos fundamentales, dejando de lado lo que se ha denominado teoría clásica de los derechos fundamentales.

En ese sentido, es este último punto lo que interesa para efectos del presente estudio; motivo por el cual, en los posteriores apartados únicamente se analizarán aquellos aspectos que se vinculan con la autodeterminación informativa en relaciones de coordinación, en virtud que lo relativo a la información pública supone un análisis distinto debido, precisamente, a la existencia de un ordenamiento jurídico independiente.

II.1.5.2 Artículo 16 constitucional

Como ha quedado precisado con anterioridad, el 1 de junio de 2009 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la reforma mediante la cual se incorporó el derecho

¹⁰³ Tenorio Cueto, Guillermo A., "Análisis crítico de la protección de datos en México", en Tenorio Cueto, Guillermo A. (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 52.

de protección de datos o autodeterminación informativa como Derecho Humano en el sistema jurídico mexicano. Dicho párrafo señala lo siguiente:

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

Del párrafo anterior, se concluye que, mediante la reforma analizada, se elevaron a rango constitucional los derechos conocidos como ARCO, esto es, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que se ejercen en relación con los datos personales. Así, el hecho de ser considerados expresamente por la legislación mexicana como derechos humanos, hizo pensar que los mismos podrían ser ejercidos a través de una eficacia directa pues, al estar consagrados en la Carta Magna, las autoridades mexicanas adquieren la obligación de respetar y ningún juez puede rehusarse a proteger dicho derecho fundamental.

En esa tesitura, es claro que la reforma constitucional confiere a los gobernados la posibilidad de hacer efectivos los derechos ARCO; sin embargo, la falta de un mecanismo legal que permitiera la defensa de los mismos –*no hay que perder de vista que la legislación reglamentaria fue publicada un año después de la reforma constitucional*- hacía prácticamente ineficaz el derecho a la protección de datos personales; motivo por el cual dicha reforma impuso al legislador una tarea especial.

De ahí que la importancia de la reforma constitucional radica no sólo en el hecho de incluir en forma expresa la protección de datos personales sino que ésta se extiende al mandato constitucional impuesto al legislador mexicano, que consistió en la promulgación de una ley que fijara las bases y lineamientos para proteger adecuadamente el derecho consagrado en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, lo que permitiría determinar si el legislador dotaría de una eficacia directa a dicho derecho o si establecería un mecanismo de protección exclusivo para la sustentabilidad de dicho derecho, como ha sucedido en otros marcos constitucionales.

II.1.5.2.1 Derecho de acceso

El derecho de acceso es aquél que le permite a una persona determinada solicitar y obtener información¹⁰⁴ sobre el tipo de datos que obran en el archivo de una institución, independientemente del hecho que los datos que ahí figuran se hayan obtenido o no de forma legal. En el entendido que el acceso versa no sobre el dato sino que se dirige a la base de datos que los contiene.

En otras palabras, este derecho es “la entrada” a la base de datos de una institución para verificar la existencia de datos con la finalidad de decidir con posterioridad sobre el destino que se les dará a los mismos,¹⁰⁵ puede entenderse como la llave a los derechos de rectificación, cancelación u oposición.

Para Osvaldo Gozaíni, el derecho de acceso es análogo a la acción exhibitoria del *Hábeas Corpus* en virtud que a través de mismo se solicita “se traigan los datos”.

De conformidad con la legislación mexicana, este derecho queda satisfecho cuando se ponen a disposición del titular los datos personales o bien, se expiden las copias simples, documentos electrónicos o cualquier otro medio previsto en el aviso de privacidad.¹⁰⁶

II.1.5.2.2 Derecho de rectificación

En diversas legislaciones, el derecho de rectificación es analizado de forma independiente al derecho de actualización. Para la doctrina, el primero tiene como presupuesto la inexactitud o error en el dato; mientras que el segundo, supone la falsedad de la información o la insuficiencia de la misma¹⁰⁷.

¹⁰⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El proceso constitucional de Hábeas Data”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ACUÑA, Juan Manuel (coords.), Curso de derecho procesal constitucional, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011, p. 416.

¹⁰⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas data, Protección de datos personales, Ley 25.326... op. cit.* p. 13.

¹⁰⁶ Artículo 33 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

¹⁰⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El proceso constitucional de Hábeas Data”, op. cit. p. 417.

En México, no existe diferencia alguna entre el ejercicio de los derechos rectificación y actualización, pues ambos quedan comprendidos en la rectificación, permitiéndose la corrección de datos inexactos o incompletos.

La legislación mexicana establece como requisitos para el ejercicio de este derecho los siguientes: indicar a qué datos se refiere, indicar la corrección que debe realizarse y acompañar la documentación que ampare la procedencia de lo solicitado.¹⁰⁸

II.1.5.2.3 Derecho de cancelación

A través del derecho de cancelación se solicita el cese en el tratamiento de los datos por parte del responsable y su posterior destrucción. En el caso de México, tenemos que dicho derecho no se lleva a cabo de forma automática, sino que una vez realizada dicha solicitud, ésta da lugar a un periodo de bloqueo, cuya duración será “equivalente al plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento en los términos” de la ley de la materia.¹⁰⁹

Cabe mencionar que la cancelación de datos procede respecto de la totalidad de los datos o bien, sobre una parte de ellos.

II.1.5.2.4 Derecho de oposición

El derecho de oposición supone la negativa del titular a que sus datos sean tratados para fines específicos. Esto es, la finalidad no consiste en lograr la supresión de los datos sino simplemente manifestar la inconformidad con cierto tratamiento.

Este derecho da lugar a la creación de un listado de exclusión, mismo que es definido por el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares como “Base de datos que tiene por objeto registrar de manera gratuita la negativa del titular al tratamiento de sus datos personales”.

¹⁰⁸ Artículo 104 del Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

¹⁰⁹ Artículo 25 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

II.2 EL PROCESO DE *HÁBEAS DATA*

II.2.1 Concepto y naturaleza del *Hábeas Data*

El tratamiento que el *Hábeas Data* recibe en los diferentes países ha permitido que éste tenga diferentes acepciones, dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontremos. Lo anterior es así, toda vez que en algunos Estados, éste ha sido entendido como derecho subjetivo, acción, garantía constitucional, proceso constitucional, procedimiento jurisdiccional especial y sumarísimo, recurso protectorio del derecho a la autodeterminación informativa, amparo especial, o bien, como derecho de protección de datos¹¹⁰.

La raíz etimológica de las voces empleadas en la expresión *Hábeas Data*, según Víctor Bazán, la encontramos en el latín “*habeo, habere*” que significa “tener, exhibir, tomar, traer” y el vocablo *data* que se refiere al acusativo neutro plural “*datum*” que significa “lo que se da, datos”.¹¹¹ De tal suerte que, en su conjunto, la expresión hace referencia a lo siguiente: “que se traiga o exhiba el dato”. Como ya había sido precisado con anterioridad, el *Hábeas Data* suele asociarse con la acción exhibitoria del *Hábeas Corpus*, en el entendido que lo que busca proteger es el dato y no el cuerpo.

Así pues, para Alfredo Gozaíni y Nogueira Alcalá¹¹², el *Hábeas Data* es un proceso constitucional¹¹³ que tiene como objeto asegurar el acceso a la información que de la persona afectada tengan registros o bancos de datos públicos o privados, a fin proteger la vida privada, intimidad, imagen, buena reputación y honra de las personas¹¹⁴. Refiriendo que, para el primer autor, el *Hábeas Data* supone cuatros finalidades adicionales: la de actualizar los datos que puedan estar atrasado en el registro, corregir la información inexacta, asegurar la confidencialidad de cierta información para que no trascienda a terceros y cancelar datos sensibles.

¹¹⁰ BAZÁN, Víctor, “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa...”, *op.cit.*, p. 90.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 91.

¹¹² Es importante señalar que Nogueira Alcalá no emplea la expresión “proceso constitucional” pues para él se trata de un acción jurisdiccional protectora de ciertos derechos humanos, lo que desde nuestro punto de vista, supone la aceptación de tratarse de un proceso constitucional.

¹¹³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, *op. cit.* p. 201.

¹¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, p. 458.

En otras palabras, el *Hábeas Data* supone una vía judicial adecuada, que en este caso resulta ser la constitucional, para proteger un derecho humano como lo es el derecho a la autodeterminación informativa.

El concepto anterior nos lleva a plantearnos la naturaleza jurídica de dicha figura, para lo cual resulta conveniente formular la siguiente interrogante: ¿por qué constituye el *Hábeas Data* un proceso constitucional?

Para dar respuesta a dicho cuestionamiento, es necesario, primeramente, señalar que los procesos constitucionales constituyen instrumentos jurisdiccionales de configuración legal y constitucional, destinados a resolver litigios relativos al ordenamiento constitucional, relacionados principalmente con la tutela de los derechos y libertades fundamentales,¹¹⁵ en el entendido que será la naturaleza de las pretensiones la que otorgue la calidad de proceso constitucional.

Bajo estos parámetros, es posible concluir el carácter de proceso constitucional del *Hábeas Data*, mismo que está dado por la calidad de los derechos que intenta proteger, a saber, el atributo de derecho fundamental de la autodeterminación informativa. En ese sentido, si los procesos constitucionales tienen como finalidad la vigencia del orden constitucional¹¹⁶, al ser el objeto del *Hábeas Data* la resolución de conflictos en los que se encuentran inmerso un derecho humano, resulta claro que la pretensión es constitucional y, por tanto, su carácter de proceso constitucional se actualiza.

La naturaleza de proceso constitucional del *Hábeas Data* ha sido adoptada por la mayoría de los países latinoamericanos,¹¹⁷ refiriendo que se ha consagrado como acción jurisdiccional dentro de las acciones constitucionales protectoras de derechos humanos, en otros casos como un procedimiento autónomo o bien, como subsidiario de la acción de amparo o tutela de los derechos fundamentales.¹¹⁸ Llamando la atención

¹¹⁵ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁶ ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco Del, "La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México", en Tenorio Cueto, Guillermo A. (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 114.

¹¹⁷ Es importante destacar que, según García Belaunde, tanto en los Estados Unidos de América como en los principales ordenamientos europeos, el *Hábeas Data* figura como institución procesal común.

¹¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, p. 458.

que la práctica ha sido otorgarle, a dicha figura, una condición constitucional,¹¹⁹ independientemente que se trate o no de un proceso autónomo.

A este respecto, hay autores –*Víctor Bazán y otros*- que afirman que para hablar de un verdadero proceso de *Hábeas Data*, es necesaria la existencia de una vía principal y directa para la protección de la autodeterminación informativa; mientras que otros, como Alfredo Gozaíni, insisten en que no es equivocada la adopción del *Hábeas Data* como una modalidad del amparo en virtud que la comunión de ambos procedimientos se encuentra en la tutela judicial efectiva.

Las anteriores doctrinas son, sin duda alguna, objeto de discusión entre los juristas, sin embargo, dicho análisis excede la finalidad del presente estudio, para lo cual únicamente conviene precisar que en ambas posturas el *Hábeas Data* es entendido como un proceso constitucional.

II.2.2 Bienes jurídicos tutelados en el *Hábeas Data*

En diversas ocasiones nos hemos referido a la autodeterminación informativa como el objeto del *Hábeas Data*. Sin embargo, dicho derecho no es el único que se garantiza mediante dicho proceso pues tiene diversas proyecciones. Como lo señala Herrán Ortiz, el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa lo constituyen los instrumentos o medios directamente relacionados con la protección de la intimidad personal.

Para Gozaíni¹²⁰, los bienes tutelados en el *Hábeas Data* se extienden a los siguientes derechos¹²¹: derecho a la intimidad, derecho a la privacidad, derecho a la identidad personal, derecho a la información y el derecho a la autodeterminación informativa.

¹¹⁹ El jurista peruano García Belaunde señala que “nada impide que una institución como es el Habeas Data, nazca al margen de la Constitución y por ley expresa, si bien es cierto que estará destinada a la defensa de determinados derechos con rango constitucional.” Para dicho jurista el verdadero problema estriba no en su ubicación sino en su eficacia. Para mayor detalle de esta doctrina consultar: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Perú, Marsol Perú Editores S.A., 1996.

¹²⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, *op. cit.* pp. 36-57.

¹²¹ Es importante destacar que la intención de este apartado no es llevar a cabo un análisis detallado de estos derechos, simplemente nos limitaremos a hacer una relación entre el mismo con el derecho a la autodeterminación informativa y señalar de qué forma el *Hábeas Data* los tutela.

a) Derecho a la intimidad

La relación existente entre la autodeterminación informativa y el derecho a la intimidad ha sido analizada por la doctrina, concluyendo un grupo de juristas que ambos derechos suponen nociones distintas; mientras que hay quienes afirman que la correcta regulación del derecho a la protección de datos impide la invasión a la esfera íntima de los individuos.

Para arribar a una conclusión es necesario analizar el concepto del derecho en estudio, para lo cual se tomará como base el derecho francés, mismo que definió el derecho a la intimidad como “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida de la que tenga el poder de alejar a los demás”¹²², definición que se acerca la formulación del “*right to be alone*” recogido en el caso Warren Vs. Brandeis que ya sido referido anteriormente.

El concepto anterior nos permite determinar que, si la finalidad del derecho a la intimidad es mantener una esfera secreta de vida, es claro que el proceso de *Hábeas Data* tiene a su cargo su tutela al “privilegiar la libertad de las personas para resolver qué aspectos de su vida permite se hagan públicos a través de la información compilada”,¹²³ en el entendido que será la autodeterminación informativa la que le permita tener acceso a sus datos, rectificarlos o cancelarlos.

Si bien el derecho a la intimidad está relacionado con el honor, la propia imagen, la fama o reputación, la reserva y confidencialidad, el derecho al olvido y la verdad, es necesario que el primero se ubique en relación con el tratamiento de datos de una persona para verificar si el acto lesivo puede ser remediado a través del *Hábeas Data*¹²⁴; de lo contrario, tendrían que ejercitarse acciones de otro tipo de naturaleza que también tutelen la intimidad.

¹²² SUÁREZ CROTHERS, Christian, “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, *Revista de Derecho*, Valdivia, volumen XI, diciembre 2000, p. 107.

¹²³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, *op. cit.* p. 36.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 40.

b) Derecho a la privacidad

Gozaíni refiere que la privacidad tiene un sentido activo a través del cual se impide que terceros se ocupen de la vida privada de otros. Siendo su principal diferencia con el derecho a la intimidad la amplitud del concepto, pues no contempla sólo aquellos aspectos de la esfera íntima de la persona, sino que se extiende a ámbitos exteriores.

Este mismo autor refiere que el derecho a la privacidad constituye el ámbito natural del *Hábeas Data* en dos sentidos: se impone como una barrera para evitar que la vida persona sea accesible a otros cuando el titular así lo dispone y de igual manera, se presenta como una acción positiva que tiene una función preventiva frente a agresiones que provienen de la revolución informática.

Su relación con la autodeterminación informativa radica en el control de los datos que le conciernen a una persona determinada así como la forma en que será utilizada por terceros.

c) Derecho a la identidad personal

El *Hábeas Data* toma al derecho a la identidad personal como uno de sus principales fundamentos. Según la Corte Colombiana, este derecho es definido como “un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”.¹²⁵

En ese sentido, este derecho se encuentra tutelado a través del *Hábeas Data* en la medida en que el titular reclama el acceso a la información contenida en un banco de datos o archivo determinado así bien, cuando controla la veracidad de los mismos a través del ejercicio del derecho de rectificación o actualización¹²⁶.

¹²⁵ ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y Carazo Vicente, Marcela, “Derecho a la identidad”, *Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Costa Rica, 1998, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1980/16.pdf>.

¹²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, *op. cit.* pp. 47.

d) Derecho a la información

Como señala Gozaíni, el derecho a la información¹²⁷ se encuentra también vinculado con el proceso de *Hábeas Data* en tanto permite al titular exigir a un banco de datos determinado la información que de su persona se guarde. Para el mismo autor, dicho derecho supone tres actividades distintas: libertad de investigar, de difundir y de recibir información y opiniones¹²⁸.

e) Derecho a la autodeterminación informativa

Las particularidades del derecho a la autodeterminación informativa ya han sido analizadas en apartados anteriores; motivo por el cual, deviene innecesaria su repetición.

II.2.3. Sujetos de *Hábeas Data*

En el proceso de *Hábeas Data* encontramos dos tipos de sujetos: activo y pasivo¹²⁹. En relación con el primero (sujeto activo), tenemos que es toda persona física o jurídica, cuyo derecho a la autodeterminación informativa está siendo violado o afectado, de tal suerte que desea obtener el acceso, actualización, rectificación y/o cancelación de sus datos que obran en algún fichero o archivo.

Los sujetos pasivos son titulares u operadores de bancos de datos y archivos, ya sean estos públicos o privados, en el entendido que dichos operadores pueden ser empresas o personas físicas¹³⁰.

Los bancos de datos o archivos serán públicos cuando estos les pertenezcan a los organismos del Estado, extendiéndose esta naturaleza, según Gozaíni, a los entes descentralizados, empresas públicas, sociedades estatales y dependencias locales.

Por otro lado, bancos serán privados cuando sean operados por entidades distintas a las del Estado, para el autor de referencia estos bancos son “destinados a proveer informes”, esto es, recolectan información para después proporcionarla a sus

¹²⁷ Es importante destacar que no nos referimos al derecho de acceso a la información pública, sino al derecho de información que le permite al titular de datos decidir sobre el destino de los mismos.

¹²⁸ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, op. cit., p. 52.

¹²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, op. cit., p. 458.

¹³⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia)*, op. cit., p. 69.

clientes. Ejemplo de estos entes son: empresas de informes comerciales o financieros, bancos, financieras, comercios, colegios profesionales, establecimientos educativos, clubes deportivos¹³¹ y cualquier organización que recabe datos e información de personas.

Es menester señalar que, en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, se excluyen como sujetos pasivos de *Hábeas Data* los registros privados de carácter personales que no tengan como finalidad proveer informes a terceros, así como aquellos archivos y fuentes de información periodísticas¹³². Es claro que no es posible generalizar dichas exclusiones pues, como ha quedado precisado, las mismas dependerán de la recepción doméstica del proceso en estudio.

II.2.4 Tipos de Hábeas Data

Para una mejor comprensión del campo de acción del proceso de *Hábeas Data* en el derecho latinoamericano, Néstor P. Sagués¹³³ ha propuesto una clasificación – *adoptada también por Oscar Puccinelli*¹³⁴– que atiende precisamente a sus potencialidades, refiriendo que la misma no se encuentra prevista en ordenamientos jurídicos, sino que ha sido creada para fines didácticos, en el entendido que será la práctica jurídica la que adicionará tipos o subtipos a la clasificación que aquí se presenta.

Las clasificaciones propuestas por los juristas ya mencionados contemplan ocho tipos de *Hábeas Data*, de los cuales se desprenden sus respectivos subtipos:

a) *Hábeas Data* informativo: Su finalidad consiste en recabar los datos contenidos en archivos públicos o privados destinados a proveer informes. Se divide en los siguientes subtipos: 1) *exhibitorio*, a través del cual es posible tener conocimiento sobre los datos que obran en un archivo determinado, implica el ejercicio del derecho

¹³¹ *Ídem*.

¹³² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, p. 459.

¹³³ SAGÜES, Néstor Pedro, “El hábeas data en Argentina (orden nacional)”, *Ius et Praxis*, Chile, vol. 3, núm. 1, 1997 Universidad de Talca Talca, pp. 143-146.

¹³⁴ PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Evolución histórica y análisis de las diversas especies, subespecies, tipos y subtipos de habeas data en América Latina. Un intento clasificador con fines didácticos”, *Vniversitas*, Colombia, núm. 107, 2004, pp. 487-500.

de acceso; 2) *localizador*,¹³⁵ su finalidad es identificar/localizar el archivo o base de datos en que obre la información que está ocasionando el acto lesivo; 3) *finalista*, permite al titular de los datos conocer la finalidad de los mismos, esto es, para qué y por qué fueron recabados; y 4) *autoral*, su objetivo es determinar quién fue el responsable que recabó los datos.

b) *Hábeas Data* aditivo: Su propósito es agregar datos que no fueron asentados en los archivos o bases de datos. Se divide en los siguientes subtipos: 1) *actualizador*, consiste en poner al día información que, por el transcurso del tiempo, ha quedado obsoleta; 2) *aclaratorio*, cuya intención es disipar cualquier confusión que pudiera surgir en relación con cierta información, bajo el entendido que la misma es cierta; e 3) *inclusorio*, a través del cual se inserta información en un archivo que ha omitido la misma.

c) *Hábeas Data* rectificador: Supone la corrección de datos inexactos o incompletos, se ejercita mediante el derecho de rectificación expuesto en apartados anteriores.

d) *Hábeas Data* reservador: Implica la adopción de las medidas de seguridad necesaria para preservar la confidencialidad de los datos recabados en virtud que su divulgación supone algún daños. Es menester señalar, que dicha divulgación podrá llevarse a cabo en los casos en que se la misma satisfaga un interés público.

e) *Hábeas Data* cancelatorio: Su objetivo es lograr la supresión de cierta información, refiriendo que en algunas legislaciones es necesario que la misma tenga el carácter de sensible; mientras que en otras, dicha calidad no es exigible. Se ejercita mediante el derecho de cancelación.

Además de los tipos anteriores, Óscar Puccinelli¹³⁶ amplía dicho catálogo a cinco especies adicionales: *disociador*, *encriptador*, *bloqueador*, *asegurador*, *impugnativo* y *resarcitorio*. Sin embargo, los mismos no serán analizados en virtud de ser los

¹³⁵ Este subtipo es introducido por Óscar Puccinelli.

¹³⁶ Para un análisis detallado de estas subespecies de *Hábeas Data* consultar PUCCINELLI, Oscar Raúl, *op. cit.*, pp. 487-500.

anteriormente estudiados los que se relacionan de forma directa con las finalidades del proceso que nos ocupa.

II.2.5 El *Hábeas Data* en el derecho comparado

La adopción del *Hábeas Data* en las diversas jurisdicciones se ha dado a través de distinta forma. Como ha quedado señalado en algunos casos, éste ha sido incorporado en el texto fundamental como un proceso constitucional autónomo, mientras que en otros constituye una especie del amparo.

En ese sentido, la finalidad de este apartado es conocer el escenario en el que se desarrolla el *Hábeas Data* en algunos países latinoamericanos, principalmente en aquéllos que regulan a nivel constitucional dicho proceso o bien, el derecho a la autodeterminación informativa. Es menester señalar que el caso de México será analizado de forma independiente en posteriores capítulos.

a) Argentina

El párrafo tercero del artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina establece una modalidad de amparo específica, sin que se le otorgue el nombre de *Hábeas Data*. A través de dicha subespecie del amparo, toda persona está facultada para “tomar conocimiento de los datos a ella referidos y su finalidad”¹³⁷ que obren en archivos públicos o privados, “y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos”¹³⁸.

Por cuanto a la legitimidad activa, tenemos que la acción en comento sólo puede ser interpuesta por el titular de los datos, lo que implica que un individuo no puede tomar conocimiento sobre información de terceros. Mientras que la legitimidad pasiva recae en autoridades públicas o particulares¹³⁹.

En relación con la regulación procedimental del proceso en estudio, éste se encuentra detallado en la Ley 25.326 bajo el nombre de “*Acción de protección de los datos personales*”, que está dirigida tanto a entes públicos como privados, sancionada

¹³⁷ Artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina.

¹³⁸ *Ídem*.

¹³⁹ SAGUÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 139.

el 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el 30 del mismo mes y año. Es importante señalar que las disposiciones de la acción de amparo común y las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tiene una aplicación supletoria en la acción.

De conformidad con la Ley 25.326 es posible presentar, previo al Hábeas Data, un reclamo administrativo ante el responsable del archivo de datos que viole alguno de los derechos tutelados. Dicho reclamo administrativo actúa como vía concurrente¹⁴⁰ a la acción de protección de los datos personales.

En ese sentido, para el ejercicio del derecho de acceso, el afectado cuenta con dos alternativas: 1) acudir ante el órgano de control¹⁴¹; y 2) realizar una petición ante el responsable del archivo previo a la presentación de una demanda judicial¹⁴². Cuando el planteo se encuentra relacionado con la rectificación, actualización o supresión de datos, éste se deduce directamente a través de la demanda judicial¹⁴³.

b) Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional del Bolivia, aprobada el 25 de enero de 2009, contempla dentro de su sección III la “*Acción de protección de privacidad*”¹⁴⁴. A continuación se enlistan algunas de las particularidades de dicha acción:

- Puede ser iniciada por personas individuales o colectivas en aquellos casos en que consideren estar indebida o ilegalmente impedidas de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados contenidos en archivos o bancos de datos públicos o privados, y que afecten sus derechos fundamentales.

¹⁴⁰ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia), *op. cit.* 205.

¹⁴¹ Debe realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la Ley 25.326 y goza de autonomía funcional y actúa como órgano descentralizado en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Artículo 29 de la Ley 25.326.

¹⁴² Si el Hábeas Data se relaciona con litigios entre particulares, la resolución de los mismos le competará a la jurisdicción local; mientras que la justicia federal se encargará de litigios relacionados con archivos públicos.

¹⁴³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Hábeas Data (Doctrina y Jurisprudencia), *op. cit.* 69.

¹⁴⁴ Está regulada a partir del artículo 130 de la Constitución Política del Estado Plurinacional del Bolivia.

- Se sigue el procedimiento previsto para la acción de Amparo Constitucional.
- Cuando la acción es declarada procedente, el Juez o Tribunal ordena la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado.
- La decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional. Dicha decisión deberá ser ejecutada inmediatamente y sin observación.
- Los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria conocerán de las acciones de protección de privacidad y, en revisión, todas las salas del Tribunales Constitucional Plurinacional¹⁴⁵.

c) Brasil

La Constitución de la República Federativa Brasil de 1988 incorporó a su texto un amparo específico para llamada *Hábeas Data* –*primer país latinoamericano en adoptar dicha nomenclatura*- con la finalidad que las personas tuvieran conocimiento de la información que de ellas se almacenaba en los diferentes archivos públicos. Así pues, el sujeto lo constituye el titular de los datos –*nacional o extranjero*- y el sujeto pasivo, el Estado en su calidad de responsable de un banco de datos¹⁴⁶. A continuación, se indican algunas particularidades adicionales:

- El *Hábeas Data* se concede: para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; y para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo¹⁴⁷.
- Las autoridades que conocen de este proceso son: Tribunal Supremo, Corte Superior de Justicia, Cortes Regionales Federales, Jueces Federales, Jueces de Estado. La competencia de dichas autoridades dependerá del órgano que haya causado el acto lesivo¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

¹⁴⁶ SAGUÉS, Néstor Pedro, *“El habeas data: su desarrollo constitucional”*, México, UNAM, 1998, p. 864 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/39.pdf>

¹⁴⁷ Artículo 71 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

¹⁴⁸ Artículo 20 de la Ley 9507/1997.

d) Colombia

En anteriores apartados, se había indicado que la expresión *Hábeas Data* contaba con diversas acepciones, encontrándose en ella la de derecho fundamental. En ese sentido, tenemos que Colombia ha otorgado al *Hábeas Data* la condición de derecho fundamental, mismo que se consagra en el artículo 15 de su texto constitucional al señalarse “de igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas” refiriendo también que “en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respeta la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

Por lo que hace al aspecto procedimental es posible iniciar la acción de tutela para amparar el *Hábeas Data* y, por otro lado, el artículo 16 de la Ley Estatutaria 1266 del 31 de diciembre de 2008, establece la presentación de reclamo ante el responsable del banco de datos y sin perjuicio del ejercicio de la acción de tutela, en caso que el titular no se encuentre satisfecho con la respuesta a la petición, podrá recurrir al proceso judicial.

e) Costa Rica

La Constitución de Costa Rica no contiene norma expresa relacionada con el derecho a la autodeterminación informativa; sin embargo, algunos juristas han tratado de encontrar su sustento jurídico en los preceptos que consagran los derechos de libertad, privacidad, inviolabilidad de documentos y comunicaciones al momento de realizar algún tipo de reclamo judicial.

No obstante lo anterior, resulta necesario señalar que la expresión *Hábeas Data* sí ha sido adoptada en el desarrollo jurisprudencial de este país, refiriendo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido, a través de sus fallos,¹⁴⁹ su calidad de garantía de naturaleza procesal así como la existencia del derecho a la autodeterminación informativa.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Para un mejor entendimiento del tema consultar las sentencias 4.154-97, 7.175-97, 4.347-99 y 5.802-99 emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁵⁰ BAZÁN, Víctor, *op. cit.*, p. 40.

f) Ecuador

La sección quinta, específicamente el artículo 92, de la Constitución de Ecuador, regula bajo el capítulo de “Garantías jurisdiccionales” la “Acción de *Hábeas Data*”, cuyos lineamientos se indican a continuación:

- Toda persona tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico.
- Toda persona tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.
- La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación.
- La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la acción prevista cuya finalidad es garantizar judicialmente el derecho contenido en el texto fundamental, misma que pueda ser interpuesta cuando: a) se niega el acceso a la información; b) se niega la solicitud de actualización rectificación, eliminación o anulación de datos; y c) se da un uso a la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa¹⁵¹.

g) Guatemala

El artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala estipula que toda persona tiene “derecho de conocer lo que de ella conste en archivo, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización”.

Si bien el *Hábeas Data* no está constitucionalmente regulado como garantía constitucional, la salida que se ha encontrado ante la negatoria de operativizar este derecho ha sido la vía del amparo.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 61.

h) Honduras

En el artículo 182 de la Constitución Hondureña se reconoce la garantía de Hábeas Data así como el derecho a la autodeterminación informativa, entendido éste último como el derecho de toda persona a “acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registro públicos o privados y, en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/ enmendarla”. Las particularidades de la garantía se indican a continuación¹⁵²:

- Se ejerce sin necesidad de poder ni formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación en horas o días inhábiles.
- Es conocida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando se haya agotado el trámite administrativo correspondiente.
- La Sala de lo Constitucional tiene la obligación de proceder de inmediato para hacer cesar cualquier violación a los derechos del honor, intimidad personal o familiar y la propia imagen.
- Para su substanciación, se observará el procedimiento establecidos para el *Hábeas Corpus* o exhibición personal.

i) Panamá

El artículo 44 de la Constitución Política de la República de Panamá establece la acción constitucional de *Hábeas Data*, cuyos principales aspectos se enlistan a continuación:

- Su finalidad es garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.
- Permite también hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en la Constitución.
- Mediante esta acción se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

¹⁵² Artículo 182 de la Constitución de Honduras y 40 de la Ley sobre Justicia Constitucional.

- Se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial.

j) Paraguay

Al igual que Colombia, Paraguay regula su garantía constitucional de *Hábeas Data* mediante el artículo 135 del texto fundamental, mismo que refiere lo siguiente:

“Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.”

Como queda precisado en el contenido del precepto anterior, éste contempla lo relativo a registros de carácter público. En ese sentido, conviene precisar que es la Ley 1682 la que regula lo atinente a la información de carácter privado.

k) Perú

Si bien la acción de *Hábeas Data* se encuentra regulada en el texto fundamental, es la Ley 28.237 la que reglamenta la misma. Las particularidades de la acción son las siguientes:

- Procede en defensa de los derechos reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución¹⁵³.
- De igual manera procede para: 1) acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública; y 2) conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de

¹⁵³ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

(...)

datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros.

- Para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos tutelados, al menos que exista el inminente peligro de sufrir un daño irreparable.
- El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo.

l) República Dominicana

Al igual que otras Constituciones que han sido estudiadas en este apartado, la de República Dominicana, en su artículo 43, prescribe que toda persona tiene derecho a una acción judicial para plantear violaciones al derecho a la autodeterminación informativa frente a bancos de datos públicos y privados. Estableciéndose una excepción de procedencia al señalarse que no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

De conformidad con la Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales del 15 de junio de 2011, la acción de hábeas data se rige por el régimen procesal común del amparo.

m) Venezuela

El artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el derecho de toda persona de “acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registro oficiales o privados” así como “de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos (sic), si fuesen erróneos”.

No obstante el reconocimiento anterior, el principal problema radicó en la justiciabilidad de los derechos consagrados en el precepto anterior, determinando la Sala Constitucional que, ante la falta de la ley reguladora de dicho derecho, el mismo daba lugar a acciones autónomas distintas y no siempre vinculadas al amparo

constitucional,¹⁵⁴ reservándose la Sala la competencia como Jurisdicción Constitucional. Cabe destacar, que ha sido a través de sus fallos que la acción de Hábeas Data ha evolucionado, adoptándose en el 2003 un procedimiento judicial especial preferente y sumario.

II.3 LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES Y SU REGLAMENTO

II.3.1 Antecedentes

Un año después de la reforma al artículo 16 constitucional, 2010, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares a través de la cual se regularon los principales aspectos del derecho a la autodeterminación informativa. El contenido de dicha legislación puede ser dividido en dos partes: la parte sustantiva y la adjetiva.

Sin embargo, previo al análisis del contenido de la ley en comento, un aspecto importante a destacar es el hecho que el legislador mexicano optó por elegir al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos –*hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*- como el encargado de difundir el conocimiento del derecho regulado en la sociedad mexicana debido, probablemente, al hecho que el mismo Instituto es quien también está a cargo del tratamiento de la información personal en posesión de entidades públicas.

Ahora bien, retomando las dos partes que conforman a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, tenemos que en la parte sustantiva se establecen los sujetos regulados, quienes son los particulares, ya sean personas físicas o morales de carácter privado que lleven a cabo el tratamiento de datos personales.

De igual manera, se regulan los principios de protección de datos personales, los derechos de los titulares de datos personales, las atribuciones del Instituto Nacional

¹⁵⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. “*El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional*”, Bogotá, 2010, <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20638.%20PROCEDIMIENTO%20EN%20LAS%20ACCIONES%20DE%20HABEAS%20DATA.%201-10.doc.pdf>

de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, las autoridades reguladoras y demás cuestiones sustantivas.

Por lo que hace a la parte adjetiva, es importante destacar que entre los juristas se había generado cierta expectativa en relación con el mecanismo de protección que se establecería. Lamentablemente, las expectativas no fueron alcanzadas ya que el legislador prefirió, al igual que en el caso de la Ley Federal de Transparencia y Acceso Público a la Información Gubernamental, optar por una protección contenciosa administrativa.

Cabe señalar que la Ley en cuestión no se encuentra dividida en dichas partes, sin embargo, para fines académicos, se sugiere la misma ya que nos permitirá analizar con mayor facilidad los mecanismos legales que se prevén para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa o derecho a la protección de datos personales.

Desafortunadamente, el haber optado por ese tipo de protección no permite una tutela directa del derecho fundamental sino todo lo contrario, pues prácticamente imposibilita el contar con una resolución firme de manera pronta, ya que será necesario agotar diversas instancias en las que no se ventilará propiamente el respeto a la autodeterminación informativa sino que en tribunales de alzada se analizará solamente la legalidad del acto emitido por el órgano administrativo, específicamente, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

A este respecto, cabe señalar que en posteriores apartados se ahondará en esta crítica. Por el momento, basta señalar que la Ley en cuestión regula lo relativo al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; procedimiento de protección de derechos; procedimiento de verificación; procedimiento de imposición de sanciones; y lo relativo a las infracciones y sanciones administrativas.

II.3.2 Procedimientos administrativos

Como quedó señalado con anterioridad, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares establece una serie de procedimientos administrativos tendientes a tutelar el derecho a la autodeterminación informativa. A continuación, se expondrá brevemente en qué consisten cada uno de ellos.

II.3.2.1 Solicitud de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

El ejercicio de los derechos ARCO se realiza a través de una solicitud presentada ante el responsable, es decir, ante la persona física o moral que decide sobre el tratamiento de datos personales. En dicha solicitud, el titular de los derechos o su representante legal debe proporcionar¹⁵⁵: su nombre y domicilio, los documentos que acrediten su identidad, una descripción clara y precisa de los datos personales respecto de los que se busca ejercer alguno de los derechos anteriormente referidos y cualquier otro elemento o documento que facilite la localización de los datos personales.

Una vez presentada la solicitud, el responsable deberá emitir una respuesta al titular de los derechos, en un plazo máximo de veinte días contados a partir de la fecha en que se recibió la solicitud correspondiente, en la que le comunique si la solicitud realizada resulta o no procedente.

En caso que dicha solicitud resulte procedente, el responsable dará acceso al titular o realizará la rectificación o cancelación o bien, concederá la oposición al tratamiento de los mismos. La determinación adoptada deberá hacerse efectiva dentro de los quince días siguientes¹⁵⁶.

A este respecto, tenemos que la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales constituye una especie de procedimiento conciliatorio y puede ser equiparada al reclamo administrativo contemplado en otras legislaciones, en las que éste constituye un presupuesto procesal para el ejercicio del *Hábeas Data*.

II.3.2.2 Procedimiento de protección de derechos

Este procedimiento de protección de derechos¹⁵⁷ constituye una especie de segunda oportunidad para que el responsable adopte una determinación en relación

¹⁵⁵ Artículo 29 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

¹⁵⁶ Los plazos indicados podrán ser ampliado por una sola vez por un periodo igual.

¹⁵⁷ Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de los Particulares, Artículo 46.- La solicitud de protección de datos podrá interponerse por escrito libre o a través de los formatos, del sistema electrónico que al efecto proporcione el Instituto y deberá contener la siguiente información:

I. El nombre del titular o, en su caso, el de su representante legal, así como del tercero interesado, si lo hay;

II. El nombre del responsable ante el cual se presentó la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales;

con la petición del titular. Lo anterior es así, en virtud que el mismo se inicia dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que se comunica la respuesta al titular por parte del responsable, o bien, a partir que haya vencido el plazo de respuesta en los supuestos en que el responsable no emita contestación alguna.

Así pues, la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición constituye un presupuesto procesal para iniciar el procedimiento de protección de derechos lo que implica que, hasta este momento, la violación a los derechos del titular persiste sin que la autoridad administrativa emita algún pronunciamiento. No debe perderse de vista que, tomando en cuenta los plazos establecidos, entre la presentación de la solicitud líneas arriba referida y el inicio del procedimiento de protección de derechos median treinta y cinco días; situación que va poniendo en evidencia la carencia de una eficacia de estos derechos en nuestro país.

Ahora bien, una vez que se ha iniciado el procedimiento de protección de derechos por el titular de los mismos, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales notifica el escrito inicial a la responsable, quien tendrá un plazo de quince días para formular las manifestaciones que estime convenientes o bien, para ofrecer las pruebas pertinentes.

Tan pronto se admitan las pruebas, se ordena su desahogo y se les otorga a las partes un plazo de cinco días para que presenten sus alegatos finales. Posterior a estos actos, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales resolverá el procedimiento tomando en consideración las probanzas que hayan sido ofrecidas durante el desarrollo del procedimiento. Cabe destacar, que el plazo máximo para el dictado de resolución correspondiente es de cincuenta días.

III. El domicilio para oír y recibir notificaciones;

IV. La fecha en que se le dio a conocer la respuesta del responsable, salvo que el procedimiento inicie con base en lo previsto en el artículo 50;

V. Los actos que motivan su solicitud de protección de datos, y

VI. Los demás elementos que se considere procedente hacer del conocimiento del Instituto.

(...)

Ahora bien, en los casos en que la resolución¹⁵⁸ sea favorable para el titular de los derechos, el responsable tendrá un plazo de diez días para hacer efectivo el ejercicio de los mismos.

Es importante precisar que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales podrá, en cualquier momento del procedimiento, buscar una conciliación entre el titular de los datos y el responsable, cuyo acuerdo tendrá efectos vinculantes.

Por lo que hace a la parte práctica de este procedimiento, tenemos que el mismo resulta completamente gravoso, ya que los plazos establecidos para obtener una resolución son sumamente extensos, máxime si se toma en cuenta que la resolución que se emite en un procedimiento de protección de datos no implica de forma automática la efectividad del ejercicio de los derechos sino simplemente es un reconocimiento sobre la procedencia del procedimiento y se le otorga un plazo al responsable para que haga efectivos los mismos.

Sin embargo, lo cierto es que pareciera que el resolutivo que reviste mayor importancia en una decisión de este tipo, es aquél que ordena el inicio del procedimiento de sanciones mismo que, en caso de advertirse la comisión de una infracción, concluye con la imposición de una multa, sanción que en nada beneficia o perjudica al titular de los derechos, pues dicha multa es cobrada por el Gobierno Mexicano aún y cuando el titular aún no haya hecho efectivos sus derechos.

Asimismo, es importante señalar que la Ley de la materia no prevé ninguna medida provisional dentro del procedimiento, aunque puede inferirse que, bajo las reglas de supletoriedad¹⁵⁹, puedan pedirse medidas cautelares fundando dicha solicitud en otro ordenamiento legal, cuya aplicación sea supletoria.

¹⁵⁸ Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de los Particulares. Artículo 51.- Las resoluciones del Instituto podrán:

I. Sobreseer o desechar la solicitud de protección de datos por improcedente, o
II. Confirmar, revocar o modificar la respuesta del responsable.

¹⁵⁹ Se aplican de manera supletoria las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Hasta este punto hemos terminado con la primera instancia del procedimiento; sin embargo, dos instancias más se encuentran disponibles previo a que la resolución emitida por el Instituto correspondiente sea declarada firme.

Así pues, en contra de la resolución emitida por Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la parte vencida puede impugnar la decisión a través de un Juicio de Nulidad que se ventila ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, esto es, un tribunal contencioso administrativo, lo que implica que no depende del Poder Judicial de la Federación.

En dicho Juicio de Nulidad únicamente se plantean cuestiones relativas a la legalidad de la resolución impugnada y el Tribunal tarda de seis a ocho meses en emitir su resolución, misma que puede o no reconocer la validez de la resolución impugnada.

Asimismo, la resolución dictada por dicho Tribunal puede ser controvertida mediante un juicio de amparo directo ventilado ante un Tribunal Colegiado de Circuito que sí constituye un tribunal judicial; sin embargo, únicamente se podrán plantear cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de la resolución emitida por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. A este respecto, cabe destacar que el Tribunal Colegiado toma de seis a ocho meses para emitir la resolución correspondiente.

Por lo que una vez agotadas las instancias previas, estaremos en posibilidades de contar con una resolución firme, en el entendido que dicha firmeza no implica que de forma automática se hagan efectivos los derechos violado, pudiendo darse el caso que la sentencia no sea ejecutada hasta después de haber pasado algún tiempo considerable, pues en caso de iniciarse un procedimiento de sanciones, la resolución que le recaiga a éste también será susceptible de ser impugnada a través de las dos instancias anteriores.

II.3.2.3 Procedimiento de verificación

Asimismo, la Ley de la materia prevé un procedimiento de verificación, a través del cual se corrobora el cumplimiento de las resoluciones dictadas en los procedimientos de protección de derechos, o bien, se llevan a cabo en los supuestos en que se presume fundada y motivadamente la existencia de violaciones a la Ley de la materia, siempre que no se trate de los supuestos de procedencia del procedimiento

de protección de derechos. Para tal efecto se requiere al responsable la documentación necesaria o se realizan las visitas en el establecimiento en donde se encuentren las bases de datos respectivas.

Este procedimiento de verificación tiene una duración máxima de ciento ochenta días y se inicia de oficio o a petición de parte. Para el segundo de los casos, es necesario que se presente una denuncia que indique los hechos en los que se basa la misma así como el nombre del denunciante.

Para el correcto desarrollo de este procedimiento, personal del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales lleva a cabo visitas de verificación, para lo cual deberá estar provisto de la orden debidamente fundada y motivada, debiendo precisarse el lugar en donde se encuentra el establecimiento o bases de datos objeto de la verificación, el objeto de la visita, alcance de la misma y las disposiciones legales que la fundamente.

El procedimiento de verificación concluirá con la resolución que emita el Pleno Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, misma que puede instruir el inicio del procedimiento de sanciones o establecer un plazo para su inicio. Cabe destacar, que dicha resolución es recurrible mediante el juicio de nulidad seguido ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

II.3.2.4 Procedimiento de imposición de sanciones

Cuando con motivo de los procedimientos de protección de derechos o de verificación se determinen presuntas infracciones a la ley de la materia, el Instituto al que se ha hecho referencia tiene la posibilidad de iniciar el procedimiento de imposición de sanciones¹⁶⁰.

El procedimiento inicia con la notificación que se haga al presunto infractor, misma que irá acompañada de un informe que describa los hechos constitutivos de la

¹⁶⁰ Es importante señalar que, en este procedimiento, el titular de los derechos violados no constituye parte, pues la litis del mismo se reduce a determinar la comisión de infracciones.

presunta infracción¹⁶¹, otorgándole un plazo de quince días para que manifieste lo que a su derecho convenga y rinda las pruebas que considere convenientes.

Una vez desahogadas las probanzas ofrecidas, el infractor cuenta con cinco días para presentar sus alegatos. Al término de dicho plazo se cierra la instrucción y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales deberá emitir la resolución correspondiente en un plazo no mayor de cincuenta días, mismos podrá ser ampliado por una vez y hasta por un periodo igual.

¹⁶¹ Artículo 63 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares: Constituyen infracciones a esta Ley, las siguientes conductas llevadas a cabo por el responsable:

I. No cumplir con la solicitud del titular para el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales, sin razón fundada, en los términos previstos en esta Ley;

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

III. Declarar dolosamente la inexistencia de datos personales, cuando exista total o parcialmente en las bases de datos del responsable;

IV. Dar tratamiento a los datos personales en contravención a los principios establecidos en la presente Ley;

V. Omitir en el aviso de privacidad, alguno o todos los elementos a que se refiere el artículo 16 de esta Ley; VI. Mantener datos personales inexactos cuando resulte imputable al responsable, o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de los titulares;

VII. No cumplir con el apercibimiento a que se refiere la fracción I del artículo 64;

VIII. Incumplir el deber de confidencialidad establecido en el artículo 21 de esta Ley;

IX. Cambiar sustancialmente la finalidad originaria del tratamiento de los datos, sin observar lo dispuesto por el artículo 12;

X. Transferir datos a terceros sin comunicar a éstos el aviso de privacidad que contiene las limitaciones a que el titular sujetó la divulgación de los mismos;

XI. Vulnerar la seguridad de bases de datos, locales, programas o equipos, cuando resulte imputable al responsable;

XII. Llevar a cabo la transferencia o cesión de los datos personales, fuera de los casos en que esté permitida por la Ley;

XIII. Recabar o transferir datos personales sin el consentimiento expreso del titular, en los casos en que éste sea exigible;

XIV. Obstruir los actos de verificación de la autoridad;

XV. Recabar datos en forma engañosa y fraudulenta;

XVI. Continuar con el uso ilegítimo de los datos personales cuando se ha solicitado el cese del mismo por el Instituto o los titulares;

XVII. Tratar los datos personales de manera que se afecte o impida el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición establecidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

XVIII. Crear bases de datos en contravención a lo dispuesto por el artículo 9, segundo párrafo de esta Ley, y

XIX. Cualquier incumplimiento del responsable a las obligaciones establecidas a su cargo en términos de lo previsto en la presente Ley.

En caso que se acredite la comisión de una infracción, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales impondrá al responsable algunas de las sanciones contempladas en el artículo 64¹⁶² de la Ley de la materia, misma que van desde el apercibimiento hasta la imposición de una multa que puede ascender a 320,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Como se señaló con anterioridad, la resolución que le recaiga a dicho procedimiento puede ser impugnada mediante el Juicio de Nulidad y el Juicio de Amparo Directo.

¹⁶² Artículo 64.- Las infracciones a la presente Ley serán sancionadas por el Instituto con:

- I. El apercibimiento para que el responsable lleve a cabo los actos solicitados por el titular, en los términos previstos por esta Ley, tratándose de los supuestos previstos en la fracción I del artículo anterior;
- II. Multa de 100 a 160,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en los casos previstos en las fracciones II a VII del artículo anterior;
- III. Multa de 200 a 320,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en los casos previstos en las fracciones VIII a XVIII del artículo anterior, y
- IV. En caso de que de manera reiterada persistan las infracciones citadas en los incisos anteriores, se impondrá una multa adicional que irá de 100 a 320,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

En tratándose de infracciones cometidas en el tratamiento de datos sensibles, las sanciones podrán incrementarse hasta por dos veces, los montos establecidos.

CAPÍTULO III.- EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO COMO MECANISMO PARA TUTELAR LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

III.1 PROBLEMÁTICAS ACTUALES ASOCIADAS AL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

III.1.1 Los retos frente a las nuevas tecnologías

En los últimos años, los datos personales se han convertido en un activo de gran valía para las empresas, estableciéndose incluso modelos de negocio basados precisamente en el uso o tratamiento de dicha información, lo que ha dado lugar al reconocimiento del valor económico de esos datos bajo la premisa que la información es poder.

Es a través de los datos personales que cualquier entidad es capaz de generar perfiles de usuarios basados en sus hábitos de consumo, capacidad de pago, datos patrimoniales o comportamientos con la intención de mantener cautivos a sus clientes o bien, para identificar consumidores potenciales. Lo anterior, no sólo ha generado beneficios económicos en las empresas, sino que también son esos datos recopilados los que les han permitido tomar decisiones estratégicas¹⁶³ para impulsar su desarrollo comercial.

Las ventajas que los datos personales otorgan a las empresas colocan a sus titulares frente a la posibilidad de que se materialicen amenazas en contra de las bases de datos propiedad de entes privados y, sobre todo, los lleva a evaluar el impacto que generaría dicha materialización¹⁶⁴. Por lo que tiene razón Rodríguez Ayuso al señalar:

“...es fundamental tener en cuenta el riesgo que implica cualquier tratamiento de datos personales, así como cualquier otro riesgo que pueda derivarse de situaciones tales como violaciones de seguridad que pueden acarrear daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas, tales como pérdida de control sobre sus datos personales o limitaciones de sus derechos, discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión

¹⁶³ Asociación Mexicana de Internet, *Estudio sobre el valor económico de los datos personales*, 2016, https://clustertic.org/wpcontent/uploads/2016/06/valor_eco_Datospersonales_FINAL.pdf?fbclid=IwAR2pKSViBRY6mIHpFwjC1fJtiaaADUtXWzbruF-LdREnaPpgs_WXbwsOeko

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*, España, J.M. BOSCH EDITOR, 2019, p. 119.

no autorizada de la seudonimización, daños para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos personales sometidos al secreto profesional o cualquier otro perjuicio de carácter económico o social relevante para el interesado”¹⁶⁵

Los riesgos ante la materialización de las amenazas anteriores podrían ser de imposible reparación y la situación se agrava al considerar que las nuevas tecnologías, al facilitar el almacenamiento de datos en poco espacio y su interconexión, permiten su transferencia a una velocidad impresionante (prácticamente instantánea) que impide ejercer un control sobre los mismos, al grado que su titular puede desconocer en poder de qué entidades se encuentran sus datos.

Ante esta realidad es necesario identificar los medios de defensa que permitan a los afectados ejercer de manera directa los derechos ARCO y lograr el cese inmediato de las conductas que impliquen una vulneración al derecho a la autodeterminación informativa. La interrogante a responder es: ¿cuál es el medio de defensa que nos permite lograr ese objetivo?

III.2 PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE VIOLACIONES AL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

III.2.1 Las reformas constitucionales del 2011 y la tutela judicial efectiva

En capítulos anteriores se ha referido que, en el año 2011, se promulgaron dos reformas constitucionales que impactaron directamente al sistema de impartición de justicia mexicano. La primera de ellas se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de junio e incorporó cambios relevantes en el juicio de amparo. La segunda, publicada el 10 de junio, implantó lo que Sánchez Gil ha denominado una “nueva visión sobre los derechos de las personas”.

Para una mejor comprensión de las implicaciones de dichos sucesos jurídicos, se iniciará, en este apartado, con el análisis de la segunda reforma, esto es, aquella publicada el 10 de junio. Si bien esta reforma incluye cambios a diversos dispositivos constitucionales e introduce figuras como la interpretación conforme, el cambio del término “garantías individuales” por “derechos humanos” y otras relacionadas con la

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 120.

tutela de estos, para efectos del presente estudio, nos centraremos única y exclusivamente en el tercer párrafo del artículo 1º del texto fundamental.

En ese sentido, el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos introduce dos ideas principales:

- a) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.
- b) El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esta reforma impone, sin duda, un “nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos”¹⁶⁶ a través del cual se fija un parámetro de protección de dicho tipo de derechos, elevándolos al máximo nivel de eficacia posible¹⁶⁷ y convirtiéndolos en el núcleo del orden constitucional mexicano. Esto es así, ya que el precepto bajo estudio dispone que *todas* las autoridades, sin excepción, deben garantizar el goce pleno de los derechos humanos en favor de los gobernados.

A este respecto, conviene precisar que el compromiso que asume el poder estatal no implica una simple adhesión a los derechos humanos, ni mucho menos se limita a no entorpecer su disfrute sino a crear un marco propicio y favorable para el ejercicio pleno de los mismos pero, sobre todo, conlleva el establecimiento de garantías que puedan ser accionadas en aquellos casos en que exista un menoscabo y permitan “reparar los perjuicios que sufran cuando de una manera u otra se impida a las personas gozarlos al máximo posible”¹⁶⁸; esto, con independencia de que su violación provenga del poder público o de un particular.

Así pues, el Estado, a través de sus autoridades, principalmente las jurisdiccionales, está obligado a desarrollar su actividad con una “perspectiva de

¹⁶⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Reforma al juicio de amparo*, México, FCE- Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 23.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 11.

protección de los derechos de las personas”¹⁶⁹ procurando evitar que los gobernados se coloquen en una posición de indefensión en contra las violaciones que puedan sufrir y permitiéndoles el acceso a mecanismos que garanticen su tutela.

Lo anterior, sólo es posible si se cuenta con un recurso judicial efectivo que responda a las violaciones de derechos humanos que los gobernados plantean y al establecimiento de medidas cautelares adecuadas; lo que de ninguna manera implica que deba resolverse siempre a favor del gobernado, pero sí el establecimiento de un recurso que garantice su tutela

El derecho a un recurso judicial efectivo se encuentra contemplado en el artículo de 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A través de dicho instrumento internacional, los Estados asumen el deber de contar con un recurso sencillo y rápido, o con cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que amparen a las personas en contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la misma Convención. De dicho precepto es posible desglosar los siguientes elementos:

- a) Obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, eficaz para la tutela de derechos fundamentales;
- b) exige que el recurso sea efectivo;
- c) establece la posibilidad de que pueda ser interpuesto por la víctima de la violación;
- d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado;
- e) interpuesto en contra de actos público o cometidos por sujetos privados;
- f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y
- g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 88.

¹⁷⁰ CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, p. 70, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

De los elementos anteriores, el que reviste mayor relevancia es la efectividad del recurso disponible para la tutela de los derechos humanos. Dicha efectividad se presenta a través de dos aspectos¹⁷¹: la idoneidad y que verdaderamente sea efectivo.

La “idoneidad” implica el potencial del recurso “para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”¹⁷²; mientras que el segundo aspecto, esto es, que el recurso sea “efectivo”, supone que éste sea capaz de “cumplir con su objeto u obtener el resultado para el que fue concebido”¹⁷³ sin que sea dable que se reduzca a una mera formalidad.

De igual manera, ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha señalado que un recurso no será efectivo en aquellos casos en que sea “ilusorio, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales”.¹⁷⁴ De igual manera, Fernando M. Toller ha referido que un recurso no será efectivo cuando se produce la indefensión, no sólo por la lesión efectiva del derecho humano o perjuicio generado sino por no haber podido emplear en plenitud los medios de defensa.

De ahí que sea necesario que el Estado realice cuanto sea necesario para preservar o reintegrar el goce efectivo de los derechos amenazados o que se encuentren en estado de incertidumbre¹⁷⁵. Esto es, se requiere que el Estado diseñe un procedimiento que repare las violaciones a los derechos humanos y los proteja de manera vigorosa.

Así pues, el juicio de amparo ha sido, en México, ese recurso judicial efectivo que permitió, en su momento, proteger las denominadas “garantías individuales” y, a partir del 2011, garantiza el bloque de derechos humanos contenido en el texto fundamental y tratados internacionales pero, sobre todo, permite reparar las violaciones

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁷² *Ídem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 74.

¹⁷⁴ *Ídem*.

¹⁷⁵ TOLLER, Fernando, *El derecho a la tutela judicial efectiva: Fundamentos, implicaciones y derecho comparado*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. IV, p. 3237.

a los mismos. Es así, que las reformas del 2011, incluida la del 6 de junio de 2011¹⁷⁶, optimizaron su función como instrumento garante de los derechos humanos, intentando con ello responder a las necesidades que demandaba una sociedad tan compleja como la nuestra.

En ese sentido, y en aras de mejorar el sistema de impartición de justicia mexicano y como producto también de las reformas constitucionales del 2011, el 15 de septiembre de 2017 se incorporó, al artículo 17 constitucional¹⁷⁷, un mandato dirigido a las autoridades consistente en privilegiar la solución del conflicto presentado por el gobernado sobre los formalismos, lo que implica que se debe resolver con aquella “perspectiva de protección de los derechos de las personas” a la que Sánchez Gil hace referencia.

Sin duda, este mandato se traduce en la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a convertir los procedimientos disponibles, incluido el juicio de amparo, en recursos efectivos¹⁷⁸ e idóneos que lleven a los juzgadores a acatar el derecho a una tutela judicial efectiva y a los gobernados a obtener una solución a las violaciones de derechos humanos y la reparación correspondiente. De lo contrario, no sólo se estarían violando los artículos 1º y 17 constitucionales sino también el compromiso asumido por México frente a la comunidad internacional.

III.2.1.1 Ausencia de una vía principal y directa para la tutela del derecho a la autodeterminación informativa respecto a violaciones cometidas por particulares

El itinerario jurídico recorrido para la tutela de los derechos de acceso a la información pública y la autodeterminación informativa quedó precisado en capítulos anteriores.

¹⁷⁶ Si bien el motivo del presente estudio no es realizar un análisis exhaustivo de la reforma precisada, conviene precisar que Ley Reglamentaria de dicha reforma entró en vigor hasta el 3 de abril de 2013, esto es, año y medio después de la reforma constitucional.

¹⁷⁷ El mandato al que se hace referencia está contenido en el tercer párrafo y a la letra refiere lo siguiente: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.

¹⁷⁸ FERRER MAC-GREGOR Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 91.

Sin embargo, a fin de ofrecer un contexto que permita una mejor comprensión de lo aquí señalado, es importante reiterar la existencia de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. La primera proporciona los aspectos fundamentales del tratamiento de la información personal por parte de entidades públicas; mientras que la segunda, regula el mismo objeto pero señala como sujetos obligados a los entes privados, figura en la que se centra el presente estudio.

La necesidad de una ley reglamentaria para bases de datos administradas por particulares podría cuestionarse, sobre todo al considerar que la autodeterminación informativa constituye un derecho humano previsto en el artículo 16 constitucional. De ahí que, desde un sentido estrictamente jurídico, debería considerarse que, al estar contenido en nuestra Carta Magna, tiene una eficacia inmediata y directa y, por lo tanto, podría accionarse a través de una vía principal y directa.

No obstante lo anterior, el 5 de julio de 2010 se publicó, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, cuyo contenido fue descrito y analizado en capítulos anteriores. Sin embargo, para efectos de este apartado resulta necesario reiterar que dicho ordenamiento regula los siguientes procedimientos administrativos: solicitudes de acceso, rectificación, cancelación u oposición; procedimiento de protección de datos personales; procedimiento de verificación; y procedimiento de imposición de sanciones.

Así pues, de una revisión a la ley citada en el párrafo anterior, se advierte que el legislador optó por una vía de protección contenciosa administrativa, seguida ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, del derecho a la autodeterminación informativa frente a violaciones cometidas por particulares y no por una vía principal y directa.

La elección de una vía contenciosa administrativa implica que la finalidad del procedimiento consiste en lograr el restablecimiento de la legalidad afectada por los actos de autoridad administrativa¹⁷⁹ en perjuicio de los gobernados o por las

¹⁷⁹ VILLALOBOS ORTIZ, María del Consuelo, *Evolución y situación actual del contencioso administrativo federal en México*, México, 2013, p. 670, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/36.pdf>

resoluciones que pongan fin a controversias entre particulares pero que sean emitidas por la administración pública. Esto es, se reduce a la resolución de un conflicto entre autoridad administrativa y el gobernado y no a la tutela directa de un derecho humano.

El principal inconveniente en la adopción de la vía anterior radica en la ineficacia de dichos procedimientos para controvertir una violación al derecho a la autodeterminación informativa. Lo anterior es así, toda vez que a través de un mecanismo de esta naturaleza, el afectado no puede obtener de forma inmediata la restitución en el goce pleno del derecho vulnerado debido a los plazos tan extensos que prevé el ordenamiento y a la falta de medidas provisionales expresas que verdaderamente eviten un grave e irreparable daño en el titular afectado; sobre todo si se toma en consideración que el primer reclamo (solicitud de acceso, rectificación, cancelación y oposición) se dirige de forma directa al responsable del tratamiento de los datos personales quien, en la mayoría de los casos, continúa realizando la conducta violatoria del derecho.

De igual manera, debe considerarse que, para que la resolución de un procedimiento de esta naturaleza llegue a tener la calidad de cosa juzgada, el gobernado tendrá que pasar, además de dicho procedimiento, por los medios de impugnación correspondientes¹⁸⁰, a saber, juicio de nulidad y demanda de amparo directo. Lo anterior, nos lleva a concluir que, en aproximadamente dos años y medio, el afectado podrá tener una resolución firme; lo que, sin duda, “erosiona la vigencia y eficacia de la protección de los datos personales como Derecho Humano”¹⁸¹ y restringe el resultado del procedimiento a decretar una infracción acompañada de una sanción pecuniaria que, se insiste, no garantiza en el afectado el pleno goce del derecho violado.

Ahora bien, si analizamos lo anterior a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, particularmente la del tercer párrafo del artículo 1º en relación con el

¹⁸⁰ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *La protección de datos personales mediante una garantía constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2019, Serie Monografías, Volumen 4, p. 53.

¹⁸¹ ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco Del, “La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México”, en Tenorio Cueto, Guillermo A. (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 111.

numeral 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es evidente que nos encontramos ante una clara violación a dichos dispositivos.

Particularmente, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, a través de los recursos administrativos contenidos en la ley aplicable, no protege ni garantiza el derecho a la autodeterminación informativa ni mucho menos sanciona o repara las violaciones al mismo. En efecto, el recurso legal previsto para este tipo de violaciones no es efectivo ni idóneo, violando no sólo el bloque de constitucionalidad sino también el de convencionalidad.

De ahí que, como se ha precisado con anterioridad, el mandato convencional asumido por México, consistente en contar con un recurso sencillo y rápido o con cualquier otro recurso legal que pueda presentarse ante los jueces o tribunales competentes, que amparen a las personas en contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o en la Convención, no se satisface con el diseño, establecimiento o regulación de un recurso cualquiera sino que debe reunir las características de efectividad e idoneidad. A este respecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado:

“No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita a presunto lesionado el acceso al recurso judicial”¹⁸²

En ese tenor, la obligación asumida por el Estado respecto a la tutela del derecho a la autodeterminación informativa frente a actos de particulares no queda garantizada con la simple inclusión de los cuatros procedimientos administrativos previstos en la legislación de la materia, puesto que dichos procedimientos son completamente

¹⁸² Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 137; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros.

ilusorios y queda evidenciada su inutilidad práctica; lo que incluso podría considerarse como una denegación de justicia.

Por ejemplo, un particular cuyos derechos de acceso y cancelación de datos personales han sido violados por parte de un ente privado no podría, a través del procedimiento administrativo, obtener el cese inmediato de dicha violación, sino que tendría que agotar un procedimiento excesivamente gravoso para que su derecho quede realmente garantizado y su violación reparada. Esto es, “los resultados emanados de ello, será la eficacia parcial, o bien la ineficacia total, en cuanto a la defensa idónea de los datos personales”¹⁸³.

Tomando en consideración lo anteriormente expresado y, ante la ausencia de un recurso efectivo para la tutela del derecho a la autodeterminación informativa frente a actos de particulares, surgen diversas interrogantes que nos llevan a explorar la procedencia de otros medios de defensa que le permitan al afectado combatir las violaciones a sus derechos y cuya aplicación sea verdaderamente efectiva, sin que se reduzcan a una mera formalidad.

A este respecto, diversos autores han señalado la necesidad de contar, en México, con una garantía constitucional *ex profeso* para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa; postura que se sustentaría por sí sola al considerarse la naturaleza jurídica de los derechos violados¹⁸⁴ (derechos humanos) y que implicaría contar con una jurisdicción y competencia especializada. Otros autores han referido que no es necesaria la implementación de un medio de defensa independiente, sino que el *hábeas data* puede ser considerado como una especie del Amparo, al ser este último el medio de control constitucional por excelencia en el país.

Si bien la idea de contar con una garantía constitucional específica e independiente para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa resulta muy atractiva puesto que permitiría una mejor tutela sobre el mismo, la realidad de nuestro sistema jurídico mexicano nos lleva a considerar que, para el Estado, su

¹⁸³ ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco Del, *op. cit.*, p. 116.

¹⁸⁴ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 53.

incorporación no es inminente al no formar parte de la agenda legislativa del país y permanecerá como una asignatura pendiente.

Por lo que el escenario actual lleva a los afectados a hacer una valoración y elección de los medios de defensa disponibles para hacer de algunos de ellos, el recurso efectivo que la legislación de la materia fue omisa en regular y que, sin duda, deberá garantizar al máximo grado posible de eficacia del derecho humano de referencia.

Así pues, de un análisis a los medios de control constitucional disponibles podría concluirse que el juicio de amparo indirecto es el recurso efectivo que puede responder a las violaciones al derecho a la autodeterminación informativa que se cometan por sujetos privados. La procedencia del amparo indirecto que se sugiere quedará analizada en apartados posteriores, en el entendido que a manera de ejemplo se han elegido dos supuestos: amparo en contra de violaciones cometidas por entidades financieras y por una empresa de telecomunicaciones.

III.2.2 Justificación de la procedencia del juicio de amparo indirecto propuesto

Un análisis de la evolución histórica del juicio de amparo permite concluir que este medio de control constitucional nace como una respuesta frente a los abusos cometidos por las autoridades, incluidos los jueces, en relación con las garantías individuales de los gobernados.

Como parte de esta evolución se instituyen dos tipos de amparo: el directo e indirecto. El primero que podría considerarse como un recurso de casación y el segundo como un medio que permite impugnar violaciones directas a derechos fundamentales; instituciones que con el paso del tiempo se han convertido en figuras de primera importancia en el sistema constitucional mexicano¹⁸⁵ y que han sido las pioneras en la protección de los derechos fundamentales,¹⁸⁶ siendo su principal inconveniente la limitación en su procedencia, al ser únicamente accionables en contra de actos de autoridad.

¹⁸⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Amparo*, México, IURE Editores, 2018, p. 44.

¹⁸⁶ FERRER MAC-GREGOR Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 12.

La importancia de dicho medio de control constitucional queda manifiesta; sin embargo, con el paso del tiempo, el juicio de amparo fue objeto de diversas críticas debido a la ineficacia contra las nuevas amenazas a los derechos humanos, haciendo especial énfasis para efecto de este estudio, en aquellas violaciones provenientes de entes privados que, al no presentarse la “injerencia de alguna autoridad pública contra la cual pudiera promoverse la demanda de amparo”¹⁸⁷ dejaban en estado de indefensión al afectado, al privársele de un recurso efectivo debido a que debía agotar los medios de defensa ordinarios aún y cuando implicaran verdaderas transgresiones a derechos fundamentales.

Los retos a los que se enfrentaba la sociedad demandaban del sistema judicial mexicano la evolución del juicio de amparo. La respuesta a dicha petición llega con la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, misma que si bien incorpora diversos cambios, para el presente apartado sólo nos interesa la ampliación en la procedencia del amparo a favor de los derechos humanos previstos no sólo en la Constitución sino también en los tratados internacionales suscritos por México y la obligación contenida en el transitorio segundo de dicha reforma que ordenaba se efectuara el desarrollo legislativo necesario¹⁸⁸.

Fue así, como la reforma constitucional se robusteció con la promulgación de la nueva Ley de Amparo acontecida el 2 de abril de 2013 misma que, entre otros elementos, incorpora un nuevo concepto de autoridad responsable, cuyo análisis quedó precisado en el primer capítulo y cuyo objeto principal fue optimizar el juicio de amparo “a partir de la eliminación de tecnicismos y formalismos extremos que han dificultado su accesibilidad y, en consecuencia, su ámbito de protección”¹⁸⁹.

Sin duda alguna, tanto la reforma constitucional como la nueva Ley de Amparo constituyen un verdadero parteaguas en nuestro sistema constitucional puesto que otorga mayor eficacia al juicio de amparo, particularmente, al indirecto, figura en la que centraremos el presente estudio por ser éste el medio de control constitucional que se

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸⁹ Exposición de motivos a la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

propone para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa en relación con las vulneraciones cometidas por actos de particulares.

Para demostrar su procedencia, es necesario precisar el alcance del contenido del artículo 103 de la Constitución Política establece, en su fracción, que los Tribunales de la Federación será competentes para resolver toda controversia que se presente:

“I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que **violen los derechos humanos reconocidos** y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
(...)”

De igual manera, el dispositivo anterior debe relacionarse con el artículo 1º de la ley reglamentaria, mismo que refiere de forma expresa lo siguientes:

El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por **normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos** reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

(...)

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

Los preceptos anteriores establecen la procedencia del juicio de amparo en contra de controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de autoridades o particulares que violen derechos humanos reconocidos no sólo en el texto fundamental sino también en los tratados internacionales. Esto es, de manera expresa se reconoce que los particulares sí incurrir en violaciones a derechos humanos y que el juicio de amparo, particularmente el indirecto, constituye el medio de defensa para restituir al gobernado en el goce pleno del derecho humano vulnerado.

De tal suerte que “siempre existirán actos que puedan llegar de manera directa al amparo cuando los particulares estén en una situación de supra-subordinación y sin

medios de defensa que permitan solventar su pretensión”¹⁹⁰ aún y cuando se prevean mecanismos legales pero que, en el fondo, no garanticen la tutela del derecho humano en su máxima expresión.

Ahora bien, como ya se analizó en el primer capítulo, la Ley de Amparo, en su artículo 5, reconoce que los particulares tendrán el carácter de autoridad responsable en aquellos casos en que se reúnan los siguientes requisitos:

- Realice actos equivalentes a los de autoridad responsable, lo que implica que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria u omita realizar un acto;
- Afecten derechos al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas; y
- Sus funciones estén determinadas por una norma general.

En ese sentido, es dable concluir que el juicio de amparo es procedente en contra de normas generales, actos u omisiones que violen derechos humanos independientemente de la fuente de la que provenga dicha vulneración; de ahí que, si consideramos que la autodeterminación informativa constituye un derecho humano previsto en el artículo 16 constitucional, podemos afirmar que el amparo indirecto es procedente aún y cuando haya sido afectado por un particular, como lo sería una institución financiera o una empresa de telecomunicaciones.

Por lo que, asumir que dicho medio de defensa no es procedente para combatir violaciones cometidas por entes privados en contra del derecho a la autodeterminación informativa, implicaría afirmar que “los derechos fundamentales no pueden ser accionados como tales frente a violaciones provenientes de los particulares, sino que se difuminan como simples derechos legales con aspiraciones de ser interpretados conforme a la Constitución”¹⁹¹ y tratados internacionales y que, por lo tanto carecen totalmente de una eficacia. Lo que nos permitiría confirmar que, con ello, se viola el contenido de los artículos 1º y 17 constitucional en relación con el 25 de la Convención

¹⁹⁰ Ejecutoria 28718, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. V, Libro 67, junio de 2019, p. 4317.

¹⁹¹ MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, Los derechos fundamentales en..., *cit.*, p. 266.

Americana de Derechos Humanos al no asumir el Estado el mandato de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y sancionar y reparar sus violaciones.

En ese sentido, es claro que la Ley de Amparo sí permite combatir ante los Tribunales Federales las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares pero se requiere que los juzgadores realicen “esfuerzos interpretativos y prácticos tendientes a evitar la improcedencia de este proceso y que logren analizar la cuestión debatida en ellos”¹⁹² y asuman su verdadera función de garantizar los derechos humanos.

La práctica nos ha hecho ver que, en estos casos, los juzgadores intentan inmediatamente buscar alguna causal de improcedencia, y dicha causal se reduce principalmente a señalar que el particular no actúa bajo una relación de supra-subordinación en una situación jurídica particular, pero son omisos en realizar un verdadero análisis sobre las características bajo las cuales operan los mismos en ese contexto determinado.

Esto es, en cada caso particular el juzgador debe analizar el grado de discrecionalidad con la que actúa el particular que produce la violación, centrando su análisis en su actuar unilateral y en determinar que el afectado en muchas ocasiones termina aceptando las condiciones que el particular propone debido una relación de supra-subordinación fáctica, resultado de la sociedad corporativista a la que se ha hecho referencia en capítulos anteriores.

En resumen, los juzgadores deben hacer frente a su compromiso de garantizar los derechos humanos, no sólo en cuanto al fondo del asunto sino también a través de la tramitación de las medidas cautelares adecuadas que permitan resolver el conflicto que se presenta a la luz del valor de la justicia¹⁹³. La facultad de resolver la cuestión planteada en el presente apartado a través del juicio de amparo está contenida en la ley reglamentaria, sólo queda pendiente que los juzgadores privilegien la defensa del derecho a la autodeterminación frente a actos de particulares por encima de los formalismos.

¹⁹² FERRER MAC-GREGOR Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *op. cit.*, p. 91.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 92.

III.2.3 Definición del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto propuesto

En el caso que nos ocupa, el objeto de protección del juicio de amparo será el derecho humano a la autodeterminación informativa, mismo que se objetiva a través del ejercicio de los derechos ARCO¹⁹⁴ y que, en el caso del medio de defensa propuesto, podrán solicitarse a través de una vía judicial.

Para lograr identificar con mayor claridad el acto reclamado en el juicio de amparo, resulta útil la clasificación de los tipos de hábeas data propuesta por Néstor P. Sagués y adoptada también Oscar Pucinelli, a través de la cual “se explica mejor cuál es la pretensión que se quiere alcanzar, y, por ende, qué es lo que debe contener la demanda”.¹⁹⁵

Esto es, si se tratará de una acción informativa (recabar datos contenidos en un archivo), aditiva (agregar datos), rectificadora (corrección de datos inexactos o incompletos) o cancelatoria (supresión de datos), cuyos tipos y subtipos fueron analizados en el segundo capítulo.

Así pues, tomando en consideración el derecho de acceso a los datos personales, el juicio de amparo podría solicitarse para que el juzgador solicite, del particular que comete la vulneración, información suficiente que permita al afectado:

- Identificar y localizar los datos personales que obran en el archivo privado, así como el medio a través del cual el poseedor llegó a obtenerlos.
- Identificar desde qué momento los datos personales obran en poder del demandado.
- Determinar las medidas tecnológicas empleadas para conservar adecuadamente los datos.
- Conocer para qué y por qué fueron recabados los datos personales.

¹⁹⁴ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 135

- Saber a qué personas, públicas o privadas, el titular del archivo privado transmitió los datos personales, así como el motivo y fecha de dicha transferencia de datos.¹⁹⁶

En este caso particular, el afectado deberá manifestar, en los hechos de la demanda, de dónde surge la presunción que la entidad privada tiene, en su poder, datos personales o bien, que ha transferido dichos datos.¹⁹⁷ La procedencia de este amparo, permitiría que el afectado conociera de forma inmediata los datos en cuestión, puesto que en la práctica suele presentarse una negativa injustificada por parte de los entes privados a proveer dicha información.

Por lo que hace al derecho de rectificación, éste implica que el titular de los datos ha manifestado su consentimiento para que los mismos obren en poder del archivo privado o registros pero los datos son inexactos o incompletos. En ese sentido, el afectado podría, a través del juicio de amparo:

- Comprobar si los datos que obran en un archivo privado se encuentran actualizados o bien, si son correctos. En caso de no serlo, podrá solicitar y obtener su actualización¹⁹⁸ inmediata.

En la demanda, el quejoso deberá establecer cuál o cuáles son los datos erróneos y cuáles los erróneos.

Respecto al derecho de cancelación, se tiene que éste reviste una relevancia particular puesto que se encuentra asociado al derecho que tiene el titular de los datos de disponer sobre los mismos, lo que implica que puede ordenar la cancelación de su información personas de los ficheros o archivos privados, principalmente con la intención de evitar transferencias indiscriminadas, suspender las mismas o simplemente evitar que los datos sigan almacenados en dichas bases de datos.

¹⁹⁶ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *El procedimiento de habeas data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, España, Dykinson, 2017, p 119.

¹⁹⁷ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁸ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *op cit.*, p. 119.

Sin duda, “este derecho debe considerarse la pretensión más importante de esta figura, pues protege o puede llegar a proteger todos los derechos que son su objeto”¹⁹⁹. En ese sentido, el afectado podría, a través del juicio de amparo:

- Solicitar la supresión de sus datos personales si no se utilizan para la finalidad que legitima su registro o bien, si no otorgó su consentimiento para realizar la transferencia correspondiente²⁰⁰.

Finalmente, el derecho de oposición se considera implicaría la negativa para que los datos sean tratados para un fin específico. En ese sentido, el afectado podría, a través del juicio de amparo:

- Solicitar que el dato no sea tratado para un fin específico, sin que ello implique la supresión del mismo.

III.2.4 Autoridad responsable

III.2.4.1 Autoridades responsables propuestas

Con anterioridad se ha precisado que el juicio de amparo debe constituir el recurso efectivo para la tutela del derecho a la autodeterminación informativa aún y cuando su violación proceda de fuentes particulares.

En ese sentido, a continuación, se analizan dos relaciones de supra a subordinación que se presentan en la sociedad actual y que no necesariamente implican una relación entre el poder público y el gobernado, pero sí entre un ente que es jerárquicamente superior desde un punto de vista fáctico. Las relaciones a analizar son aquellas nacen entre un particular y las entidades financieras, así como aquellas que surgen entre el primero y las empresas de telecomunicaciones; sin que ello implique que la procedencia del juicio sugerido sólo sea efectiva en estos casos.

III.2.4.2 El caso de la actividad bancaria en México

Desde su creación, la banca ha tenido como principal encomienda realizar operaciones financieras con el dinero procedente de sus accionistas y de los

¹⁹⁹ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 136.

²⁰⁰ PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *op cit.*, p. 119.

depósitos de sus clientes²⁰¹. Es posible señalar que, si bien su objetivo siempre ha radicado en alguna de las actividades ya mencionadas, dichas entidades se caracterizan por un dinamismo y crecimiento particular dentro del mercado.

La naturaleza de sus funciones ha llevado a las entidades bancarias a tratar información de carácter estrictamente confidencial o sensible, entre la que podemos encontrar: información relativa a ingresos, egresos, operaciones realizadas o cuestiones fiscales; lo que las convierte en las “mayores poseedoras de información económica”²⁰².

Sin embargo, es claro que el simple hecho de que los bancos cuenten con una cantidad extraordinaria de información o datos no debe convertirlos de forma automática en una especie de registros públicos, a los que cualquier tercero pueda acudir para obtener información económica, patrimonial o de cualquier otra índole sobre algún cliente;²⁰³ sin embargo, en la práctica la venta de las bases de dato bancarias no resulta ajena.

En efecto, el tratamiento de datos patrimoniales coloca a los clientes ante el riesgo potencial de una divulgación no consentida de los mismos, máxime si tomamos en consideración que las nuevas tecnologías constituyen el escenario propicio para burlar, en algunas ocasiones, las medidas de seguridad que no cumplan con la característica de idoneidad.

La fuga o transferencia de información proporcionada por los clientes dentro de la actividad bancaria constituye el punto de partida para identificar los medios de defensa efectivos para hacer frente a estas violaciones,

En ese sentido, conviene cuestionarnos qué acciones se tienen disponibles para aquellos casos en que el usuario desconozca a quiénes se les han transferido sus datos, cuáles datos han sido transferidos, cuáles fueron los fines de dicha transferencia, los motivos por los cuales sus datos personales se han hecho públicos de forma indebida, el tipo de medidas adoptadas en los procesos de manejo de la información

²⁰¹ Diccionario de la Real Academia Española.

²⁰² AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José, *El secreto bancario*, España, J.M. Bosch Editor, 2008, p. 44.

²⁰³ *Idem*.

por parte de la entidad bancaria y de los terceros a quienes se les haya transferido la información, etc.

Sin duda, la respuesta a los cuestionamientos anteriores es clara: el usuario debe buscar medios de defensa distintos a los contemplados en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares²⁰⁴ puesto que los que dicho ordenamientos prevé, no reúnen los requisitos de eficacia e idoneidad.

Tomando en consideración lo anterior y a fin de verificar si las entidades bancarias podrían ser consideradas como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo en contra de las violaciones al derecho de referencia, es necesario precisar la estructura del sistema financiero mexicano, sin que el objetivo del presente estudio sea proporcionar un análisis exhaustivo de su regulación.

A este respecto, se tiene que el sistema financiero está compuesto por autoridades reguladoras y por instituciones de intermediación. En las primeras, se encuentra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la que se desprenden tres órganos desconcentrados que la auxilian en la supervisión y regulación, siendo dichos órganos la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional de Sistemas de Ahorro para el Retiro. A su vez, existen dos organismos públicos descentralizados que son la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario. Finalmente, el Banco de México vela por el “sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento de los sistemas de pagos y la protección de los intereses del público ahorrador”²⁰⁵.

Ahora bien, por lo que hace a las instituciones de intermediación, se tiene dentro de este rubro, entre otras, a las instituciones de créditos o bancos, mismas que serán

²⁰⁴ La legislación en comento señala, en su artículo 2, como sujetos regulados, los particulares, sean estas personas físicas o morales de carácter privado que lleven a cabo el tratamiento de datos personales. Quedando exceptuadas de su aplicación las sociedades de información crediticia y las personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales, que sea para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial. Al no encontrarse incluidas las instituciones bancarias en las excepciones previstas por la ley, se concluye que éstas se encuentran vinculadas por las disposiciones en ella previstas.

²⁰⁵ MERCADO YEBRA, Joaquín, *Banca múltiple y reforma financiera en México*, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 17.

las únicas facultadas para prestar el servicio de banca y crédito, esto es, estarán encargadas de la captación de recursos del público en el mercado nacional a través de actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el banco obligado a cubrir el principal y los accesorios financieros de los recursos captados²⁰⁶.

Dichas instituciones de crédito se dividen en dos tipos: las de banca múltiple y las de banca de desarrollo cuya rectoría, al formar parte del Sistema Bancario Mexicano,²⁰⁷ le corresponde al Estado a fin de orientar sus funciones a los siguientes objetivos:

- Apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional;
- Fomentar el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada, todo lo anterior con apego a sanas prácticas y usos bancarios²⁰⁸.

Las instituciones de banca de desarrollo son entidades que pertenecen a la Administración Pública Federal, cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, y se encuentran constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito²⁰⁹. Sin embargo, debido a su naturaleza jurídica no serán analizadas en el presente estudio.

Por otro lado, las instituciones de banca múltiple son los bancos privados, mismos que revisten especial relevancia para el presente apartado, puesto que el juicio de garantías que se propone es precisamente en contra de sus actos u omisiones.

Para arribar a una conclusión respecto a la procedencia del juicio de amparo directo en contra de actos u omisiones que impliquen una transgresión al derecho a la autodeterminación informativa en perjuicio de un usuario, es necesario analizar con mayor detenimiento la naturaleza jurídica de la banca privada.

A este respecto, las instituciones de banca múltiple o bancos privados deben, para su organización y operación, solicitar autorización del Gobierno Federal, que será

²⁰⁶ Artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito.

²⁰⁷ Artículo 3 de la Ley de Instituciones de Crédito.

²⁰⁸ Artículo 4 de la Ley de Instituciones de Crédito.

²⁰⁹ Artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito.

otorgada de manera discrecional por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su Junta de Gobierno y opinión favorable del Banco de México.²¹⁰

La necesidad de obtener una autorización estatal, de conformidad con lo establecido en la Ley de Instituciones de Crédito, se justifica en la medida que queda demostrada la obligación constitucional del Estado de velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero con el objeto de generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo.²¹¹

Así pues, el hecho que la actividad bancaria esté condicionada a la obtención de la autorización estatal implica que el margen de discrecionalidad con el que dicha entidad opera es mínimo, puesto que se convierte en un intermediario en la prestación del servicio. Esto es, el Estado delega dicha facultad en un ente particular para cumplir el mandato constitucional que le corresponde.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que el servicio de banca y crédito, al corresponderle su rectoría al Estado y al ser autorizado directamente por él a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, debe estar sujeto a las modalidades, exigencias, obligaciones y restricciones impuestas por la ley, sin que sea dable que los bancos puedan operar a su libre arbitrio. En ese sentido, dicha actividad debe ser considerada de interés general y debe apegarse estrictamente a las disposiciones jurídicas que regulan ese servicio, así como a las sanas prácticas y usos bancarios, con la finalidad de no vulnerar derechos humanos en perjuicio de los usuarios²¹².

Por lo tanto, es claro que, en la práctica, la relación que se presenta entre la institución de crédito y el usuario es de supra a subordinación, debido a que si el quejoso requiere del servicio de banca y crédito debe ajustarse a los lineamientos que establezca el banco refiriendo que, incluso, debe firmar acuerdos de adhesión en los

²¹⁰ Artículo 8 de la Ley de Instituciones de Crédito.

²¹¹ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹² Tesis: I.10o.A.105 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. VI, junio de 2019, Libro 67, p. 5360.

que no existe un margen de negociación ni mucho menos un sometimiento voluntario; negarse a celebrar el acto jurídico implicaría no tener acceso al servicio.

Sin duda, le asiste la razón al Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al afirmar:

“...las relaciones establecidas entre las instituciones bancarias y los particulares (sean cuentahabientes o no), resultan innegablemente desiguales, pues aquéllas realizan un servicio bancario al público en general, con respaldo en una autorización otorgada por el Estado, lo cual les genera una posición de privilegio que, evidentemente, les posibilita afectar derechos fundamentales en ciertas circunstancias, en detrimento de la parte más débil”²¹³.

De lo anterior, es posible concluir que en aquellos casos en que la institución de banca múltiple vulnere el derecho a la autodeterminación informativa, ya sea porque se niegue a dar acceso al quejoso a sus datos personales, porque se niegue a cancelar los datos personales que obran en sus registros por deseo expreso del titular de los mismos o bien, porque decida no suspender la transferencia de datos a terceros, el afectado podría iniciar el juicio de garantías toda vez que se estaría violando un derecho humano y los actos de la entidad bancaria son equiparables a los de una autoridad.

Es evidente que, en el caso referido, las funciones de la actividad bancaria sí están determinadas por una norma general, se afecta un derecho humano y, sobre todo, la entidad bancaria actúa de forma unilateral y obligatoria desde una posición de privilegio lo que hace procedente juicio de amparo en contra de dichas instituciones.

De igual manera, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha señalado que las violaciones a derechos humanos cometidas por entidades bancarias no deben “quedar al margen de la protección que brinda el juicio de amparo, pues ello implicaría permitir la generación de transgresiones arbitrarias a derechos fundamentales o convencionales, bajo el halo protector de un convenio entre partes, aun cuando los actos de afectación no se realicen en ejercicio de un derecho contractual”.

²¹³ Tesis: I.10o.A.106 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. VI, junio de 2019, Libro 67, p. 5189.

En conclusión, determinar la improcedencia del juicio de amparo por meros formalismos implicaría que los datos personales del quejoso permanecerían en manos de terceros que no cuentan con la autorización de su titular, datos cuya importancia es considerable al estar relacionados directamente con el patrimonio de una persona y que, sin duda, la colocaría en una posición de indefensión e incluso, de robo de identidad, máxime si tomamos en consideración que recientemente los bancos han empezado a solicitar datos biométricos. Sin duda, obligar al usuario a agotar los medios legales sólo incrementaría el grado de afectación al derecho humanos puesto que las nuevas tecnologías permitirían que dichos datos sean conocidos, en cuestión de segundos, por otros sujetos.

III.2.4.3 El caso de empresas dedicadas a las telecomunicaciones en México

La industria de las telecomunicaciones constituye también un foco importante al momento de identificar transgresiones al derecho a la autodeterminación informativa por ser empresas responsables del almacenamiento y tratamiento de un volumen considerable de datos personales; colocándose en una posición de poder puesto que arbitrariamente pueden disponer de los mismos y en reiteradas ocasiones niegan a cancelar datos personales a pesar de la petición de los usuarios.

Como consecuencia de ese poder fáctico, las empresas de telecomunicaciones son propensas a ejecutar conductas que, sin duda, ponen en riesgo el resguardo de los datos personales de los usuarios; citándose como ejemplo el uso de los datos para fines distintos a los señalados al momento de la recolección, como podría ser la comercialización de estos a terceros o bien, la transferencia a autoridades para fines de investigación o de seguridad²¹⁴, incluso en tiempo sin previo aviso al titular de los datos de dicha comunicación o sin haber informado dicha situación en el aviso de privacidad.

²¹⁴ VIOLLIER, Pablo, *Política de protección de datos personales en las empresas de telecomunicaciones: Estudio de casos de Argentina, Brasil, Chile y México*, Chile, 2016, p. 5, https://www.researchgate.net/publication/319335343_Politica_de_proteccion_de_datos_personales_en_las_empresas_de_telecomunicaciones_Estudio_de_casos_de_Argentina_Brasil_Chile_y_Mexico

El cuestionamiento que surge en el planteamiento que se ha hecho en este apartado sería: ¿podría equiparse una empresa de telecomunicaciones como Telcel, Movistar, Telnor u otra a una autoridad responsable, para efectos del juicio de amparo, ante una vulneración al derecho a la autodeterminación informativa?

Para dar respuesta a la interrogante anterior y determinar si las empresas de telecomunicaciones mexicanas operan verdaderamente bajo una relación de supra a subordinación fáctica, es necesario establecer con precisión el fundamento que las facultad para prestar dicho servicio.

A este respecto, se tiene que de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, el Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, estableciendo para ese efecto las condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

Sin embargo, conviene indicar que el servicio anterior no se presta directamente por una autoridad estatal, sino que delega la prestación de éste a entidades privadas. Para el cumplimiento de este mandato constitucional, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión tiene por objeto el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes públicas de telecomunicaciones, la prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, el proceso de competencia y libre concurrencia en estos sectores, entre otros.

Ese mismo ordenamiento, reconoce que las telecomunicaciones y la radiodifusión son servicios públicos de interés general²¹⁵ y que le corresponderá al Instituto Federal de Telecomunicaciones el otorgamiento de las concesiones previstas en esta Ley, mismas que podrán ser concesiones únicas o de espectro radioeléctrico o de recursos orbitales. Estas concesiones se otorgan a personas físicas o morales para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y de radiodifusión.

²¹⁵ Artículo 2 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Estos concesionarios, si bien cuentan con la posibilidad de fijar ciertas modalidades relativas a la prestación del servicio, ello no implica que la relación jurídica que establecen con los usuarios se encuentre exenta de observar los derechos humanos previstos en la norma, sino que debe ser acorde con lo dispuesto tanto en nuestra Carta Magna, por tratarse de un servicio público de interés general, como por lo indicado en el título de concesión y en las leyes aplicables.

En ese sentido, las telecomunicaciones, al ser consideradas como un servicio público general resulta evidente que los concesionarios se convierten en entes a los cuales se les delega la facultad imperio estatal para el ejercicio de su función, lo que permite concluir la relación de supra a subordinación.

Sin duda, en ningún momento pueden invocarse las disposiciones de derecho privado para señalar que es la autonomía de la voluntad la que induce al usuario a celebrar el contrato de prestación de servicios con los concesionarios, puesto que se trata de un contrato de adhesión en el que las posibilidades de negociar los términos son nulos y, tal como ocurre con las entidades bancarias, el usuario celebrará el acto jurídico ante la necesidad de beneficiarse de un servicio público general.

En ese sentido, los actos de las empresas de telecomunicaciones son equiparables a los ejecutados por las autoridades estatales, puesto que a partir de su posición de privilegio pueden vulnerar derechos humanos.

Se insiste en que es labor de los juzgadores resolver los asuntos a la luz de los derechos humanos. Para lo anterior es indispensable que, tal como lo indicó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se analicen tanto los argumentos que hacen valer en la demanda, el contenido del acto reclamado y lo que manifiesten las autoridades o particulares al rendir sus informes justificados, pues ello permitirá identificar bajo qué posición están actuando los particulares; sin que sea dable declarar la improcedencia del juicio de amparo por incoarse en contra de un particular.

Por lo anterior, y ante el mandato de las empresas de telecomunicaciones de proteger los datos personales y establecer las medidas necesarias para su preservación y defensa, el juicio de amparo sí constituye una opción para defender cualquier violación al derecho a la autodeterminación informativa cometida por las mismas.

III.2.5 Medidas cautelares sugeridas

El derecho a un recurso judicial efectivo no queda garantizado sólo con la posibilidad de resolver el fondo del asunto, sino que implica también el establecimiento de medidas cautelares efectivas. La medida cautelar prevista en el juicio de amparo indirecto consiste en la suspensión del acto reclamado.

La suspensión del acto reclamado permite mantener viva la materia del amparo, constituida por las situaciones específicas que el quejoso pretende preservar, particularmente en aquellos casos de consumación irreparable, jurídica y materialmente o bien, casos de difícil reparación²¹⁶. A este respecto, conviene precisar que para la concesión de la medida suspensiva, el juzgador deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, la no afectación del interés social y la no contravención de disposiciones de orden público²¹⁷.

Así, en el caso de un juicio de amparo iniciado en contra de un ente particular (banco o empresa de telecomunicaciones, ejemplos que ya se han analizado) por violaciones a la autodeterminación informativa, la medida cautelar o suspensiva podría consistir en aquellas que resultan aplicables en el proceso de *habeas data* previsto en otras jurisdicciones y que dependerán del tipo de acto reclamado en el procedimiento.

En la mayoría de los casos, el bloqueo provisional de los datos materia del juicio constituye una medida cautelar efectiva principalmente para que:

- El dato no sea transferido, o se suspenda su difusión, en aquellos casos en que sea falso, inexacto o implique discriminación u otro acto lesivo en contra del quejoso;²¹⁸
- el dato no sea transferido o comunicado, o se suspenda su difusión, hasta en tanto su titular no tenga pleno conocimiento del tipo de datos que obran en el archivo privado;

²¹⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op. cit.*, p. 223.

²¹⁷ Artículo 138 de la Ley de Amparo.

²¹⁸ Es importante señalar que, en este caso, el dato no podría ser suprimido de la base de datos sino sólo suspendido o bloqueado de manera provisional; de lo contrario, el amparo quedaría sin materia.

- el dato no sea transferido, o se suspenda su difusión, cuando no exista consentimiento de su titular;
- se identifiquen los fines reales para los cuales se ha realizado el tratamiento de datos;
- se adopten medidas tecnológicas efectivas para impedir la transferencia de datos involuntaria; y
- se conozca, por parte del particular demandado, a qué entidades se han transferido los datos a fin de hacer extensivo el bloqueo provisional del dato en dichas bases de datos.

La medida anterior implicaría que, durante la tramitación del juicio de amparo, el dato objeto del juicio quedaría suspendido; de tal suerte que no podría modificarse, transferirse y tampoco podría permitirse el acceso al mismo, so pena de continuar violando el derecho de la autodeterminación informativa. Para Osvaldo Gozaíni, esta medida constituye la más adecuada y eficaz para mantener el estado actual de la controversia al presentar el juicio, pero su dificultad radica en que no es posible alterar aquel dato que precisamente debe ser alterado.

No obstante lo anterior, es importante señalar que las medidas aquí sugeridas no constituyen las únicas que podrían solicitarse sino que dependiendo del derecho que se trate de proteger, serán las que se consideren como idóneas o adecuadas²¹⁹. Sin embargo, será importante analizar con detenimiento el tipo de medida a solicitar a fin de no dejar el juicio de amparo sin materia.

III.2.6 Sentencia

Una vez analizada la procedencia del juicio de amparo y determinada la *litis*, será necesario que el juzgador se pronuncie respecto al fondo de la controversia. Así, en aquellos en que quede acreditada la violación del derecho a la autodeterminación informativa en perjuicio del quejoso, deberá restituirse en el pleno goce del derecho en cuestión.

²¹⁹ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 107.

Sin duda, los efectos de la sentencia dependerán del acto reclamado. Cuando el juicio de amparo se haya solicitado para hacer efectivo el juicio de amparo, la sentencia deberá tener por efecto que el particular exhiba todos los datos que obran en su archivo. Para el caso del derecho de rectificación, el efecto deberá ser que el dato que era inexacto o falso sea modificado; incluso podrá darse el supuesto que una vez que el quejoso tenga acceso a los datos se advierta también la necesidad de rectificarlo²²⁰.

En los casos donde se haya hecho efectivo los derechos de cancelación, podría ordenarse el bloqueo permanente del dato de la base de datos del particular, lo que implicaría que la entidad demandada no sólo no podría transferir los datos sino tampoco podría retenerlos en su poder y debería suprimirlo de sus registros, redes, servidores, etc. Por lo que hace al derecho de oposición, el quejoso impediría que sus datos sean tratados para ciertos fines.

Indudablemente, el juicio de amparo haría mucho más expedita la defensa del derecho a la autodeterminación informativa pero también se facilitaría su cumplimiento puesto que las ejecutorias de amparo deben ser puntualmente cumplidas²²¹ y la omisión en su cumplimiento da lugar a medidas de apremio.

²²⁰ DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *op. cit.*, p. 152.

²²¹ Artículo 192 de la Ley de Amparo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La teoría clásica de los derechos ha quedado superada en la sociedad actual, en la que se advierte la existencia de poderes privados cuya influencia es determinante en las relaciones sociales, ubicándose incluso bajo posiciones de privilegio frente a particulares al estar sus funciones delegadas por el poder público. En ese sentido, los particulares se ubican frente a una doble amenaza de sus derechos humanos, la del poder público y la del poder privado.

SEGUNDA.- La tesis de la eficacia inmediata o también llamada eficacia horizontal asevera que no es necesaria la participación de los poderes estatales para que los derechos fundamentales existan o cobren vigencia, pues vinculan de manera directa las relaciones jurídico-privadas.

TERCERA.- Así, la tesis de la eficacia horizontal en conjunto con el efecto irradiador de los derechos humanos en todos los sectores de la sociedad, permite concluir que los particulares se encuentran obligados a proteger y respetar los derechos humanos contenidos en el texto fundamental, en el entendido que sólo deberán observar aquellos que sean compatibles con su naturaleza. Asimismo, debe considerarse que los derechos humanos se encuentran contenidos, principalmente, en la Constitución, misma que al ser considerada como “ley de leyes”, debe tener una eficacia inmediata y directa.

CUARTA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la multidireccionalidad de los derechos humanos, al aceptar que los mismos, al estar contenidos en la Constitución, vinculan tanto al Estado como a los particulares, refiriendo que ambos pueden ser considerados sujetos activos en la violación a disposiciones de carácter constitucional.

QUINTA.- Aunque en México se ha reconocido la incidencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, los formalismos previstos en los ordenamientos que regulan los mecanismos de defensa previstos para la tutela de los mismos, hacen imposible que el afectado se beneficie de ellos al ser únicamente procedentes en contra de actos u omisiones cometidas por el poder público.

SEXTA.- Los desafíos tecnológicos actuales, la facilidad para recopilar datos personales, la inmediatez en su transferencia, la posibilidad de hacer mal uso de esos datos así como su rentabilidad comercial, coloca a los titulares de datos personales frente a una fuente de violación a su derecho a la autodeterminación informativa.

SÉPTIMA.- Desde el 2009, el derecho a la autodeterminación informativa se elevó a rango constitucional y fue incorporado al artículo 16 constitucional. Lo anterior, permitía suponer que, a partir de la tesis de la eficacia horizontal, este mandato constitucional se haría extensivo a las relaciones jurídico-privadas y cualquier violación a dicho derecho humano sería resarcido por tribunales federales. En otras palabras, el contenido del artículo 16 constitucional ofrecía, en teoría, la posibilidad de hacer exigibles los derechos ARCO a través de una vía directa.

OCTAVA.- No obstante lo anterior, la ley reglamentaria a dicha disposición constitucional, esto es, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, eligió la vía administrativa para hacer efectivos los derechos ARCO, reduciéndolos a derechos legales al privarlos de su verdadera naturaleza jurídica.

NOVENA.- Los procedimientos administrativos previstos en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares no garantizan la tutela óptima del derecho a la autodeterminación informativa puesto que se trata de procedimientos gravosos y extensos que, en muchas ocasiones, su resolución se reduce a imponer multas que no garantizan el cese de las conductas violatorias ni mucho menos permiten la imposición de medidas cautelares efectivas. En definitiva, estos procedimientos no pueden ser considerados recursos eficaces o idóneos para la tutela de un derecho humano como lo es la autodeterminación informativa; lo anterior, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos por el Estado, particularmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DÉCIMA.- En ese sentido, el problema de la eficacia horizontal de la autodeterminación informativa en México no consiste en determinar si la misma vincula o no a las entidades privadas o particulares, pues es claro que están vinculadas, sino en asegurar su accionabilidad a través de un medio de defensa idóneo y efectivo que permita garantizar el goce pleno de dicho derecho humano.

DÉCIMA PRIMERA.- El derecho comparado nos lleva a considerar la posibilidad de contemplar un proceso constitucional *ex profeso* para la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, como podría ser el *Hábeas Data*, a través del cual pudieran ventilarse violaciones cometidas por poderes públicos o privados; sin embargo, considero que esto no es necesario. Sin duda, su regulación permitiría solucionar de manera efectiva las controversias entre particulares, pero lo cierto es que la evolución que ha tenido el juicio de amparo mexicano, nos lleva a considerarlo como el medio de control constitucional idóneo para conocer de este tipo de violaciones.

DÉCIMA SEGUNDA.- Las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, en conjunto con la promulgación de la Nueva Ley de Amparo, marcaron un parteaguas en el sistema de impartición de justicia en México no sólo por el establecimiento de un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad sino también porque establecen disposiciones que permitieron optimizar la figura del juicio de amparo, permitiendo que el mismo sea procedente en contra de particulares que realicen actos equiparables a los de una autoridad.

DÉCIMA TERCERA.- La ampliación del concepto de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, específicamente del amparo indirecto, hace posible que dicho recurso sea incoado en contra de actos ejecutados por particulares, convirtiéndose por ello en el recurso efectivo para defender el derecho a la autodeterminación informativa. Si bien su procedencia no es absoluta, sí resulta válido en aquellos casos en que se advierta una relación de supra a subordinación fáctica y cuando las funciones de dicho particular estén determinadas por una norma general.

DÉCIMA CUARTA.- La sociedad actual nos permite identificar un sinnúmero de relaciones privadas en las que una de las partes opera bajo una posición de privilegio, esto es, se produce una relación de supra a subordinación fáctica en las que indudablemente, encontraremos transgresiones a derechos humanos. En ese sentido, cuando esa vulneración se presente en el derecho a la autodeterminación informativa, ya sea por un uso no consentido de datos personales, el afectado podrá iniciar un juicio de amparo indirecto.

DÉCIMA QUINTA.- Las entidades bancarias, así como las empresas de telecomunicaciones se colocan, dentro de la sociedad, en una posición de privilegio. La función de dichas entidades puede traducirse en un servicio público o de interés general, cuya operación es autorizada por una autoridad e implica una delegación de facultades por parte del Estado. Esto las coloca en un plano de superioridad en relación con los usuarios, lo que las lleva a operar con alto margen de discrecionalidad y unilateralidad. Este poder fáctico que ejercen sobre los usuarios, las llevan a cometer una serie de violaciones en contra del derecho a la autodeterminación informativa, mismas que sólo pueden ser resarcidas de manera efectiva a través de una vía jurisdiccional.

DÉCIMA SEXTA.- De las reformas constitucionales y la Nueva Ley de Amparo se desprende la procedencia del juicio de amparo en contra de violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares; sin embargo, la asignatura pendiente será que los juzgadores federales decidan analizar cada situación concreta que se les plantea sin determinar, *a priori*, la improcedencia del juicio de amparo por meros formalismos. Es necesario que la relación entre el particular y el afectado sea analizada a detalle para verificar si efectivamente se está en presencia de una relación de supra a subordinación fáctica.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Determinar que el juicio de amparo indirecto no es procedente en contra de vulneraciones cometidas por particulares en contra del derecho a la autodeterminación informativa implicaría afirmar que, en México, no tenemos un recurso eficaz para solucionar dicho tipo de controversias y, por ende, se reconocería que el Estado no protege ni garantiza dicho derecho humano, reduciéndolo, por tanto, a un derecho meramente legal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de estudios políticos y constitucionales, segunda edición, 2012.
- ANDERSON, Perry, *El estado absolutista*, México, Editorial Siglo XXI, 1987.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 3-51.
- ARAUJO CARRANZA, Ernesto, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, México, Porrúa, 2009.
- Asociación Mexicana de Internet, Estudio sobre el valor económico de los datos personales,
2016, https://clustertic.org/wpcontent/uploads/2016/06/valor_eco_Datospersonales_FINAL.pdf?fbclid=IwAR2pKSViBRY6mIHpFwjC1fJttaaADUtXWzbruF-dREnaPpgs_WXbws0eko
- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José, *El secreto bancario*, España, J.M. Bosch Editor, 2008.
- BAZÁN, Victor, “El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, año XVIII, 2012, pp. 37-76.
- BAZÁN, Victor, “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, *Estudios Constitucionales*, Chile, 2005, Año 3, Número 1.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional”, Bogotá, 2010,

<http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20638.%20PROCEDIMIENTO%20EN%20LAS%20ACCIONES%20DE%20HABEAS%20DATA.%201-10.doc.pdf>

CARBONELL, Miguel, *Derechos humanos: origen y desarrollo*, Ecuador, Cevallos, 2013.

CARBONELL, Miguel, *En los orígenes del Estado constitucional: la declaración francesa de 1789*, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012.

CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2013.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2004.

CERDA SILVA, Alberto, "Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos", *Revista Chilena de Derecho Informático*, Chile, 2003, No. 3.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Universidad Autónoma Nacional de México y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

DELÓN VÁZQUEZ, Manelic, *La protección de datos personales mediante una garantía constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, Serie Monografías, Volumen 4, 2019.

DE VEGA, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der grundrechte)", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2315-2334.

ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y Carazo Vicente, Marcela, "Derecho a la identidad", *Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Costa Rica, 1998, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1980/16.pdf>.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, "El Hábeas Data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país",

en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2405-2442.

ESTRADA, Alexei Julio, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una aproximación del caso colombiano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. III, pp. 2443-2469.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Acción de tutela y derecho procesal constitucional*, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, México, Porrúa-IMDPC, 2013.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Reforma al juicio de amparo*, México, FCE- Fondo de Cultura Económica, 2018.

FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, t. IV, pp. 529-546.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Perú, Marsol Perú Editores S.A., 1996.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “La protección de datos personales: derecho fundamental en el siglo XXI. Un estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 120, México, septiembre-diciembre de 2007.

GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *Introducción al Derecho procesal constitucional*, México, Editorial Ubijus, 2009.

- GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, Editorial Civitas, S.A., 1986.
- GARDUÑO VERA, Roberto, “La sociedad de la información en México frente al uso de Internet”, *Revista Digital Universitaria*, México, 10 de septiembre 2004, Volumen 5, Número 8.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas data. Protección de Datos Personales*, Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2001.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Hábeas data, Protección de datos personales, Ley 25.326 y reglamentación (Decreto 1558/2001)*, Argentina, 2002, <http://www.gozaini.com/web.html>
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El proceso constitucional de Hábeas Data”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ACUÑA, Juan Manuel (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011, pp. 405-430.
- GUASTINI, Ricardo, “Sobre el concepto de constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, ensayo escogidos*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Amparo, México, IURE Editores, 2018.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “El efecto horizontal del derecho a la protección de datos personales en México”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 27, julio-diciembre 2012, pp. 193-212.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijaíl, *Derechos fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Perú, Grijley, 2009.
- MERCADO YEBRA, Joaquín, Banca múltiple y reforma financiera en México, México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2014

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa-IMDPC, 2007.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Núm. 104, abril-junio 1999.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, Año 11, Tomo II.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003.
- ORDOÑEZ SOLÍS, David, *Privacidad y protección judicial de los datos personales*, España, BOSCH, 2011.
- ORREGO, César Augusto, “Una aproximación al contenido constitucional del derecho de autodeterminación informativa en el ordenamiento peruano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, 2013, Año XIX.
- PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *El procedimiento de habeas data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, España, Dykinson, 2017.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis y ORNELAS NUÑEZ, Lina (coords.) *La protección de datos personales en México*, México, Porrúa, 2013.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 2006
- PUCCINELLI, Oscar, *El hábeas data en Indoiberoamérica*, Colombia, Editorial Temis S.A., 1999.
- PUCCINELLI, Oscar Raúl, “Evolución histórica y análisis de las diversas especies, subespecies, tipos y subtipos de habeas data en América Latina. Un intento clasificador con fines didácticos”, *Vniversitas*, Colombia, núm. 107, 2004.
- PUCCINELLI, Oscar, “Versiones, tipos, subtipos y subespecies de hábeas data en el derecho latinoamericano (Un intento clasificador con fines didácticos)”, *Revista*

Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa-IIDPC, núm. 13, enero-junio de 2004, pp. 93-116.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *Derechos fundamentales y protección de datos de carácter personal*, España, Dykinson S.L., 2004.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco, Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales, España, J.M. BOSCH EDITOR, 2019.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco Del, “La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México”, en Tenorio Cueto, Guillermo A. (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 114.

RUIZ CARRILLO, Antonio, *El tratamiento de los datos personales en los documentos de seguridad*, España, BOSCH, 2008.

SAGÜES, Néstor Pedro, “El hábeas data en Argentina (orden nacional)”, *Ius et Praxis*, Chile, vol. 3, núm. 1, 1997 Universidad de Talca Talca, pp. 143-146.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El habeas data: su desarrollo constitucional”, México, UNAM, 1998, p. 864 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/39.pdf>

SUÁREZ CROTHERS, Christian, “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, *Revista de Derecho*, Valdivia, volumen XI, diciembre 2000

TENORIO CUETO, Guillermo A., “La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental en México”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional)*, España, 14, 2010, http://ruc.udc.es/bitstream/2183/8300/1/AD_14_2010_art_40.pdf

Tenorio Cueto, Guillermo A., “Análisis crítico de la protección de datos en México”, en Tenorio Cueto, Guillermo A. (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, pp. 51-68.

VALADÉS, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, pról., de Jorge Carpizo, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2010, t. I. pp. 681-710.

VÁZQUEZ GÓMEZ Bisogno, Francisco, “El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos. Su relación con las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en México”, *ARS IURIS, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, núm. 49, julio – diciembre de 2011, pp. 247-309.

VILLALOBOS ORTIZ, María del Consuelo, *Evolución y situación actual del contencioso administrativo federal en México*, México, 2013, p. 670, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/36.pdf>

VIOLLIER, Pablo, *Política de protección de datos personales en las empresas de telecomunicaciones: Estudio de casos de Argentina, Brasil, Chile y México*, Chile, 2016, p. 5, https://www.researchgate.net/publication/319335343_Politica_de_proteccion_de_datos_personales_en_las_empresas_de_telecomunicaciones_Estudio_de_casos_de_Argentina_Brasil_Chile_y_Mexico

ZAGREBELSKY, Gustavo, “*La constitución y sus normas*”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la constitución, ensayo escogidos*, México, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “*Hacia una nueva ley de amparo*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, t. I, pp. 807-824.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El caso de la libertad de expresión”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, núm. 11, junio 2011.

FUENTES LEGALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Instituciones de Crédito

Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión

CRITERIOS JUDICIALES NACIONALES

Ejecutoria 28718, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. V, Libro 67, junio de 2019, p. 4317

Tesis I.3o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1597

Tesis I.4o.A.569 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1665

Tesis 2a. XXVII/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p. 359

Tesis 1a. VII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 633

Tesis 1a. LXX/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, marzo de 2013, t. 1 p. 888

Tesis I.10o.A.105 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. VI, junio de 2019, Libro 67, p. 5360.

Tesis I.10o.A.106 A, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. VI, junio de 2019, Libro 67, p. 5189.

SENTENCIAS NACIONALES

Amparo en revisión 2/2000, resolución dictada el 11 de octubre de 2011 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

JURISPRUDENCIA – SISTEMA INTERAMERICANO

CIDH. Caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó Vs. Colombia*, relacionada con las medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Sentencia del 17 de noviembre de 2004

CIDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, sobre el fondo. Sentencia del 19 de julio de 1988.

CIDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

CIDH. Caso *Blake Vs. Guatemala*, voto razonado del Juez Cançado Trindade. Sentencia del 22 de enero de 1999.

OPINIONES CONSULTIVAS – SISTEMA INTERAMERICANO

CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03, voto concurrente emitido por el Juez Hernán Salgado Pesantes 17 de septiembre de 2003.

CIDH. Opinión Consultiva OC-9/87. 6 de octubre de 1987.

SENTENCIAS INTERNACIONALES

Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], Tribunal Constitucional Federal alemán, 15 de enero de 1958.

Sentencia C-378 DE 2010, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, 19 de marzo de 2010

Sentencia del 15 de diciembre de 1983 emitida por el Tribunal Constitucional alemán.

Sentencia STC 254/1993, Tribunal Constitucional español, 20 de julio de 1993.

Sentencia STC 11/1998, Tribunal Constitucional Español, 13 de enero de 1998

Sentencia STC 94/98, Tribunal Constitucional español, 4 de mayo de 1998

Sentencia STC 124/1998, Tribunal Constitucional español, 15 de junio de 1998.

OTRAS FUENTES

Diccionario de la Real Academia Española