



UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO

“ESTUDIO EN LA DUDA, ACCIÓN EN LA FE”

**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**

“EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN TABASCO”

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN ESTUDIOS JURÍDICOS**

P R E S E N T A:

MIGUEL DE LA CRUZ DE LA CRUZ

ASESORA:

DRA. GLORIA CASTILLO OSORIO

Villahermosa, Tabasco, 28 de junio de 2016



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**

Oficio N°2658/16/PNPC
Villahermosa, Tabasco 27 de junio de 2016
Asunto: Modalidad de Tesis

Lic. Miguel de la Cruz de la Cruz
Egresado de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.

En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, se aprueba que pueda titularse mediante la **modalidad de tesis con el trabajo recepcional “El derecho fundamental a la protección de datos personales en el proceso penal acusatorio en Tabasco”**, para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos.

Sin más por el momento, me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente



Dra. Nidia del Carmen Gallegos Pérez
Directora

D.AC.S.yH.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo



UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”



DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES

Oficio N°2657/16/PNPC
Villahermosa, Tabasco 27 de junio de 2016
Asunto: Autorización de impresión de tesis

Lic. Miguel de la Cruz de la Cruz
Egresado de la Maestría en Estudios Jurídicos
Presente.

Con fundamento en el artículo 65 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente y en atención a la tesis titulada **“El derecho fundamental a la protección de datos personales en el proceso penal acusatorio en Tabasco”**, para obtener el grado de la Maestría en Estudios Jurídicos, la cual ha sido revisada y aprobada por la Directora de Tesis la Dra. Gloria Castillo Osorio y el Codirector el Dr. Lenin Méndez Paz y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se **autoriza la impresión de la misma**, a efectos de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Sin más por el momento, me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente


Dra. Nidia del Carmen Gallegos Pérez
Directora

D.AC.S.yH.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo

CARTA DE AUTORIZACIÓN

El que suscribe **MIGUEL DE LA CRUZ DE LA CRUZ**, autorizo por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco para que utilice tanto física como digitalmente la tesis de grado denominada: **"EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN TABASCO"**, siempre que su uso sea únicamente para difusión educativa y sin fines de lucro, autorización que se hace de manera limitativa con respecto a la Red Abierta de Biblioteca Digitales (RABID) y a cualquier otra red académica, con las que la Universidad tenga relación institucional.

En lo concerniente a cualquier otro uso, deformación o manipulación de mi tesis, niego absolutamente autorización para ello. Pidiendo el respeto absoluto al contenido de mi trabajo por ser titular de los derechos morales de mi obra, mismo que son de carácter inalienables imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, según lo establece el artículo 19 y, fracción III, del artículo 21, de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente en México.

Se firma la presente autorización en la Ciudad de Villahermosa, Tabasco a los 26 días del mes de junio de 2016.

AUTORIZA



MIGUEL DE LA CRUZ DE LA CRUZ

TESISTA

AGRADECIMIENTOS

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por brindarme la oportunidad de estudiar como becario en la Maestría en Estudios Jurídicos, incentivando a los jóvenes estudiantes y profesores investigadores para colaborar con el avance científico y tecnológico que exige la sociedad actual. A la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, por con su apoyo al acogernos en esta máxima casa de estudios de los tabasqueños.

A mis directores de tesis, los doctores Gloria Castillo Osorio y Lenin Méndez Paz, por ser los guías en el proceso de elaboración de esta tesis, su dedicación para mostrarme el resultado esperado que satisfaga la problemática planteada durante la investigación.

A todos mis profesores, en especial a los doctores Gisela María Pérez Fuentes, Karla Cantoral Domínguez, Alfredo Islas Colín, Jorge Luis Capdepond Ballina, Nidia del Carmen Gallegos Pérez, Norma Lidia Gutiérrez García, Jesús Manuel Argáez de los Santos, a quien les admiro por su inteligencia, conocimientos, paciencia y por el don la enseñanza; su apoyo incondicional para la realización en el aspecto material y metodológico de esta tesis.

A los Jueces en materia penal, que hicieron posible gracias a la aportación de sus experiencias y conocimientos.

A mis compañeros, por darme la confianza, solidaridad y sobre todo su amistad incondicional para la convivencia armónica tanto en el salón de clases y fuera de ella. Pues la amistad, no se gana, se adquiere con humildad y empatía.

DEDICATORIA

“Tú que vives al amparo del Altísimo y resides a la sombra del Todo Poderoso, ...caerán a tu lado mil, y diez mil a tu diestra; mas a ti no llegará...”

Salmo 91, 1-7, Antiguo Testamento

A Dios

Por darme la oportunidad de vivir, ser la fortaleza espiritual para nunca rendirnos ante las adversidades, sino buscar la paz interior mediante el servicio a su palabra que es vida, y haber puesto en mi camino a tan distinguidas personas: maestros, amigos, compañeros, que hicieron posible con su ayuda culminar esta tesis.

A mis padres

Por darme la oportunidad de haber nacido, de conocer el mundo real lleno de aciertos y desaciertos, pero nunca olvidar que la fe y perseverancia en busca de conocimiento, es la fuente de riqueza espiritual y sabiduría.

ÍNDICE
CAPÍTULO PRIMERO
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

INTRODUCCIÓN.....	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
II. ANTECEDENTES.....	3
III. PREGUNTA INICIAL.....	5
IV. HIPÓTESIS.....	6
1. <i>Variables</i>	6
2. <i>Definición de variables</i>	6
A. <i>Protección de datos personales</i>	6
B. <i>Proceso penal acusatorio</i>	7
C. <i>Derecho Fundamental</i>	7
D. <i>Registro de audiencias en audio y video</i>	7
E. <i>Autodeterminación informativa</i>	7
F. <i>Partes procesales</i>	8
G. <i>Interés público</i>	8
H. <i>Presunción de inocencia</i>	8
V. OBJETIVO GENERAL.....	8
VI. OBJETIVO ESPECÍFICOS.....	8
VII. DELIMITACIÓN DEL TEMA- PROBLEMA.....	9
1. <i>Límite temporal</i>	9
2. <i>Límite espacial</i>	10
VIII. JUSTIFICACIÓN.....	10
IX. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	12
X.METODOLOGÍA.....	26

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS Y LÍMITES.....	28
--	----

1. <i>Concepto jurídico de derechos fundamentales</i>	29
II. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	29
1. <i>Principio de garantía de Protección</i>	29
2. <i>Principio de Progresividad</i>	31
3. <i>Dignidad Humana</i>	32
III. CONCEPTO JURÍDICO DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	34
1. <i>Tipos de límites:</i>	35
A. <i>Restricción de derechos</i>	35
B. <i>Límites al ejercicio</i>	35
C. <i>Suspensión de derechos</i>	36
2. <i>Interés Público, factor común del límite de los derechos fundamentales</i>	38
3. <i>El límite de los derechos humanos</i>	43
IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL	44
1. <i>La protección de datos personales y su evolución histórica en México</i>	44
2. <i>La autodeterminación informativa y su contexto Constitucional</i>	49

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

I. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD HACIA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	54
1. <i>Derechos de la personalidad y su distinción de los atributos de la persona</i>	54
2. <i>Los derechos de la personalidad y la libertad de expresión: sus límites</i>	57
A. <i>El derecho al honor y la propia imagen</i>	58
3. <i>Concepto de vida privada e intimidad</i>	62
4. <i>Concepto de datos personales</i>	67
II. MARCO JURÍDICO NACIONAL	69
1. <i>Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental</i>	69
A. <i>Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental</i>	71
2. <i>Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares</i>	72
A. <i>Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares</i>	73

B. <i>Derechos ARCO: Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición</i>	74
C. <i>El derecho a la autodeterminación informativa: consentimiento del sujeto protegido</i>	75
3. <i>Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública</i>	76
III. MARCO JURÍDICO LOCAL	77
1. <i>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco</i>	77
2. <i>Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco</i>	78
A. <i>Reglamento Interior del Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública</i>	80
3. <i>Lineamientos y acuerdos en materia de tratamiento de datos personales</i>	80
A. <i>Lineamientos para la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados del Estado de Tabasco</i>	80

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

I. LOS PRINCIPIOS Y LA FINALIDAD DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO	82
1. <i>Publicidad</i>	82
2. <i>Contradicción</i>	83
3. <i>Continuidad</i>	83
4. <i>Concentración</i>	84
5. <i>Inmediación</i>	84
6. <i>Debido proceso</i>	84
7. <i>Presunción de Inocencia</i>	85
II. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	85
1. <i>Vulnerabilidad de Las partes procesales: víctima e imputado dentro del proceso judicial</i>	87
A. <i>Victima e imputado dentro del proceso judicial</i>	88
B. <i>El menor de edad</i>	88
III. FINALIDAD DEL REGISTRO DE LAS AUDIENCIAS EN AUDIO Y VIDEO	88
1. <i>Objeto, función y finalidad</i>	89
IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DESDE EL ÁMBITO JURISDICCIONAL	90

1. Interpretación del Poder Judicial de la Federación: Artículo 6 Y 16 Constitucional....	90
2. Análisis Interpretativo de la Convención Americana de Derechos Humanos	98
V. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL.	
DERECHO COMPARADO.....	104
1. Caso Alemania.....	105
A. Sentencia BVerfGE 103,44 Videograbación de audiencias judiciales	105
B. Sentencia BVerfGE 27,1 Ley de Microcenso.....	106
C. Sentencia BVerfGE 106,28. Grabación de conversaciones telefónicas.....	107
2. Caso España.....	108
A. Ley de Enjuiciamiento criminal.....	108
B. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.....	109
C. Plan de Transparencia Judicial.....	109

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO: JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA JURÍDICA DESDE SU ORIGEN: PODER LEGISLATIVO.....	112
1. Control Constitucional en el sistema jurídico mexicano.....	112
A. Control abstracto y control en concreto de constitucionalidad	115
2. Criterios de interpretación constitucional	116
A. Jerarquía normativa	117
3. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad	120
II. PRINCIPIOS SINE QUA NON: PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD	123
1. Proporcionalidad	123
A. Proporcionalidad en la ley penal.....	126
2. Razonabilidad.....	129
3. Análisis del registro de las audiencias bajo la perspectiva de proporcionalidad y razonabilidad	132
III. PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN PROCESOS PENALES EN TABASCO.....	144
1. La no afectación de Derechos fundamentales en la ley penal	144
A. Eficacia del sistema Vs la garantía de los ciudadanos.....	145

CONCLUSIONES.....	149
ANEXOS.....	153
ANEXO I.....	153
ANEXO II.....	154
Anexo III.....	156
FUENTES DE CONSULTA.....	158
BIBLIOGRAFÍA.....	158

INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección de datos personales y dignidad humana son derechos fundamentales que requiere de mecanismos ágiles y oportunos que garanticen la debida protección ante el mundo globalizado, exigencia ante el avance de tecnologías informáticas y de nuevas perspectivas de protección de los derechos humanos. La Constitución mexicana mediante reformas constitucionales de junio de 2008 y 2011, sin duda marcaron un nuevo paradigma de protección a los derechos fundamentales en México.

Es así, que en el 2014 se expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el que sus principios rectores contenidos en el artículo 4o., menciona que “en todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima y del imputado”. Pero esto, según el artículo precedente, realmente ¿se garantiza con la grabación de video y audio de las audiencias la protección de datos personales de los sujetos procesales: víctima e imputado?

La Constitución mexicana contempla una serie de principios que convergen en esencia, la protección de la dignidad humana como principio y derecho fundamental, del cual derivan los demás derechos como la protección de datos personales. Por ello, la presente tesis sustentará que las videograbaciones de audio y video, en su implementación en el proceso penal, carece de debido análisis exhaustivo en base a los principios de proporcionalidad y demás principios del derecho penal que, sin duda, no pueden ser ajenos al proceso penal acusatorio.

En el primer capítulo, se presenta el diseño de la investigación planteando el problema, la hipótesis, el objetivo de la investigación, el marco teórico y conceptual; a su vez, los métodos y la metodología a utilizar durante la elaboración de la presente tesis.

En el segundo capítulo, se explica el concepto de derechos fundamentales, los principios y los límites al que se encuentran sujetos los derechos fundamentales desde el enfoque constitucional. Se hacen referencia a los principios de garantía mínima, de progresividad y dignidad humana, que son considerados de suma preponderancia para la protección de los derechos humanos, ya que en ellos

encuentran sustento jurídico, para la debida protección de los derechos fundamentales. Finalmente, la evolución histórica de la protección de datos personales y la autodeterminación informativa como derecho fundamental.

En el tercer capítulo, se explican los conceptos de derecho al honor, la propia imagen, intimidad, privacidad y datos personales, como atributos del derecho de la personalidad. De igual manera, se contextualiza de forma general los diferentes marcos jurídicos internos que regulan la protección de datos personales en México, tanto a nivel nacional como local.

En el cuarto capítulo, se enfatizan los principios que rigen el proceso penal acusatorio como los de: publicidad, contradicción, continuidad, concentración, debido proceso, presunción de inocencia, así como las finalidades que persigue la inclusión del registro de las audiencias en audio y video dentro del proceso penal ante el órgano jurisdiccional. A su vez, se analiza las sentencias del Tribunal Alemán y el sistema de protección de orden jurídico de España, para efecto de contrastar los mecanismos de protección de la autodeterminación informativa.

Finalmente, el quinto capítulo, corresponde al análisis del planteamiento del problema; donde se destaca la aplicación del *test de interés público*; para que, de manera posterior, no solo comparar, sino complementar el análisis bajo el principio de proporcionalidad como herramienta jurídica de interpretación y ponderación sobre los límites de los derechos humanos.

De la misma manera, para analizar las posibles soluciones al caso planteado, se hizo necesario aplicar entrevista a jueces penales del Estado de Tabasco, para conocer las ventajas y desventajas que, desde el punto de vista de la praxis jurídica, repercute en el derecho a la protección de los datos personales y de la autodeterminación informativa dentro del proceso penal. Para concluir, se propondrá las posibles alternativas de solución referente a las videograbaciones en el proceso penal acusatorio, menos lesivas procurando en todo el proceso penal la protección de los derechos de la personalidad de la víctima e imputado.

CAPÍTULO PRIMERO

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, en el artículo 2o. enumera una serie de derechos fundamentales tendientes a proteger el respeto a la dignidad de las personas bajo el esquema de un Estado Social y Democrático de Derecho. En el artículo 4o. bis, se limita a expresar que la protección de datos personales será garantizada por el Estado en los términos y excepciones que fijen las leyes, pero en ningún momento manifiesta de manera expresa el derecho fundamental a la autodeterminación informativa o el derecho de la persona a manifestar su oposición al tratamiento de datos de carácter personal.

Bajo esta premisa, el justificar la actuación del Estado –Ejecutivo, Legislativo, Judicial- en pro de una defensa al interés público y el de la sociedad implementando un sistema penal de corte acusatorio, con características de oralidad y registro audio visual de las audiencias, en donde este último, sin la solicitud de consentimiento de las partes procesales –víctima e imputado-, crearía un estado de indefensión en la que se vería vulnerada la protección de los datos personales y de manera integral la dignidad de la persona reconocidos en la norma fundamental.

II. ANTECEDENTES

El derecho al reconocimiento a la presunción de inocencia frente al uso de sistemas informáticos modernos ha generado la necesidad de plantear nuevas perspectivas de protección de datos personales. Para el 2002, se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, la cual tiene por objeto garantizar a toda persona que la información en posesión de los Poderes de la Unión y cualquier otra entidad federal, sea la de transparentar la imagen pública garantizando la protección de datos personales y contribuyendo así a la democratización de la sociedad mexicana.

Para el 2003, se hizo necesario crear un organismo público dotado de autonomía y personalidad jurídica propia, para transparentar, guiar y agilizar el procesamiento de la información, llamado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública; garantizando a todas las personas la existencia de un ente público capaz de respaldar la solicitud de información ante el sujeto obligado que es el Estado Mexicano.

En el 2009, mediante reforma al segundo párrafo del artículo 16 constitucional se amplía la protección de datos personales garantizando el acceso, rectificación y cancelación de los mismos y, consecuentemente se hizo necesario que para el 2010, se expidiera la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, cuya pretensión consistió en ampliar la protección de Datos Personales de las que ya existían previamente en posesión del Estado como ente público, regulando de la misma manera los que existen en posesión de los particulares. Finalmente, en el 2015 se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública,¹ entre los puntos más importantes es la de crear el Sistema Nacional de Transparencia y prohibir la reserva de información tratándose de violaciones graves a los derechos humanos.

En atención a las reformas constitucionales realizadas a nivel federal, en el Estado de Tabasco el congreso local a partir del 22 de diciembre de 2007 publicó en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco, la adición del artículo 4o.bis, de la Constitución Política local; en la que se considera una prioridad del Estado de Tabasco proteger la vida privada e intimidad y datos personales. Así mismo, en el 2007, se crea la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco², de la exposición de motivo se expresa que, no basta la buena voluntad por parte de los servidores públicos, sino que es imperativo asegurar su cumplimiento a través de una ley que lo reglamente y lo sancione como una realidad palpable.³

¹ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2015, Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, DOF, 4 de mayo de 2015.

² PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE TABASCO, Decreto de 229, con fecha 10 de febrero de 2007, Ley publicada en El Suplemento "C" Al Periódico Oficial 6723.

³ *Ibidem*.

Las reformas constitucionales mencionadas, en definitiva, estructuran una nueva dinámica de proteger los datos personales, categorizándolo como un derecho fundamental. Pero, hace necesario crear mecanismos ágiles y oportunos que aun cuando se implemente el nuevo proceso penal acusatorio, garantice el efectivo derecho de protección de los datos personales de las víctimas e imputados sujetas a procesos jurisdiccionales, evitando de esta manera el tratamiento y transferencia de forma indiscriminada; así como, promover o crear condiciones jurídicas, políticas o sociales que permitan el libre desarrollo de la dignidad de la persona humana, evitando en todo momento la violación de estos derechos fundamentales.

De la problemática planteada se hace necesario realizar un estudio analítico de las bases u origen y evolución de la protección de los datos personales dentro del sistema jurídico mexicano y el alcance que lleva consigo la implementación del nuevo proceso penal acusatorio, sus instituciones y principios, junto con la expedición de un Código Nacional de Procedimientos Penales,⁴ en cumplimiento de los cambios previstos en la Constitución, mediante el reconocimiento de los derechos humanos que trajo como consecuencia la ampliación de nuevas perspectivas de estudio y por tanto, una nueva visión para garantizar el derecho a la presunción de inocencia y proteger ante el poder estatal la integridad o dignidad de la persona humana.

III. PREGUNTA INICIAL

A raíz del análisis de las reformas constitucionales mencionadas y de los preceptos constitucionales que establecen la protección de los derechos fundamentales, la protección de los datos personales bajo el principio de la autodeterminación informativa, se hace necesario plantear la siguiente interrogante: ¿Cómo se protege o se garantiza la protección de datos personales en el proceso penal acusatorio en Tabasco?, en especial lo relacionado con las videograbaciones

⁴ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2014, Decreto por el cual se crea el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

IV. HIPÓTESIS

La manera de proteger los datos personales en el nuevo proceso penal acusatorio en Tabasco es bajo los siguientes criterios y principios:

- a) entenderla como derecho fundamental
- b) entenderla bajo el principio de inocencia, dignidad, proporcionalidad.
- c) entenderla bajo el principio de autodeterminación informativa.

Que permitan cumplir con el interés público que prevalece en materia penal, logrando con ello equilibrio entre la función del Estado como órgano rector y garante de los derechos fundamentales.

1. Variables

- A. *Derecho a la protección de datos personales.*
- B. *Proceso penal acusatorio.*
- C. *Derechos Fundamentales*
- D. *Registro de audiencias en audio y video*
- E. *Autodeterminación informativa.*
- F. *Partes procesales.*
- G. *Interés público.*
- H. *Presunción de inocencia.*

2. Definición de variables

A. *Protección de datos personales.* El derecho a la protección de datos es un derecho de la personalidad. El hombre al ser persona, es titular de ciertos derechos y obligaciones, adquiridos de forma natural y, otros que le son impuestos, por la convivencia en sociedad. Así, consustancialmente, por el hecho simple de haber nacido ser humano, posee unos atributos necesarios para su cabal desarrollo, que serían los llamados derechos de la personalidad, que les protegen de otros sujetos privados.

B. *Proceso penal acusatorio*. El tratamiento a los datos personales de individuos que han sido sujetos a un procedimiento penal, tienen una perspectiva diferente de protección ya que, debido a que prevalece el interés público, muy por encima de la dignidad de la persona, dejando así, a un lado el principio pro persona que debiera favorecer en todo momento al indiciado o reo.

Tratándose en materia penal, en el sistema inquisitivo el origen de los datos personales proviene de la averiguación previa aportada por el Ministerio Público o en su caso del auto de radicación que el juez realiza al dictar el auto de formal prisión. A diferencia del sistema penal acusatorio es durante la etapa de investigación, al momento de dictar el auto de vinculación a proceso, distinguiéndose en todo momento de la oralidad en la que son llevadas a cabo las audiencias.

C. *Derecho Fundamental*. Son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.⁵

D. *Registro de audiencias en audio y video*. El registro de las actuaciones en formato de video y audio a través de medios informáticos o tecnológicos que se conservarán bajo el resguardo del Poder Judicial para efectos de conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento.⁶

E. *Autodeterminación informativa*. Es imprescindible la valoración del derecho a la autodeterminación informativa en México, para efectos de que podamos hacer efectivo el derecho a la protección de datos personales...podemos afirmar que el derecho a la autodeterminación informativa es la garantía que permite hacer eficaz el derecho fundamental a la protección de datos personales.⁷

⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 5.

⁶ CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 2015, Artículo 61.

⁷ Cantoral Domínguez, Karla, "Derecho a la autodeterminación informativa: Mecanismo de protección de la persona frente al tratamiento de su información de carácter personal", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010, p. 140.

F. *Partes procesales*. Son aquellos que forman parte de la controversia y tienen derecho en intervenir en el procedimiento penal, que para el caso de esta investigación son el imputado y la víctima, ejerciendo su derecho promoviendo recursos que la ley prevé y de quienes el órgano jurisdiccional decidirá la situación jurídica a favor o en contra, creando, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones.

G. *Interés público*. Este principio debe interpretarse de manera restrictiva a la luz del modelo del Estado Constitucional de Derecho, esto es, como principio necesario para la realización de fines de bienestar común para los cuales se instituyen las autoridades.⁸

H. *Presunción de inocencia*. Principio elemental del Derecho Procesal Penal Acusatorio, en la cual toda persona se presume inocente hasta que exista una sentencia firme de culpabilidad dictada por un órgano jurisdiccional.

V. OBJETIVO GENERAL

Analizar la constitucionalidad de los registros de audiencias en la vertiente de grabación de audio y video, contenidas en los artículos 51, 54, y 61 del Código Nacional de Procedimientos Penales; para demostrar que es contraria al principio de autodeterminación informativa sobre la protección de datos de carácter personal contenida en el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución, en relación al artículo 20 Constitucional sobre el derecho de la víctima e imputado durante el proceso penal acusatorio.

VI. OBJETIVO ESPECÍFICOS

- I. Contextualizar los principios y límites de los derechos fundamentales en general y, en particular el derecho a la protección de datos personales desde la perspectiva de la autodeterminación informativa para delimitar su

⁸ Tesis: 1a. CCCXVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXVI, Tomo 1, noviembre de 2013, p. 516.

necesidad y efectividad a lo largo de su proceso evolutivo jurídico constitucional en México.

- II. Analizar el orden jurídico interno –Nacional y local- que protegen los derechos humanos para fundamentar teóricamente la necesidad del derecho a la protección de los datos personales, mediante mecanismos eficaces de control que no vulneren la autodeterminación informativa.
- III. Analizar el marco jurídico de derecho comparado de los países de España y Alemania, sobre la protección de datos personales y el uso de medios tecnológicos informativos para el registro de audiencias -audio y video- en materia penal ante los órganos jurisdiccionales; así como su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para obtener directrices sobre la importancia de la protección de la autodeterminación informativa y permitir su adaptación a los cambios tecnológicos actuales –como la grabación de audio y video- en concordancia de los principios del proceso penal acusatorio.
- IV. Establecer propuestas de protección de datos personales derivado del análisis jurídico-crítico y hermenéutico de los capítulos precedentes sobre la grabación de audio y video en las audiencias procesales que menciona el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el nuevo sistema procesal penal acusatorio; para garantizar la protección de los derechos humanos de la víctima imputado desde la perspectiva de su utilidad social y, el derecho a la protección de su vida privada en función de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y control constitucional que exigen como requisito en el proceso de creación de una norma jurídica penal.

VII. DELIMITACIÓN DEL TEMA- PROBLEMA

1. *Límite temporal*

El presente proyecto de investigación se enfocará en el análisis del alcance de las reformas constitucionales que garanticen la protección de datos personales, como un derecho humano reconocido en la norma fundamental, específicamente en el artículo 16 segundo párrafo, que con la implementación del nuevo proceso

penal acusatorio y la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales derivada de las reformas en materia de derechos humanos, de junio de 2008 y 2011 que a su vez han impactado a la administración de la justicia a favor del principio *pro homine* de la persona, contenidas en la Constitución.

2. Límite espacial

Se tendrá como enfoque de estudio la protección de Datos Personales como resultado o consecuencias de la actividad persecutora del Ministerio Público dentro del proceso penal ante el órgano jurisdiccional, que afecta el derecho fundamental a la protección de datos personales en atención al principio de autodeterminación informativa y la dignidad humana de las personas sujetas a proceso penal, el principio de inocencia, así como su repercusión en la implementación del proceso penal acusatorio contemplado en la reforma constitucional de seguridad y justicia, referente al registro de las audiencias en la modalidad grabación de audio y video contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, vigente en el Estado de Tabasco.

VIII. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica ya que debido a las reformas Constitucionales a partir de 2008, en materia de seguridad y justicia con la implementación del nuevo proceso penal acusatorio de corte oral y; con la reforma constitucional de 2011 a favor del principio *pro homine*, en busca de proteger la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales, como es la protección de sus datos personales, se tiene la necesidad de describir, explicar, y analizar si tales reformas garantizan el derecho a la protección de sus datos personales de la persona sujeta al proceso jurisdiccional durante la tramitación del mismo.

Esta aportación traerá grandes beneficios respecto de la resolución de conflictos sociales que hoy aquejan a los gobernados tales como la protección de sus datos personales y su consentimiento en ser video grabadas durante el proceso penal sin contradecir los principios del nuevo proceso penal acusatorio mediante la

ponderación de sus derechos fundamentales de conformidad al principio de proporcionalidad y razonabilidad que deben contener las leyes penales cuando se ven afectados en sus esferas jurídicas tratándose de asuntos en materia penal.

Además, los diversos mecanismos de protección implementados para el goce de los derechos humanos deben encontrar su fundamento en un elemento esencial: la justicia. La justicia entendida en su aspecto filosófico, teórico y práctico que tenga como objeto de estudio al hombre y a la ley, en dicha relación no puede hablarse de una independencia absoluta; es decir, se requiere el uno a otro, como elementos de existencia. Así que hablar de una reforma constitucional del sistema penal mexicano, a partir de un sistema mixto e inquisitorio a un sistema acusatorio oral, donde el cambio preponderadamente se refleja en la impartición de justicia, necesariamente deberá cambiar el otro elemento de estudio: el individuo humano, a quien va dirigido la norma jurídica, esta es la tarea más difícil dada la complejidad en el razonamiento del ser humano debido a su estructura mental, psicológica, la capacidad de abstracción y de adaptación a los cambios que experimenta su vida, el operador jurídico en este caso tendrá que hacer uso de los recursos metodológicos existentes en el sistema jurídico mexicano, tales como la argumentación jurídica, la ponderación de los principios generales del derecho y de los principios de los derechos humanos reconocidos por la Constitución.

Por tanto, en este orden de ideas, el alcance de dichas reformas y su impacto en la protección de los derechos humanos mencionados, será la de fortalecer un Estado Democrático, en que no exista una norma jurídica que obligue a los gobernantes a someterse a una voluntad unilateral del Estado; sino que asumiendo una perspectiva garantista hacia la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales -máxime en el presente caso, en el derecho a la protección de la vida privada y de los datos personales en el nuevo proceso penal acusatorio- proteja, promueva y sobre todo, respete plenamente de forma integral la dignidad de la persona. Esto debe ser extensivo desde el inicio del procedimiento penal en la actividad investigativa y persecutora realizada por el órgano facultado para la persecución de delitos; para culminar así, con los fundamentos jurídicos de una sentencia exacta, acertada y libre de equivocaciones poniendo fin con las

controversias sociales existentes. Pero no hay que olvidar que la actividad de juzgar, como cualquier otra actividad del hombre está expuesta a las limitaciones inherentes a la naturaleza humana, llena de virtudes y defectos.

Sumado a lo anterior, que las personas que integran la sociedad en su conjunto no conocen las particularidades del proceso penal acusatorio, pues solo tienen la idea general que se ha difundido en los medios de comunicación elaborada por el Estado, creándose una falsa y utópica idea de que, mediante la implementación del Proceso Penal Acusatorio en México, en Tabasco, y al igual que en todas las entidades federativas, se daría solución a la opacidad y a la corrupción en la procuración e impartición de justicia. Lo cierto es que, con esta implementación traerá consecuencias positivas y obviamente las negativas. En el caso de esta tesis, deviene a exponer una parte de los problemas jurídicos que posiblemente repercuta en la protección de los derechos fundamentales, como el de la protección de datos personales y la autodeterminación informativa en el desarrollo y registro de las audiencias en el proceso penal acusatorio.

IX. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Con la reforma en el 2007, la Constitución Política de Estado Libre y Soberano de Tabasco, tuvo como eje rector en materia de protección de datos personales lo siguiente:

Sólo con motivo de salvaguardar el interés público y por un período de tiempo previamente determinado, la información pública podrá reservarse, en los términos y condiciones que fijen las leyes;

El derecho a la intimidad, que incluye la privacidad de la vida familiar en primer grado y en general la que se refiere a sus datos personales, deberá ser garantizado por el Estado en los términos y excepciones que fijen las leyes, teniendo siempre como referente el respeto a la dignidad humana;

Atendiendo al principio de máxima publicidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y al cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, toda persona, sin distinción y sin necesidad de acreditar interés alguno

o justificar su utilización, podrá acceder gratuitamente a la información pública y a sus datos personales, o solicitar la rectificación de éstos.⁹

Quedando para tal efecto, en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco -actualmente abrogada en diciembre de 2015- en su artículo 5o. fracción I, define los datos personales como:

I. DATOS PERSONALES: La información concerniente a las características físicas, morales o emocionales; origen étnico o racial; domicilio; vida familiar, privada, íntima y afectiva; patrimonio; número telefónico, claves informáticas o cibernéticas, códigos personales encriptados, u otros análogas que afecten su intimidad; ideología; opiniones políticas; preferencias sexuales; creencias religiosas, estados de salud físicos o mentales y toda aquella información susceptible de ser tutelada por los derechos humanos a la privacidad; intimidad, honor y dignidad, que se encuentre en posesión de los Sujetos Obligados y sobre la que no puede realizarse ningún acto o hecho sin la autorización debida de los titulares o sus representantes legales.

En la expedición de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco, no define lo que se entiende por datos personales, pero define el derecho a la protección que se tiene de los datos personales en posesión de los Sujetos Obligados, y que a continuación de transcribe:

Protección de Datos Personales: La garantía de tutela de la privacidad de datos personales en poder de los Sujetos Obligados.¹⁰

La Constitución Política del Estado libre y Soberano de Tabasco vigente menciona en el artículo 4o.bis, fracción III y IV, que:

III. El derecho a la intimidad que incluye la privacidad de la vida familiar en primer grado y en general la que se refiere a sus datos personales, deberá ser

⁹ Exposición de Motivos del Decreto de 2007, *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, en donde se adiciona el artículo 4 bis, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

¹⁰ LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE TABASCO, aprobada el 04 de diciembre de 2015 y publicada por decreto 235 el 15 de diciembre de 2015.

garantizado por el Estado en los términos y excepciones que fijen las leyes, teniendo siempre como referente el respeto a la dignidad humana;

IV. Atendiendo al principio de máxima publicidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y al cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, toda persona, sin distinción de ningún tipo y sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, podrá acceder gratuitamente a la información pública y a sus datos personales, o solicitar la rectificación de éstos.

La internacionalización de los derechos humanos en los Tratados Internacionales, generó que el gobierno mexicano pusiera en marcha la capacidad de legislar, acorde a los cambios culturales que exige la sociedad moderna. Dichos cambios deben ser de forma razonable y de un análisis exhaustivo, no tomando decisiones a la ligera; de esta manera equilibrando el poder del Estado como ente público en beneficio de la transparencia de las actividades encaminadas hacia lograr el principio de máxima publicidad, salvaguardando así, el fin legítimo al derecho de seguridad jurídica y al derecho a la protección de los datos personales.

Los primeros esbozos y aproximaciones al derecho a la protección de datos personales, devienen del reconocimiento del derecho fundamental a la vida privada y familiar, contenida en diversos instrumentos internacionales como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por mencionar solo algunos. El conjunto de estas disposiciones reconocen como derechos fundamentales inherentes a cada persona el respeto y la no injerencia a la vida privada, vida familiar, domicilio y correspondencia.¹¹

En el presente trabajo de investigación se tiene por estudio al hombre, en su calidad de individuo como sujeto activo en la relación del vínculo jurídico con las normas jurídicas y, la participación del sujeto imparcial: el órgano judicial, encargado de regular dicho equilibrio teniendo como elemento esencial la justicia facultado

¹¹ Piñar Mañas, José Luis y Ornelas Núñez, Lina (coord.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 22.

para concretizar la acción punitiva del Estado, hacia el individuo que ha quebrantado la norma jurídica. Es así que, para llevar a cabo esa acción punitiva es necesaria la implementación de un sistema procesal penal que satisfaga las necesidades de la sociedad colectiva, pero teniendo como límite la no vulnerabilidad del individuo en sus garantías que son reconocidas en la Constitución.

El individuo al tener características de ser humano, posee derechos inherentes a su persona, cuyo deber del Estado es proteger, garantizar en todo momento y en cada instante de la vida, el derecho fundamental de la tutela efectiva y de la inocencia, entendida no solo como presunción, sino como un derecho humano inalienable e irrenunciable.

El derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental reconocido internacionalmente. Se trata de un derecho subjetivo, autónomo y de tercera generación, que constituye un instrumento jurídico imprescindible en el desarrollo de una sociedad democrática y que garantiza la libertad del individuo en el seno de la misma. Este derecho está consagrado en la "Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" y algunas constituciones en el ámbito internacional —entre ellas México— y se ha desarrollado en las últimas cuatro décadas de manera paralela al avance informático y tecnológico que ha traído como consecuencia el empleo intensivo de información.¹²

El derecho a la protección de los datos personales en México, como tema totalmente novedoso inició a partir de la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en el 2002.¹³ El cual tiene como objetivo la rendición de cuentas como obligación de la administración pública que se encuentra en manos de las instituciones públicas designadas para ello y vincular así la participación de la sociedad. De igual manera, se crearon estructuras de organización, clasificación, manejo de la información; así

¹² *Ibidem*, p.19

¹³ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se crea el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002.

como las responsabilidades y sanciones de quienes rebasen el límite al principio de publicidad; es decir, se crearon los límites y excepciones a dicho principio.

De tal manera, que a partir de 2003 se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública como un organismo descentralizado y no sectorizado de la Administración Pública Federal cuyo objetivo es difundir, promover y garantizar el ejercicio de acceso a la información. Esto motivó que en 2009 se adicionara el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, donde se establece el derecho de toda persona a la protección de sus datos personales y al acceso, rectificación y cancelación de los mismos; así como a manifestar su oposición al tratamiento que se haga de dichos datos. Esta reforma constitucional sin duda fue el pilar y sustento para proteger el derecho a la privacidad de los datos que obran en poder de las instituciones gubernamentales.

En el 2010,¹⁴ mediante decreto se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y el 21 de diciembre de 2011 el Reglamento correspondiente. Ley, cuya observancia es de manera general y sobre todo nace por la necesidad de proteger los datos personales de conformidad con los artículos 6 y 16 de la Constitución; debido a que por cuestiones de necesidad laboral o de desempeño profesional dejamos nuestra información –datos personales sensibles- a las organizaciones o empresas del ramo privado, que en cuyo caso a partir de la vigencia de esta ley quedarán como sujetos obligados para la preservación de dichos datos. Además la ley en comento, permite la posibilidad de que el titular del derecho pueda ejercer cualquiera de los derechos a: acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus respectivos datos de carácter personal o mejor conocidos como derechos *ARCO*, contenidos en su artículo 22 que define los datos personales como: “cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.¹⁵

¹⁴ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2010, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y se reforman los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del Capítulo II, del Título Segundo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada el 05 de julio de 2010.

¹⁵ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y se reforma el artículo 3, fracciones II.

Ahora bien, los derechos humanos son derechos fundamentales que protegen a la persona por el solo hecho de ser un “ser humano”, un ser racional que vive y se organiza en sociedad; donde cada individuo como ser posee una característica individual que debe ser cuidada y reservada por el órgano Estatal en contra de terceros ajenos a esa individualidad, lo que hace crear un derecho reconocido en la propia constitución: los derechos de la personalidad. De los conceptos dados en la doctrina jurídica, “...se pueden definir los derechos de la personalidad como categoría especial de derechos subjetivos que fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto de esa persona”.¹⁶

Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, derechos que han sido reconocidos originariamente por el derecho civil, cuya relación en el transcurso del tiempo no se deslinda totalmente, sino que ha perdurado esa relación jurídica con el concepto de persona dándole características esenciales que los distinguen.

Los derechos de la personalidad son una defensa de reconocida trascendencia, negarlos, hoy implicaría desconocer la dignidad de la persona, la libre y necesaria expansión individual, la defensa de los datos personales, como derechos de la personalidad, es por último la prueba de la evolución del derecho civil, que en una sociedad moderna debe convertirse en un derecho innato absoluto, esencial; la persona quedaría indefensa en la era de la tecnología, la cibernética, la biotecnología de no ser así”.¹⁷

Así, los derechos de la personalidad deberán de protegerse a medida que las tecnologías informáticas y biotecnológicas avanzan, no olvidando que el fin esencial es la protección de la persona. Puede tener antecedentes con el derecho civil, pero como señala la doctora Karla Cantoral Domínguez, existe diferencia entre los atributos de la personalidad contempladas por el derecho civil, y de los derechos de

¹⁶ Pérez Fuentes, Gisela María, “Una nueva función de la protección de datos personales en México: mecanismo de control de las leyes de transparencia y acceso a la información pública”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, año CLVII, núm. 4, octubre-diciembre de 2010, p. 636.

¹⁷ *Ibidem*, p 637.

la personalidad que son referidos como derechos fundamentales en la Constitución por tanto el derecho a la protección de datos es un derecho de la personalidad.

No deben de confundirse estas dos concepciones jurídicas. La persona está jurídicamente conformada por componentes estructurales de su individualidad...los atributos son un conjunto de caracteres propios de la persona que permiten otorgar funcionalidad y eficacia jurídica a la personalidad de los sujetos, estos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad,... pero no es innato, es exterior y puede ser alterado.¹⁸

En el mismo sentido, el doctor Juan Bonilla Sánchez distingue los derechos de la persona y de la personalidad, que indefectiblemente este último es el derecho para la protección del primero; los derechos de la personalidad son derechos humanos que el Estado ha reconocido, para que la persona puede desenvolverse libremente para una sana convivencia entre gobernados y gobernante.

[...] El hombre al ser persona, puede ser titular de ciertos derechos y obligaciones, unos que le siguen de forma natural, y otros que le son impuestos, por la convivencia en sociedad. Así, consustancialmente, por el hecho simple de haber nacido ser humano, posee unos atributos necesarios para su cabal desarrollo, que serían los llamados derechos de la personalidad, que le protegen a los otros sujetos privados en un plano de igualdad. A diferencia de ellos, los derechos humanos preservan a la persona frente a las agresiones del Estado...[...]¹⁹

Por tanto, vista desde la posición iusnaturalista, cobra relevancia el derecho natural de todo ser humano poseedor de características únicas que distinguen de otras especies, que posee dignidad, vida propia y un espacio donde desenvolverse y por tanto requiere pleno reconocimiento como parte integrante de una sociedad en constante evolución, necesita protección y garantía por parte del Estado. “El

¹⁸ Cantoral Domínguez, Karla, *Derechos de protección de datos personales de la salud*, México, Novum-Conacyt, 2012, p.11.

¹⁹ Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad, colección jurídica general, monografías*, Madrid, Reus S.A, 2010, p. 27.

derecho a la protección de datos personales tiene como objeto no solo la protección de la vida privada, o su versión tecnológica, la autodeterminación informativa, sino también la veracidad, la confiabilidad y cuidado del manejo de los datos de las personas por el interés público que trascienden la esfera volitiva del individuo”²⁰.

La reforma integral de la Constitución, vista desde la materia de procuración e impartición de justicia en México, se observa un interés por parte del Estado Mexicano de ampliar el campo de protección de datos personales en el ámbito del Poder Judicial cuya noble función es garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal manera que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado al sistema de impartición de justicia penal, acordes a la reforma.

Esto requiere fortalecer los mecanismos y medidas para su resguardo, especialmente considerando el contexto de inseguridad y corrupción que prevalece en el país, y que podría generar un escenario para la vulnerabilidad en el flujo de los datos personales. En este sentido, la eficacia de la protección de la información debe ubicarse fundamentalmente en los procedimientos preventivos no jurídicos, sin perjuicio de que tales procedimientos vengan impulsados o incluso impuestos por instrumentos jurídicos, esto requiere del compromiso integral de las instituciones públicas para garantizar el buen uso de los datos y custodiar su destino.²¹

La autora hace referencia a que toda acción tendiente a garantizar la seguridad jurídica de los gobernados no debe de tener precisamente su origen a través de una orden judicial como medida correctiva, sino que debe de preverse de manera preventiva para obtener la eficacia del acceso a la justicia.

Lo mismo ocurre con los datos contenidos en expedientes administrados por juzgados de paz, civiles, familiares y de arrendamiento, en ellos la información materia del juicio, constituye información de la vida privada de las partes que actúan en ellos, por

²⁰ Villanueva, Ernesto y Nucci, Hilda, (Coord.), *Comentarios a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*, México, Novum-Conacyt-Fes Aragón, 2012, p.12.

²¹ Cano Guadiana, Areli, “Elementos fundamentales para la protección de datos personales en la procuración de justicia”, *Retos de la protección de datos personales en el sector público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, Infodf, p.409

lo cual, se advierte un área de oportunidad para la protección de los datos personales que son cedidos en este proceso.²²

Pero el tratamiento a los datos personales de individuos que han sido sujetos al procedimiento penal, tiene una perspectiva diferente, debido a que prevalece el interés público, muy por encima de la dignidad de la persona, dejando así, a un lado el principio pro persona que debiera favorecer en todo momento al indiciado o reo.

Ahora bien, recordando el aforismo de que ningún derecho es absoluto, los derechos fundamentales han sido catalogados, aun consideradas a rango constitucional, no son absolutas. Las teorías de los derechos fundamentales analizadas por el Dr. Cesar Landa²³, quien las clasifica en dos grupos: a) teorías del Estado de los derechos humanos: historicista, individualista, estatalista; b) teorías Constitucionales de los derechos fundamentales: liberal, teoría de los valores, teoría institucional, democrático-funcional, jurídico-social, garantía procesal. Pero de las distintas perspectivas de la debida protección de los derechos fundamentales tanto en la teoría como en la práctica se ven matizados por la interdependencia de diversos factores económicos, sociales, culturales, a los que hay que ajustar la dogmática de los derechos fundamentales acorde a las necesidades jurídicas y sociales, no solo verse sometido a los poderes fácticos del Estado.

Respecto de los límites a los derechos fundamentales, el doctor Juan Cianciardo propone una nueva teoría de los límites de los derechos fundamentales desde el punto de vista iusfilosófico, confirmando su carácter de ilimitable, ya que, si bien en la praxis jurídica existe conflicto de normas isufundamentales, solo éstas deben de tener su origen en el mismo derecho fundamental que se protege: “no parece sostenible afirmar que las restricciones no tienen nada que ver con la norma que la restringen, que sean externas a ella. Muy por el contrario, existe entre ambas

²² *Ibíd*em, p. 413

²³ Cfr. Landa, César, “Teoría de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista de derecho constitucional*, México, num. 6, enero-junio de 2002, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/6/ard/ard3.htm>

una relación estrecha, que proviene del carácter coexistencial del derecho fundamental del que la norma es sustentadora-sustentada”.²⁴

De esta manera, los límites de los derechos fundamentales doctrinalmente conocidos como límites internos y límites externos, de los cuales, los primeros son límites establecidos en la propia ley fundamental; en cambio, los segundos son límites que los legisladores han establecido con el fin de armonizar el conflicto que pudiera darse del derecho fundamental con otros derechos, que, en efecto, ambos tienen su origen en la Constitución.

Por su parte, el profesor Aguiar de Luque²⁵, partiendo de su análisis entre las sentencias del Tribunal Español y la Constitución Española, plantea si realmente un derecho fundamental establecido en la Constitución puede limitarse o restringirse, por el solo hecho de que la propia Constitución a la vez reconoce y limita ese derecho fundamental. De tal suerte que la limitación sea elaborada por el órgano legislativo y al que solo los operadores jurídicos les corresponde aplicar.

El autor concluye, que los límites a estos derechos fundamentales, su estudio y análisis para limitarlas deben ser exhaustivas desde una posición que obligue a una interpretación restrictiva tomando de partida y privilegiando al derecho del cual se pretende restringir.

El doctor Saúl López Noriega²⁶, deriva de su análisis sobre la problemática de que si las audiencias en los procesos judiciales pueden ser grabadas y hacerse públicas en atención al principio de publicidad del proceso penal. Refiere que sí es necesario el establecimiento de esta medida en los procesos judiciales ya que con ello posibilita la revisión oficiosa de lo actuado en la audiencia dejando palpable los posibles abusos de los derechos que le asisten a las víctimas e imputados; pero hay que tener en cuenta -reitera el autor- sus *posibles efectos en las limitaciones* en términos de transparencia.

²⁴ Cianciardo, Juan, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Dikaion*, vol. 15, núm. 10, 2001, pp. 53-73. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001005>

²⁵ Aguiar de Luque, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril de 1993, pp. 9-34.

²⁶ Cfr. López Noriega, Saúl, “¿Es lo mismo público que mediático? ¿Sobre la presencia de cámaras de video en los tribunales?”, *Revista Nexos*, México, marzo de 2011, disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1131>

Derivado de lo anterior, resulta necesario analizar que la implementación del registro de las audiencias de manera visual y auditiva, sería un recurso totalmente benéfico para transparentar y detectar las posibles arbitrariedades de los operadores jurídicos que pudieran presentarse durante el desarrollo del juicio; pero detrás de esta ventaja, -como refiere el doctor López Noriega- existe una subjetividad. Es decir, que detrás de las grabaciones de audio y video existe en los órganos jurisdiccionales, personas que de una otra manera son los encargados de su uso, manejo y tratamiento de dichos registros, totalmente expuestas o susceptibles a diversos *tipos de manipulación*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de Pleno, resolvió el Amparo en Revisión 699/2011, derivado de una solicitud de información pública al Servicio de Administración Tributaria con referencia al artículo 69 del Código Fiscal, de donde se advierte la aplicación de los principios de la ponderación respecto al interés público y de la protección de datos personales:

- a) La protección de datos personales como derecho fundamental.

Puede decirse que este derecho constituye una vertiente o especificación del derecho a la intimidad o vida privada que se traduce en el reconocimiento y establecimiento de prerrogativas, principios y procedimientos para el tratamiento por parte del Estado o de terceros, de la información concerniente a personas.

- b) Los límites del derecho a la protección de datos.

El derecho de protección de datos personales no es absoluto, en tanto admite excepciones por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

- c) Los límites al derecho de acceso a la información.

Como se mencionó con anterioridad, los derechos fundamentales no son absolutos. En este sentido, el derecho a la información previsto en el artículo 6º constitucional no es la excepción, por lo que encuentra dos tipos de limitaciones: las derivadas del interés público (en un sentido muy amplio) y las que encuentran justificación en la intimidad o vida privada de las personas.

Debe considerarse que se promueve el interés público cuando la apertura de la información contribuye al escrutinio de la actuación de las autoridades con la finalidad de favorecer la transparencia, la rendición de cuentas y la buena administración de los recursos públicos. Por el contrario, no deben considerarse de interés público los casos en los que la información no tenga relevancia para evaluar la actuación del gobierno en algún tema o únicamente tienda a satisfacer la curiosidad de las personas sobre aquellos afectados con la divulgación de los datos.²⁷

El interés público, puede ser considerado como un concepto de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través, de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. Sin embargo, no implica una sectorización, ya que tampoco se refiere de manera necesaria a bienes públicos.²⁸

Del concepto dado por el autor de la obra en referencia y del Amparo en Revisión antes mencionado, se aprecia que el significado de la palabra *orden público* posee diversas apreciaciones dado su característica de ser conceptos jurídicos indeterminados; por tanto, puede considerarse como límite o restricción a las funciones del poder público y a la discrecionalidad del control judicial en el momento de justificar la resolución a los casos prácticos que se le considere.

Además, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 26/2009, planteada por la Comisión de Derechos Humanos, refiere lo siguiente:

Se propuso declarar infundados los argumentos y reconocer la constitucionalidad de estos dos párrafos, al considerar que la estricta reserva es una medida que pretende

²⁷ Amparo en Revisión 699/2011, Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día diez de julio de dos mil doce. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=132394&SeguimientoID=472>

²⁸ Estos conceptos jurídicos son indeterminados porque no permiten una aplicación precisa e inequívoca. Incluir un concepto indeterminado en la Constitución o la ley puede tener finalidades distintas como son la de delimitar, limitar o controlar la acción administrativa, *cfr.* Huerta Ochoa, Carla, "Concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional", en Cisneros Farías, German et al (coord.), *Seguridad pública, segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 132.

salvaguardar el sigilo en las investigaciones, la garantía del debido proceso penal y los derechos de las partes involucradas, por lo que persigue un fin legítimo.

En el dictamen invocado, se explicó que con la reforma al artículo 16 Constitucional se establecería un derecho internacionalmente reconocido, respecto de la disposición sobre datos personales, el que descansa en una idea de autonomía de la persona en el derecho al control sobre sus datos, a que nadie los recoja, los trate, informatizadamente o no, a que no se cedan a terceros sin consentimiento propio, libre e informado y a que, en todo caso, correspondan a la realidad.

Del análisis de ambas disposiciones constitucionales se desprende que el derecho de acceso a la información admite restricciones, entre las que se encuentra la protección de los datos de las personas y de su vida privada; y, a su vez, el derecho de protección a los datos personales puede ser limitado por motivos de seguridad nacional, disposiciones de orden público, de seguridad y de salud públicas, las cuales fueron delineadas de manera genérica en el proceso motivador de la reforma constitucional que dio lugar a la adición de un segundo párrafo en el artículo 16 de la Norma Fundamental. En este punto es necesario tener en cuenta que las restricciones a todos los derechos fundamentales se engloban en el concepto de orden público,..."²⁹

En esta acción de inconstitucionalidad, se resalta que, el interés público tratándose de averiguaciones previas por parte del Ministerio Público, es la persecución de los delitos, la protección social que el Estado debe de proveer a sus gobernados, por lo que la secrecía y las actuaciones del Ministerio Público para garantizar el sigilo en la investigación y persecución de delitos poseen fines legítimos; por tanto, en esta acción de inconstitucionalidad, se justifica el interés público.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, que uno de los límites del derecho de acceso a la información pública es la vida privada, intimidad, datos personales; y que éstas a su vez admiten excepción, las que son fijadas por la ley y en especial el artículo 16 de la Constitución, como el caso de la seguridad nacional, disposición de orden público, seguridad pública, salud pública y derechos

²⁹ Acción de Inconstitucionalidad 26/2009, Promovente: Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, resolución de fecha: tres de julio de dos mil doce.

de terceros. El derecho de acceso a la información pública y el de protección de datos personales, son dos derechos autónomos e independientes entre los cuales debe existir un sano equilibrio que permita que en algunas ocasiones en aras del interés público se divulgue determinada información de carácter personal.³⁰ El derecho a la protección de datos personales es un derecho diferente y distinguible del derecho de acceso a la información pública y constituye una limitación al derecho de acceso a la información pública.³¹

Ahora bien, el punto de partida para la realización de este trabajo de investigación es que las víctimas e imputados que son sujetas ante un proceso penal acusatorio no tienen el deber jurídico de soportar el riesgo al que son expuestos durante la grabación del audio y video en el registro de las audiencias, que fueron impuestas por el legislador mediante la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales; ya que trata indistintamente a la víctima e imputado con la función pública jurisdiccional al que están supeditados los servidores públicos.

Actualmente la doctrina y la jurisprudencia, aunque de manera implícita han marcado la diferencia entre el tratamiento de datos de carácter personal de un servidor público y de un particular ajeno al servicio profesional de la siguiente manera:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO DE LAS EXPRESIONES, INFORMACIONES, IDEAS Y OPINIONES SOBRE FUNCIONARIOS Y CANDIDATOS. La jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que las expresiones e informaciones atinentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, y a candidatos a ocupar cargos públicos, gozan de un mayor grado de protección. Tales personas, en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o de su honra frente a las demás personas, y correlativamente, deben tener un umbral mayor de tolerancia ante la crítica.³²

³⁰ Parra Noriega, Luis Gustavo, "Desarrollo legislativo en materia de datos personales en las entidades federativas, la importancia de una legislación especial en el ámbito estatal", *Retos de la protección de datos personales en el sector público, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal*, México, Infodf, 2011, p.159

³¹ *Ídem*.

³² Tesis: 1a. CLII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 806.

Es de observarse que la diferencia radica en la naturaleza de la función pública que desempeña el servidor público. Si la finalidad de un proceso penal de corte acusatorio es dejar evidencias de los registros de manera que hagan uso del avance tecnológico, en la que consten las grabaciones de audio y video en las audiencias, si bien justifican la publicidad, transparencia e interés público; lo cierto es, que no es la forma viable, razonable y proporcional de resolver los problemas de transparencia de los procesos penales para velar por la recta o incorrecta actuación de los jueces o servidores públicos.

Es así que, al respecto se encuentra en tela de juicio la justificación razonable de la utilidad práctica del registro de audio y video en las audiencias ante órganos jurisdiccionales de conformidad al Código Nacional de Procedimientos Penales, contrario a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional: el derecho fundamental a la protección de datos personales y la autodeterminación informativa.

Para ello, se hace necesario el estudio y la aplicación del control de convencionalidad y constitucionalidad al que están sujetos todas las autoridades y los órganos de poder del Estado, no solo como una función de interpretación del Poder Judicial, sino también en la interpretación del Poder Legislativo al momento de crear una norma que regula el comportamiento de la sociedad en un Estado Social Democrático y de Derecho; en donde uno de los principios inalienables de los derechos fundamentales, como el *indubio pro libertate* menciona que, en caso de duda, habrá que estar a favor, siempre del sentido más favorable para la existencia y garantía de un derecho fundamental.³³

X.METODOLOGÍA

La metodología utilizada para esta investigación es la documental, con el objetivo de obtener información para permitir deducir conclusiones.

³³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 30 y, en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 16 de mayo de 1989, este último mediante resolución de 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo.

Investigación Bibliográfica. Se realizó la recopilación de información, uso de lecturas y consulta de libros, tesis, folletos, revistas, boletines y cualquier otro tipo de información escrita que se considere importante y necesaria para realizar la investigación. Utilizando además el método histórico crítico, jurisprudencial y sociológico.

Método deductivo. En el presente trabajo de investigación utilizaremos el método deductivo con el objeto de partir de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares y específicos del problema planteado.

Se pretende conocer el grado en que el sistema procesal penal mexicano específicamente con la implementación del proceso penal acusatorio, realizan el respeto a los derechos humanos y de las tendencias que se advierten en el cumplimiento de cada uno ellos consagrados en nuestra Constitución y elevadas a su máximo esplendor en las reformas del 18 de junio de 2008, 6 y 10 de junio de 2011.

Interpretación sistemática. En el sentido de hacer una interpretación de los derechos fundamentales conforme al sistema de protección de los derechos humanos.

La información jurídica obtenida, así como el contenido de las mismas nos mostrarán sin lugar a dudas la medida en que el sistema penal mexicano respeta y cumple fielmente los derechos del individuo que notoriamente son deficientes a la falta de la tutela de los derechos humanos, procedimientos establecidos. Motivo por el cual se pretende analizar la problemática planteada desde la perspectiva socio jurídica; es decir, si realmente las reformas al acceso de la información garantizan el derecho a la protección de datos personales que la sociedad demanda, y a la vez realizar un juicio analítico crítico de los cambios estructurales referente a la protección de los datos personales y al principio de máxima publicidad que a lo largo de los años ha estado en constante evolución y plantear así viabilidades en las reformas constitucionales futuras para garantizar el óptimo desarrollo de la política pública gubernamental y social.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En las reformas constitucionales de 2011, el Estado mexicano ha puesto en marcha de conformidad al reconocimiento internacional de los derechos humanos, diversos mecanismos de protección de los derechos fundamentales, entre las que destacan que las interpretaciones sean conforme al artículo 1o. de la Constitución, donde se plasma la ideología humanista, pero con ciertas restricciones, con el afán de proteger los derechos de terceros y del interés público.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS Y LÍMITES

Sin duda, el origen de los derechos fundamentales deviene del reconocimiento de los derechos humanos. Estos derechos al tener carácter de rango constitucional, permean el actuar del poder público. Los derechos fundamentales realzan el sentido de respetar y proteger la esencia de los derechos humanos dotándolas de eficacia social y de su validez en el sistema jurídico mexicano.

En ocasiones, los constituyentes invocan la soberanía – o mejor dicho la potestad delegada a ellos- como pretexto para justificar el menoscabo de los derechos humanos; y se olvidan que estos implican un límite para el ejercicio del poder constituyente (originario o permanente) y de los poderes constituidos, de allí que se hable de la sujeción del Estado constitucional al derecho internacional de los derechos humanos.³⁴

La justificación de protección de los derechos humanos ya reconocidos como derechos fundamentales, actúa como freno al arbitrio de la potestad imperativa que

³⁴ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2013, p.18.

tiene el Estado, dentro de los tres niveles de gobierno, cuya eficacia esencial reside en su principio de universalidad, de interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

1. *Concepto jurídico de derechos fundamentales*

Derivada de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, que vinculados con el principio de igualdad y no discriminación eje toral del Derecho, redimensiona los derechos y las obligaciones contenida en la Constitución, que encuentra su medio de aplicación mediante la interpretación conforme, en garantía del principio *pro-homine*.

De esta manera Miguel Carbonell define los derechos fundamentales como aquellos que: “son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.”³⁵

II. PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otro de los elementos que a favor de la libertad de expresión lo es el derecho a estar informado.

1. *Principio de garantía de Protección*

El principio de garantía mínima de protección de los derechos fundamentales encuentra su fundamento en diversos instrumentos internacionales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el su artículo 14.3 enumera una serie de garantías mínimas, de toda persona imputada de un delito en un proceso penal:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

³⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, p.5.

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.³⁶

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Opinión Consultiva, ha establecido en el artículo 14 lo concerniente a la protección de los derechos humanos y que “este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”³⁷. La relevancia de esta opinión consultiva deriva que las garantías mínimas que establece el artículo en comento, es de manera enunciativa mas no limitativa.

En opinión disidente, el juez *Oliver Jackman* cita que: “los conceptos de relevancia, proporcionalidad, oportunidad y sobre todo necesidad, son herramientas indispensables para valorar el papel que juega un derecho dado en la totalidad de la estructura del debido proceso”³⁸, esto es, que las garantías procesales mínimas que todo Estado Parte de la Convención Americana debe establecer en su

³⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

³⁷ OC-16/99, Opinión Consultiva solicitada por el Estado Mexicano de México, relacionado con el derecho a la asistencia consular que opera dentro del debido proceso legal, en el caso de un connacional ante un órgano jurisdiccional extranjero. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieq_16_esp.pdf

³⁸ Cfr. Opinión Parcialmente disidente del juez Oliver Jackman, punto 9, de la *Opinión Consultiva* OC-16/99.

normativa interna como garantía fundamental de los derechos humanos, que sin duda la universalidad del mismo exige para el debido proceso.

Vale la pena mencionar que derivada de la protección del derecho a las garantías mínimas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decidido adoptar medidas tendientes a proteger el derecho a la dignidad humana y las libertades fundamentales de las personas privadas de su libertad llamada: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.³⁹

2. Principio de Progresividad

Por su parte, el principio de progresividad establece la obligación del Estado y de todos los órganos internos de poder público, procuren que los derechos humanos reconocidos principalmente en la Constitución, no puedan ser eliminados ni ser restringidos más allá de los límites que imponga la propia Constitución, es decir, el carácter de progresividad de la protección de los derechos fundamentales prohíbe el retroceso de la protección procurando así, seguridad jurídica para el gobernado. En ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado Mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar

³⁹ Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, documento aprobado en comisión el 21 de marzo de 2008, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.⁴⁰

Con la reforma del artículo 1o. de la Constitución, se desprende dos principios que tiene relación con el principio de progresividad: el principio *pro personae* y el *principio de interpretación conforme*. El primero se refiere a que la interpretación y aplicación de una norma se debe resolver a lo más favorable a la persona; la segunda, refiere que, al momento de interpretar la norma constitucional, puede aplicarse una norma de derechos humanos como la contenida en un tratado internacional suscrito por México, siempre que sea más favorable y que otorgue mayor protección.

3. Dignidad Humana

Otra característica controversial que se debate en el derecho al acceso a la información y protección de datos personales, es lo referente al concepto de dignidad humana, derivada del reconocimiento en la Constitución del principio *pro homine*, de la cual todo acto de autoridad ya sea del poder ejecutivo, judicial y legislativo se encaminen a la defensa y protección más amplia de la persona humana.

La dignidad es difícilmente definible, especialmente a nivel legal, como veremos ningún instrumento internacional ha asumido la tarea de definirla: *Omnisdefinitio in jure periculosaest*, la cual se deja librada, que los tribunales con sus criterios, realicen la determinación de la significación de la dignidad por la intuición común para que la aplique al caso concreto.⁴¹

⁴⁰ Tesis: 2a. CXXVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Tomo II, noviembre de 2015, p.1298.

⁴¹ Cfr. Islas Colín, Alfredo, "Derecho a la Dignidad", *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre 2013, p. 128. El doctor, explica que: "la dignidad la podemos conocer por una parte de una manera general y, por otra parte, de una manera específica...", refiriéndose a que la parte general lo conceptualiza al origen del derecho mismo desde el punto de vista jurídico-axiológico, como un derecho

La labor encomendada a los tribunales es la de interpretar la ley de conformidad a los principios constitucionales y delimitar cuales son los derechos susceptibles de protección, así como su alcance dentro del marco legal; como refiere el Doctor Alfredo Islas Colín, la dignidad puede tener distintas acepciones: entre ellas se puede mencionar, como un principio, un rango, una categoría, como un elemento axiológico, que también se encuentra vinculada con la no discriminación, la igualdad, un derecho inderogable e irremplazable.

La dignidad debe de ser valorada y protegida por aquellos que tienen la noble labor de decir “el derecho”, la función jurisdiccional, así como aquellos que investigan al delito en protección de los intereses de la sociedad y del Estado. Al mismo tiempo, el Estado como sujeto obligado en materia de transparencia y protección de datos personales, se obliga de cuidar la esencia de la dignidad humana en todos sus actos, más aún en materia penal donde la situación legal se expone a la persona, es susceptible de vulneración ante el imperio del Estado. Por su parte la Corte Europea de Derechos Humanos dice que el poder punitivo del Estado se manifiesta de diversas maneras, afectando la dignidad de la persona:

[...] la CEDH califica que los actos contra los reclusos que atenten contra su dignidad son *aquellos que provocan sentimientos de desesperación y de inferioridad propios de la humillación* provocados por actos que se dirigieron para provocar el rompimiento de la resistencia física y moral [...]⁴².

La distinción entre el descrédito en el que una persona puede, justamente, incurrir, por falta de prudencia o de dignidad personal, y la reprobación que merece por un delito contra los derechos de otros...si nos desagrada, podemos manifestar nuestro disgusto, y mantenernos alejados de ella, como de algo que nos molesta; pero de ahí no se sigue que estemos llamados a amargarle la vida. Hemos de reflexionar en que ya soporta, o sufrirá, el castigo correspondiente o su error; si esa persona echa a perder su vida por culpa de una conducta equivocada, no por eso habremos de desearle una ruina aún mayor: en lugar de desearle el castigo, debemos

subjetivo y natural, cuyo vinculo es la conciencia colectiva, porque la sociedad está conformada de personas y que son estas la circunscribe la dignidad. Por su parte la parte específica, es la propia persona como objeto y fin de protección.

⁴² *Ibidem*, CEDH son siglas de la Corte Europea de Derechos Humanos, p.217-218.

tratar de paliarlo y mostrarle cómo puede evitar o subsanar los males que dicha conducta le acarrea.⁴³

En el ámbito jurídico, donde la conducta de cada persona está sujeta a ciertas restricciones previamente convenidas con el Estado, en el llamado pacto social, debe suponer que de acuerdo a esta última, su actitud ante la persona en caso de que a lo pactado afecte derechos de carácter individual debe ser con absoluto apego a la legalidad y constitucionalidad, para no para crear otros males que atenten contra su dignidad, sino crear una solución que le dé mayor oportunidad de reorientación, protección a sus derechos fundamentales, que le son propios reconocidas en la Constitución y garantizar el acceso a la justicia ya que el fin del Estado es prevenir, no castigar.

Uno de los temas poco explorado en el sistema jurídico mexicano es el llamado “el derecho al olvido”, aplicado a la protección de datos personales no es más que el derecho que tiene el titular de un dato personal a que se le bloquee, borre y suprima la información contenido en cualquier medio informático, para la no conservación del mismo a lo largo del tiempo. Evitando, así la vulneración del derecho a la protección de sus datos personales, así como la estigmatización a su persona.

III. CONCEPTO JURÍDICO DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En México, desde perspectiva de las fuentes formales del derecho y de los derechos fundamentales, se tiene en primera Instancia la Constitución, como fuente originaria; los tratados internacionales, de conformidad al artículo 1ro. y 133 de la Constitución, y la Jurisprudencia. La noción de límites en la ciencia jurídica, como afirma Aguiar de Luque: “alude a toda acción jurídica que entrañe o haga posible

⁴³ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Izquierdo Agustín (trad.), Madrid, Edaf S.A, 2004, p. 179

una restricción de las facultades que, en cuanto a derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos”.⁴⁴

1. Tipos de límites:

A. Restricción de derechos

La Constitución, en el artículo 29, menciona que: “La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Estas restricciones a los derechos obedecen a un fin práctico, en situaciones que se requieran medidas extremas a causas de situaciones tan extremas, que haga frente de manera y eficaz cualquier amenaza, generando consigo un estado de excepción en la que el Titular del Ejecutivo está facultado para ejercerlo, cuya característica es la temporalidad.

B. Límites al ejercicio

Según, Aguilar de Luque, haciendo referencia a la Constitución Alemana llamada *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, en su artículo 19, párrafo primero y segundo, textualmente cita:

Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

Artículo constitucional que a criterio del autor en mención, interpreta de la siguiente manera: “sentado lo anterior, el precepto impone unos límites a esa capacidad del legislador (los llamados límites de los límites) en cuanto que ha de

⁴⁴ Aguilar de Luque, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril de 1993, p. 13.

hacerlo con carácter general (no limitado al caso individual), debe citar el derecho fundamental y en ninguna caso puede afectar al contenido esencial del derecho”.⁴⁵

C. Suspensión de derechos

Al igual que la restricción de derechos, Este límite a la suspensión de derechos, se encuentra principalmente en el artículo 29 de la Constitución mexicana. La facultad discrecional del Poder Ejecutivo que la propia Constitución declara hace que lleve a cabo la tarea de los tres órganos de poder: Ejecutivo, Legislativo, y Judicial,⁴⁶ en la que la acción inmediata “podrá suspender” para que haga frente tal situación, de carácter prioritario el ejercicio de los derechos observando en todo momento la proporcionalidad del peligro al que se hace frente, bajo pretexto de preservar el orden público, seguridad nacional, de las que se desprenden el interés público.

En estas condiciones, los decretos de emergencia deben de cumplir con las exigencias internacionales, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reiterado que los requisitos esenciales para emitir un decreto con carácter de emergencia son la: duración, ámbito geográfico y alcance material.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 14

⁴⁶ Ejemplo de estas facultades discrecionales que se encuentran contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 29. “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado..”

“En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; ... ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

“La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Artículo 33. “Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.”

“El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.”

“Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.”

[...] es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia... Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad.⁴⁷

Es de suma importancia, distinguir de este documento jurídico, dos cuestiones sobre la suspensión y limitación de Derechos: la primera, a) límites externos de aplicabilidad: el geográfico –lugar-, su temporalidad –duración-, alcance material del estado de excepción –sobre qué-; segundo, b) límites internos de aplicabilidad: Razonabilidad –razón de ser-, principio de proporcionalidad.

Los límites internos de aplicabilidad en materia de restricción y suspensión de derechos, son los medios de control que funcionan como medidas restrictivas, en la que se privilegie la no vulneración derechos humanos. Una medida emergente, su razón de ser, debe ser estrictamente necesaria, sujetándose al principio de proporcionalidad en la que la finalidad de la medida sea equilibrada entre la facultad de restricción o suspensión y el derecho objeto de limitación.

⁴⁷ PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, “Observación general No.29, Estados de Emergencia”, Naciones Unidas, 2001, p. 3, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf?view=1>.

2. Interés Público, factor común del límite de los derechos fundamentales

Los límites del ejercicio de los derechos fundamentales pueden considerarse desde dos perspectivas: los límites internos y externos. En los límites internos les corresponde a los operadores jurídicos controlar el correcto adecuamiento de los alcances de los respectivos derechos, mediante la resolución de problemas a casos concretos, haciendo uso de la interpretación y argumentación jurídica. En los límites externos, el poder constituyente o reformador impone en el ordenamiento jurídico de manera expresa o implícita el ejercicio de ciertos derechos fundamentales que, en nuestro caso, es el interés público.

Tampoco se pretende defender un derecho de manera ilimitada, pues es de reconocerse que en un Estado de Derecho existen diversos medios de control constitucional, como el juicio de amparo, acción de inconstitucionalidad, protección de los derechos políticos electorales, que son mecanismos que permiten a las personas protegerse de los abusos del ejercicio del poder; ya que la finalidad de la Constitución es dotar de equilibrio el orden jurídico en una sociedad.

La noción de interés público se asocia a la función del Estado, debido a la actividad eminentemente administrativa a la que se ve obligada a realizar diariamente todo el poder público en favor del bien común y de la colectividad. Recordando la teoría del pacto social, el doctor Héctor Jorge Escola nos define al interés público como:

El interés público —de tal modo— es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigne a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o le afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.⁴⁸

⁴⁸ Jorge Escola, Héctor, *El interés público como fundamento en el derecho administrativo*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1989, pp.249-250.

Menciona que interés público nace de los intereses individuales coincidentes por un grupo cuantitativamente preponderante, el cual es aceptable por la mayoría de esa colectividad y que finalmente el Estado hace suyo mediante obligatoriedad. Además, la imposición al grupo minoritario que se opone o resiste a tal pretensión de la colectividad, encuentra su sustento en la igual distribución de sus efectos; para que haya un verdadero consentimiento, a juicio de este autor, se requiere voluntad y consentimiento de todos sin excepción.

Solo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado...llega no solo a desplazar, sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo el primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería, en concreto, la causa de la tan mentada "razón de Estado", con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público.⁴⁹

Esa identidad de intereses entre el interés público y el interés del Estado, en las distintas civilizaciones humanas ha persistido y seguirá existiendo desde el punto de vista material y práctico, como criterio orientador de un Estado Absoluto; aunque no debiera ser así, para un Estado Democrático y Social donde la mayoría y la minoría se encuentran en igualdad jurídica y, que el criterio cuantitativo no sea la diferencia.

Eva Menéndez Sebastián, nos plantea una nueva visión de la relación entre Estado y sociedad. Establece que el Estado debe de garantizar el derecho a la protección de los derechos humanos de una persona basados en el bien común reformulando los mecanismos que hagan posible esa garantía. Afirma lo siguiente:

El Estado social se plantea como objetivo, como Estado garante del interés general - en el sentido de bien común de la sociedad de Tomás de Aquino y no como suma de intereses particulares propio de Adam Smith-, preservando una serie de derechos de

⁴⁹ *Ibidem*, p.244.

los ciudadanos, y reformulando los medios para alcanzarlos, pues si el instrumento que fue a este respecto en sus orígenes el Estado prestacional, no sirve hoy para recomponerlo, habrá que acudir a nuevas fórmulas, como ha advertido Esteve Pardo⁵⁰

La relación entre Estado y Sociedad, según la autora, hace necesario repensar los fundamentos de las Instituciones jurídicas a las cuales no se les resta valor, sino que deben de reformularse sus principios jurídicos ajustada a la nueva realidad social. Esta nueva visión de la función garantista y protectora de los derechos fundamentales es la que necesita un *Estado Social Democrático y de Derecho* para resolver los problemas que hoy aquejan a la sociedad.

Por su parte, como señala la doctora Carla Huerta Ochoa, que las limitaciones establecidas en la Constitución fueron contempladas por el Poder Constituyente con el fin de dotar de mayor eficacia jurídica a un sistema normativo y regular la actividad de todo poder público de una manera legítima donde la legalidad sería el principio rector:

Las limitaciones establecidas en la Constitución, tales como los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la división de poderes, el federalismo, etcétera, tienen como fin garantizar la vigencia de la soberanía nacional al establecer jurídicamente patrones mínimos de comportamiento a los cuales deben adecuar su actuación los funcionarios públicos, que no es otra cosa sino el principio de legalidad.⁵¹

El Constituyente también buscó equilibrar el poder político caracterizado en el interés público frente a los intereses individuales; en situación análoga, hoy en día, podemos equiparar ese interés individual en la protección de los datos

⁵⁰ Menéndez Sebastián, Eva Ma., "Conclusiones e ideas sobre el Estado del bienestar", *Documentación administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, nueva época, núm. 1, enero-diciembre 2014, s. núm. pp., Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10157&path%5B%5D=10618>.

⁵¹ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª. Ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 16.

personales y la dignidad humana de una persona frente a la imperativa justificación del interés público.

Pero las limitaciones en sí no son suficientes, sino que requieren de medios de control que las garanticen, haciéndolas efectivas. Es preciso entonces establecer qué funciones corresponden a qué funcionarios, determinar quién será el responsable de ejercer qué competencia. Y para evitar la arbitrariedad y el abuso, deben dejarse esas disposiciones escritas en un documento, así como darles fuerza legal para que sean obedecidas⁵²

El interés público como límite a la protección de datos personales en los supuestos expresados en las leyes no es suficiente solo por tener carácter enunciativo, ni imperativo, sino que realmente requiere de mecanismos de control que especifiquen su adecuada aplicación atendiendo a la naturaleza de los derechos que entren en conflicto con el interés público.

En definitiva, los actos de poder son sujetos de control y es aquí donde la función del control es vigilar que las limitaciones jurídicas contenidas en la Constitución sean respetadas, evitar el abuso de facultades entre los diversos órganos del Estado. Y porque no decirlo, de los límites del límite a protección de los derechos fundamentales: interés público. El jurista español Eduardo García de Enterría menciona que es necesario el control del poder en el ámbito del poder ejecutivo para que éste, en el momento de tomar acciones con el fin de mantener el orden público y legal, busque a la vez proteger derechos fundamentales de las personas que en un momento dado se vieran afectadas en las esferas de su derecho individual:

Lamentablemente en este rubro, proclamar inmunidad jurisdiccional por estos actos, implica que el Poder Ejecutivo y “la administración a su cargo puede obrar sin límites legales algunos en donde incluso puede atropellar los derechos más elementales y obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, para exigirle

⁵² *Ídem.*

el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados. (Como ejemplo tenemos actos encaminados al orden público y la organización militar).⁵³

El autor afirma, que los actos públicos discrecionales propios del poder ejecutivo y su administración no pueden justificarse con la simple legitimidad que la propia ley o Constitución establezca como los llamados: seguridad nacional, orden público, seguridad jurídica y salud o derechos de terceros. Por ello, resalta que:

El orden público es hoy en todos los países el ejemplo más claro de lo que hemos llamado “conceptos jurídicos indeterminados”; no puede ser una facultad discrecional del Ejecutivo y su administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o el incluir el más inocuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. No hay que olvidar que todo orden constitucional construye un ámbito de vida privada, las libertades y derechos fundamentales, justamente con el ánimo de declararlos exentos de la acción policial, afirmar que es discrecionalidad de la Administración determinar si cualquier actividad es contraria o no al orden, es tanto como aceptar que la Administración pueda hacer caso omiso de esas libertades ya ganadas.⁵⁴

De esta manera, se establece que el concepto de interés público no debe considerarse de carácter indeterminado, pues se tendrían las múltiples justificaciones de actos de autoridad, que colocarían en estado de indefensión, no el sistema jurídico penal, sino a la persona sujeta a proceso penal.

⁵³ García de Entería, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª. Ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983, p.62, citado en: García Olivo, Miguel Ángel, “Instrumentos de control constitucional del poder ejecutivo”, *Matices Revista de Posgrado*, México, UNAM, vol. 5, núm. 12, 2010.

⁵⁴ *Ídem*.

3. El límite de los derechos humanos

En un estudio teórico acerca de los límites de los derechos humanos, el profesor y jurista, Maximiliano Prado Donoso, afirma que los orígenes de las ideas de libertad surgieron del liberalismo y del contractualismo de la revolución francesa, de manera paralela al derecho natural del iusnaturalismo racionalista; e intenta superar el problema del individualismo entre el contexto comunitario impuesto por un Estado Social, que actualmente en las sociedades modernas el reconocimiento de los derechos humanos no solo actúa como límites internos de un Estado, sino el reconocimiento mismo desde un plano internacional supera a la soberanía del Estado, no queda más que adecuarse y reconocerlas.

Destacan tres aspectos importantes acerca de la idea de los límites de los derechos humanos: 1) bajo el concepto del constitucionalismo liberal es aceptable reconocer los límites a los derechos, pero solo en la medida de garantizar el ejercicio de esos mismos derechos de los demás, expresada en una ley de carácter general y abstracta, jamás en forma individual; 2) en el concepto de que los derechos humanos son absolutos, remarca el carácter de inalienable e inherente al ser humano, y por tanto no pueden ser limitados; 3) en el concepto de que jamás los derechos humanos serán absolutos, ya que en el momento mismo de su ejercicio en una colectividad resalta otros valores socialmente reconocidos, como la función social y el interés público.

En consideración a los aspectos mencionados, clasifica los diferentes orígenes de los límites de los derechos humanos:⁵⁵

- a) La multiplicidad y coetaneidad de los titulares. – Se refiere a que el límite establecido deriva de la sociedad misma por estar conformada por varios individuos, en un mismo plano de igualdad, el límite del derecho de una persona es el límite de otro.

⁵⁵ Cfr. Prado Donoso, Maximiliano, "Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 34, núm. 1, enero-abril, 2007, pp. 61-90. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177014515005.pdf>.

- b) Los límites materiales. - La escases de los recursos económicos y humanos en un contexto social hacen posible la limitación.
- c) De los grupos y asociaciones y derechos colectivos. - los límites a los derechos humanos son influenciados por la existencia de grupos colectivos, asociaciones, sindicatos, o grupos comunitarios.
- d) Los límites recogidos en normas positivas. - son los límites expresados en la Constitución o en leyes que deriven de ella, cuya razón es necesaria para evitar conflictos y poder asegurar el respeto a los derechos de los demás, aunque, bien menciona el autor, en éstos el lenguaje del texto es muy amplio y ambiguo –moral pública, seguridad, orden público-.

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Constitución mexicana, en el artículo 16 constitucional ha reconocido la protección de datos personales, diseñando a tal efecto que este derecho fundamental sea esencial fungiendo a la vez como límite a la libertad de expresión y libertad de información, teniendo en cuenta, como eje toral que no se denigre la dignidad humana ni los datos que se consideren de carácter personal. Con esto, se busca proteger el derecho de los particulares frente al poder público del Estado.

1. La protección de datos personales y su evolución histórica en México

El derecho a la protección de los datos personales se encuentra vinculado a este segundo componente –el derecho a la autodeterminación informativa-, pues protege un aspecto importante de nuestra privacidad: los datos personales. Los orígenes de este derecho se remontan a 1983, cuando el Tribunal Constitucional Alemán determinó que: “...el libre desarrollo de la personalidad presupone, en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. [...] El derecho fundamental garantiza de esta manera la

capacidad del individuo principalmente para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales.”⁵⁶

Siguiendo igualmente el planteamiento de la doctora Isabel Davara, que la protección de datos personales al igual que la autodeterminación informativa, son derechos subjetivos que se consideran de tercera generación, equiparándolo como derechos colectivos, dada su exigencia ante el plano nacional e internacional, encajando -asegura la doctora- al concepto de *calidad de vida*.

[...] el análisis de la protección de datos puede estructurarse en un triángulo cuyos tres vértices se denominarían *principios, derechos, y procedimiento* respectivamente. Así, diríamos que la protección de datos se compone de una serie de principios, que, a modo de declaraciones programáticas, establecen los pilares en los que se basa la protección de datos. Los derechos, por su parte, representan la concreción subjetiva de ejercicio de esos principios; es decir, cómo el titular de los datos de carácter personal puede ejercer unos derechos que concretan los principios teóricos en los que se basa toda la normativa. El procedimiento, finalmente, cerrando este triángulo ficticio, concreta la tutela pública a la que el individuo puede recurrir cuando se ve lesionado en el ejercicio de esos derechos como consecuencia de esos principios. Por otro lado, en el tratamiento de datos de carácter personal podemos distinguir tres fases claramente diferenciadas: la *obtención de los datos*, el *tratamiento de los mismos*, y la *utilización* del resultado del tratamiento, y, en su caso, transmisión de datos a un tercero. En cada una de esas fases tenemos que atender al respeto de todos los principios y derechos prescritos en la normativa. De esta manera, si no se cumple con alguno, el tratamiento se convierte inmediatamente en ilícito.⁵⁷

Sin embargo, en México la regulación de los datos personales, ya se llevaba a cabo, aunque no de manera explícita como se trata de protegerse en la actualidad. El Reglamento de la Ley de Información Estadística y Geográfica⁵⁸ publicada en el

⁵⁶ García Ricci, Diego, “Artículo 16 Constitucional, derecho a la privacidad”, México, *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 1046.

⁵⁷ Davara F. Marcos, Isabel, “Protección de datos de carácter personal en México: Problemática Jurídica y estatus normativo actual”, *Protección de Datos Personales, Compendio de Lectura y legislación*, México, Tiro Corto Editores, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2010, p.82.

⁵⁸ Ley de Información Estadística y Geográfica (LIEG), 1980. Y su posterior reforma de 1983, donde se crea el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Finalmente, abrogada el 16 de abril de

Diario Oficial de la Federación, el 3 de noviembre de 1982, menciona la confidencialidad y reserva de ley de los datos recolectados durante el levantamiento del censo:

ARTÍCULO 3o.- Se considera dato estadístico confidencial los informes cuantitativos y cualitativos proporcionados por los informantes para fines estadísticos, referidos a una unidad de observación.

Además, en los artículos subsecuentes artículos, menciona los datos que son susceptibles de acceso al público solo para fines estadísticos, menciona la posibilidad de acceder a los datos y poder rectificarlos mediante los procedimientos establecidos. Pero lo que resulta más significativo es la publicación de los nombres y domicilios para efectos de la publicación de directorios no eran considerados como datos confidenciales. Pero esta confidencialidad no debe presumirse *per se*, sino que debe demostrarse, fundado en una ley o tratado que determine si efectivamente se tiene la obligación de confidencialidad, a fin de estar en posibilidad de determinar la idoneidad de la reserva invocada.

Artículo 77.- [...] Para efectos de publicación de directorios de personas físicas o morales, los nombres y domicilios correspondientes no tienen el carácter de información estadística confidencial.

La protección de datos de carácter personal, aunque ya previamente establecida en diferentes leyes y códigos desde décadas anteriores, fue reconocida actualmente de manera expresa en diferentes Constituciones de varios países; teniendo su origen en el mercantilismo y a la necesidad de protección de datos de los clientes y socios en las diferentes transacciones que se realizan a nivel nacional e internacional, como efecto de la globalización a nivel mundial.

En México, a partir del 2002, con la creación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública se propuso garantizar el acceso a toda persona la información que se encontraba en posesión de las entidades

2008, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación de: Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.

gubernamentales, creando así, en el año 2003, un organismo dotado de autonomía que sería la encargada de transparentar y agilizar los trámites respectivos que sería el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.⁵⁹

Mediante una reforma constitucional de fecha 20 de julio de 2007 se agrega al artículo 6o., segundo párrafo con siete fracciones en donde se especifica la protección de datos personales. En el 2009, precisamente el segundo párrafo se agregó el derecho a los llamados derechos ARCO y con las reformas al artículo 73 donde se le otorga al Congreso de la Unión legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-O. Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.

Finalmente, para el 2010 se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.

Siguiendo la tradición Kelsiana, partiendo que la Constitución como pilar de toda norma dentro del sistema jurídico de un Estado Democrático y de las normas secundarias: los Códigos, las Leyes, reglamentos y decretos. Se tiene que el fundamento constitucional se encuentra previsto en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como medida de protección de todos los datos que se encuentren en posesión de cualquier ente público o privado, cuya excepción son los establecidos por razones de seguridad pública, salud, y proteger derechos de terceros.

El fundamento constitucional de la protección de datos personales básicamente son los tres artículos siguientes:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o

⁵⁹ Con la reforma Constitucional de 2015, el IFAI cambia de nombre al de INAI (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, junto la aprobación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

En este artículo enuncia que la libertad de expresión, fijándose como límite en los tres casos que vedarían el derecho a la libertad de expresión: cuando se ataque a la moral, la vida privada, y derechos de terceros. También, en el apartado A, fracción II, establece que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

El artículo precedente hace referencia a la libertad de imprenta bajo cualquier medio de difusión, la autoridad se encuentra obligada a respetar, a no censurar ni coartar o impedir la transmisión de cualquier información, el cual incluye los datos personales, y las circunstancias que aseguren la confidencialidad del buen tratamiento de los mismos.

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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.

El artículo es de vital importancia porque contiene en su segundo párrafo, el derecho fundamental a la protección de los datos personales como principio que conforme al primer párrafo este no puede ser vulnerado salvo por una autoridad que fundamente y motive tal afectación y, en su segundo párrafo, bajo las más estrictas razones, como las de seguridad nacional, orden público, derechos de terceros y salud pública. Además, la Constitución, las leyes secundarias que definen y permean la protección de los datos personales, básicamente esta protección se realiza en dos momentos:

- a) La obtención de los datos: de la cual se tiene *el consentimiento*, obligación de la información, principio de finalidad, de proporción y vigilancia.
- b) El tratamiento de la información o mejor conocido como los Derechos ARCO: Acceso, Rectificación, Corrección, oposición. A esto último hay que agregarle el derecho de olvido.

En México, al igual que en varios países, la Constitución se considera no solo un documento de carácter político donde se encuentre enumerada la construcción orgánica o una estructura política de un Estado, sino que se considera como la fuente del derecho reconocida en sí misma como un pilar que sostenga una Nación Democrática, regulando principios de *ultima ratio*, de carácter vinculante al sistema jurídico.

2. La autodeterminación informativa y su contexto Constitucional

La autodeterminación informativa no solo busca proteger el aspecto más privado e íntimo de la persona, sino el derecho de elegir, como parte del derecho a ser escuchado y oído; pues lo que está en juego no es solo el interés público de la función jurisdiccional por parte del Estado sino el tratamiento de datos personales

de una persona, que siente y piensa, el sentimiento más íntimo que en un momento dado afecta su identidad, su imagen ante los demás y ante sí mismo.

El derecho subjetivo a la autodeterminación informativa encuentra sustento en el segundo párrafo del artículo 6º. Constitucional, en la que el Constituyente en aras de proteger al gobernado, de las intromisiones no autorizadas o arbitrarias de los demás poderes públicos y como requisito indispensable en el tratamiento de datos personales.

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.

Este consentimiento, es el objeto de protección dentro de la autodeterminación informativa del titular de los datos personales, derivada del derecho a la privacidad; consiste en el poder de disposición de sus datos, decidir a quién le entrega sus datos, teniendo así, pleno conocimiento del uso y finalidades en la que se ha establecido la recolección de los datos de carácter personal.

Es imprescindible la valoración del derecho a la autodeterminación informativa en México, para efectos de que podamos hacer efectivo el derecho a la protección de datos personales...podemos afirmar que el derecho a la autodeterminación informativa es la garantía que permite hacer eficaz el derecho fundamental a la protección de datos personales. Finalmente, es necesaria la participación del Estado y la sociedad civil, para que se creen los mecanismos de ponderación y coexistencia necesarios para la protección de los derechos humanos en nuestro país.⁶⁰

La autonomía informativa se faculta a la persona titular de sus datos para decidir sobre la recolección y difusión de sus datos de carácter personal, esto a su

⁶⁰ Cantoral Domínguez, Karla, "Derecho a la autodeterminación informativa: "Mecanismo de protección de la persona frente al tratamiento de su información de carácter personal", en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010, p. 140.

vez permite dotar de eficacia la protección de los datos personales. Los datos personales proporcionan cualquier información referente a un individuo, por tanto, es primordial su restricción para su manejo adecuado.

Por contener datos privados deben considerarse como propiedad de la persona titular de ellos, a los que el artículo 14 y 16, deben corresponder para su intromisión o sustracción sin el consentimiento de la persona, por escrito cumpliendo a cabalidad los requisitos de la debida fundamentación y motivación.

Al hablar de autodeterminación informativa, no es sinónimo de libertad, Antonino Spadaro, hace un estudio sobre la *autodeterminación* referente al alcance del significado en el ámbito jurídico y social.

Mucho más complejo y emblemático -por lo menos, así me parece- es el uso del término «auto-determinación» para el ejercicio de una tradicional libertad «individual». En la perspectiva de una concepción del Estado constitucional de tipo liberal, y con más aún razón, en la perspectiva solidaria y personalista, cada libertad individual, en cambio, no es un valor absoluto, sino que tiene siempre un carácter relativo e intrínsecamente relacional, y por lo tanto, paradójicamente, lleva siempre implícita la idea de «límite».

Además, mientras que la palabra «libertad» parece meramente descriptiva de un status subjetivo activo que habitualmente llamamos derecho, el término «auto-determinación» individual, en todos sus sentidos, parece indicar más bien el ejercicio de una voluntad precisa e incoercible: allí (en la libertad) se «re-conoce» algo, aquí (auto-determinación) como mucho se la re(i)vindica. En fin, la idea de «libertad» evoca un estado de cosas y dentro de ella es implícita, necesariamente, incluso la idea de límite: por principio, las libertades siempre se limitan recíprocamente. En la idea de «auto-determinación» parece -repetimos: parece- que se sobrentiende la necesidad de una acción para defender una condición amenazada, o todavía no (o no plenamente) gozada y, por lo tanto, aparece más fuerte la idea de voluntad y de decisión⁶¹.

El autor, parte de que la autodeterminación y libertad son casi sinónimos, pero tampoco iguales, debido a que en la actualidad el concepto de la

⁶¹ Spadaro, Antonino, “Las dos caras del constitucionalismo frente al principio de auto-determinación”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 92, enero-abril 2015, p.32.

autodeterminación tiene su uso tratándose en la formación de grupos sociales. Describe la autodeterminación bajo dos tipos de formas: la colectiva e, individual. La primera, se refiere a que en la conformación de los pueblos –autodeterminación indígena- su identidad conlleva a la independencia funcional sustentada en un autogobierno que solidifique a un Estado Democrático de Derecho; en cambio, la segunda forma, bajo la premisa de que el grupo social está conformado por individuos –independientemente del pacto social-, esa individualidad requiere de “*no invadan* su vida, o sea que no atenten contra sus libertades individuales con disposiciones y reglamentaciones que resultarían a su juicio, opresivas.”⁶²

Bajo esta perspectiva, la autodeterminación surge para proteger y defender intereses subjetivos de orden normativo, así, esta autodeterminación no proviene de la voluntad propia del individuo, sino de que el reconocimiento a su libertad de elegir o decidir la ha reconocido una norma fundamental.

Alfredo Chirino Sánchez, respecto a la autodeterminación informativa, describe lo que en esencia debe entenderse de tal concepto, dado que abarca no solo el derecho a la tutela procedimental sino el derecho a la libertad de una persona dentro de su individualidad hacia el mundo exterior.

[...] toda vez que al afirmar que se protege el derecho al acceso a los datos, de alguna manera se crea una tutela patrimonializante; es decir, que crea una especie de dominio sobre los datos personales, cuando en esencia lo que debe tenerse en cuenta es la tutela del derecho del ciudadano a saber cuáles datos suyos están siendo tratados, con qué fines, por cuáles personas, bajo qué circunstancias y con el fin de definir cuáles son los peligros que para su persona los mencionados tratamientos pueden tener. Este derecho se conoce en la discusión jurídica alemana como el derecho a la autodeterminación informativa (*informationelle Selbstbestimmung*) y tiene precisamente su punto de partida en la intimidad, pero significa más que ésta, es la tutela de áreas de libertad, de las áreas en las que un sujeto puede autodeterminarse, en la gestación y desarrollo de su plan de vida.⁶³

⁶² *Ibidem*, p.38.

⁶³ Chirino Sánchez, *Autodeterminación informativa y estado de derecho en la sociedad tecnológica*, Costa Rica, Comisión nacional para el mejoramiento de la Administración de justicia, 1997, p. 28.

Por lo que considera necesario, para tutelar de manera efectiva este derecho, es evitando problemas de interpretación, de tal manera que sea sostenible el derecho a que cualquier persona pueda mantener en reserva sus actividades u opiniones y, sobre todo sus datos de carácter personal, de esta manera evitando intromisiones desproporcionadas e impedir que sean conocidos por terceros. Para cualquier medida que tienda a limitar el derecho a la autodeterminación informativa como en materia penal, es necesario que exista proporción entre la medida y el fin propuesto; es decir, bajo el principio de proporcionalidad.

En éste como en otros supuestos debe de exigirse la existencia de una normativa específica, que además de ser clara establezca como límite el principio de proporcionalidad a fin de que en cada caso en que esté en peligro el derecho a la autodeterminación informativa, aun cuando el Estado alegue estos intereses públicos, se demuestre que esa comparación de datos o el procesamiento en concreto sea el único medio idóneo y racional para alcanzar los fines propuestos, de manera que no se haga nugatoria la expectativa de los ciudadanos de que el Estado tendrá también límites en su actividad investigativa.⁶⁴

Por tanto, la característica del derecho a la autodeterminación informativa debe contener los siguientes elementos: a) el consentimiento, b) la responsabilidad de los sujetos obligados y, en caso de su limitación: c) la justificación en razón del principio de proporcionalidad y razonabilidad. No cumplir adecuadamente con algunos de elementos esenciales sería violatorio a la luz de los derechos humanos y su protección como derechos constitucionales, pues dejar a la discreción del poder estatal, no cabría lugar en un Estado Social Democrático de Derecho.

⁶⁴ *Ibidem*, p.35.

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

I. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD HACIA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En la teoría de los derechos de la personalidad, es necesario distinguir los conceptos de atributos de las personas y derechos de la personalidad; ya que, en esta última, se encuentran comprendidas los derechos a la vida privada, al honor, a la intimidad, que son consideradas como derechos subjetivos inherentes a la persona humana que, junto con los atributos de la persona dan origen a la necesidad de proteger un elemento esencial de distinción de una persona a otra: sus datos sensibles.

1. *Derechos de la personalidad y su distinción de los atributos de la persona*

La sociedad está en constante evolución, las normas y principios jurídicos no son la excepción, para una mejor comprensión partiremos del concepto de persona, cuyo concepto ha sufrido una ampliación de lo que era referido solo al ser humano, a una ficción jurídica llamada persona jurídica colectiva, dando así una noción más amplia de lo que se entiende por persona. Javier Álamo, menciona: “al margen de la designación y precisión en cuanto a su origen semántico, es indudable que a los seres humanos se les ha ligado desde todos los tiempos...ser titular o imputable de derechos y, obligaciones”.⁶⁵

Lo que hay que distinguir del concepto anterior es que en la actualidad jurídicamente se reconocen dos tipos de personas: la persona física y la persona jurídicamente colectiva. La persona física es en esencia el ser humano reconocido por el derecho positivo a través de la personalidad. Por su parte, la persona

⁶⁵Álamo, Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano, la sociedad anónima mexicana, no es anónima, es nominada, la sociedad de gestión colectiva no es de gestión, es representativa simple*, México, Porrúa, 2000, pp. 9-10.

jurídicamente colectiva es creada por el ser humano para proteger derechos de ciertos grupos que se vinculan en un objeto común y fines determinados, ya sean económicos, políticos o sociales.

A partir de ello surge la necesidad del concepto de personalidad, como una manifestación a la vida jurídica de la creación o extinción de las relaciones entre personas ante el imperio del Estado al ser un órgano regulador, como un derecho intrínseco relacionado con la naturaleza humana; es decir, la personalidad otorga al sujeto el derecho de actuar.

La idea de personalidad va ligada inseparablemente a la noción de persona: quien es persona tiene personalidad, quien tiene personalidad es persona. La personalidad es esa aptitud de poder ser sujeto de derechos y deberes, esa posibilidad de actuar en el mundo jurídico, de tener derechos y poder obligarse, de ahí su etimología *personare*; es decir, la posibilidad que se tiene de sonar, de hacerse escuchar en el mundo del derecho.⁶⁶

La personalidad es la proyección de la persona en el ámbito de lo jurídico, es una posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en la infinita gama de relaciones jurídicas.⁶⁷ Para que exista el nexo causal de la relación en el ámbito jurídico, se necesita de características que la personalidad posibilita al gobernado en ser sujeto de derecho y obligaciones.

La capacidad es una atribución de carácter esencialmente socio-jurídica que habilita a un sujeto para tener derechos y contraer obligaciones, siendo, por ello, beneficiario directo de la protección que brinda la organización social. De un modo pragmático, podemos verlo como esa facultad que le confiere directamente al sistema jurídico permitiéndole ser sujeto activo o pasivo de una relación jurídica.⁶⁸

⁶⁶ Parra Trujillo, Eduardo de la, "Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales", en Canale Jacobson, Sergio *et al.* (eds.), *Jurídica, anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, México, núm.31, 2001.p. 140

⁶⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, Decima cuarta edición, México, Porrúa, 1995, p. 307.

⁶⁸ Medina Pabón, Juan Enrique, *Derecho civil: aproximación al derecho, derecho de personas*, 2ª. ed., Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 675.

La capacidad jurídica es un elemento esencial de la personalidad ya que en esto reside que la persona sea apto y capaz para poseer un patrimonio y poder realizar cualquier actividad en defensa de sus propios bienes y de su persona. Dicho de otro modo, es el vínculo entre lo físico y lo abstracto dentro de la esfera normativa.

Se podría pensar que la condición esencial del sujeto de derecho sería su carácter racional, pero ya vimos que no lo es; por una parte, porque solo hasta ésta época el concepto de humano y el de persona empiezan a confundirse (y aún falta que le atribuyamos personería al *nascituro*), además, no todos los seres humanos les conferimos la personalidad, de modo que podemos descartar que el atributo de la personalidad sea su condición humana.⁶⁹

Por tanto, la personalidad puede definirse como la aptitud de una persona de ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, derecho reconocido por el derecho objetivo en un orden jurídico válido. La distinción entre lo que se conoce como atributos de la persona y el derecho de la personalidad, reside en que el significado plurívoco de la palabra “personalidad”. “Por personalidad también se entiende el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano, derivadas de su individualidad, su modo de ser, que lo distingue de otros seres humanos haciéndolo un ser único e irrepetible. Esta noción de personalidad es la que nos interesa”.⁷⁰ De esta manera, “La personalidad se encuentra protegida a través de los llamados derechos de la personalidad. Estos derechos tienen como finalidad la tutela de la dignidad humana, buscan otorgar un marco jurídico que proteja el libre desenvolvimiento de la personalidad humana”.⁷¹

Por su parte, por atributos de la persona, entre estas la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad pueden entenderse como un conjunto de caracteres propios de la persona que permiten otorgar funcionalidad y eficacia jurídica a la personalidad de los sujetos. “Algunos derechos

⁶⁹ *Ibidem*, p. 573

⁷⁰ Parra Trujillo, *óp. cit.*, p. 141.

⁷¹ *Ídem*.

de la personalidad por diversas razones comparten algunos de los caracteres de los atributos...”.⁷²

Bajo este esquema de compartimiento de caracteres de los atributos de la persona y los derechos de la personalidad hace difícil distinguir entre lo uno y lo otro, pero su diferencia estriba en que los derechos de la personalidad, los caracteres son propios, internos del sujeto y válidas universalmente por cualquier persona; en cambio, los caracteres de los atributos de la persona son externas, modificables y pueden alterarse mediante procedimientos legales, por ejemplo: la pérdida de la capacidad legal, el divorcio, etc.

La definición de derechos de la personalidad no implica una cuestión meramente teórica, muy por el contrario, tiene una repercusión práctica sumamente importante vinculada a la protección jurídica de estos a través de la regulación normativa del daño moral.⁷³ También podría calificarse provisionalmente como derechos inherentes a las personas, ya que con la expresión “personalidad” nos referimos, como mínimo a los rasgos biológicos, sociológicos y psicológicos que son consustanciales a cada persona en su devenir desde su nacimiento.⁷⁴

Los derechos de la personalidad son vistas desde el plano objetivo y subjetivo, la primera por estar plasmadas en un documento con validez jurídica y el segundo por ser el punto principal para la defensa y tutelada por el derecho público.

2. Los derechos de la personalidad y la libertad de expresión: sus límites

La libertad de expresión como tal un derecho fundamental no es absoluto, sino que se encuentra su propio límite que viene constituido por los llamados derechos de la personalidad: el honor, intimidad y propia imagen. Estos límites también son establecidos por los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como lo es el orden público, la vida privada, los

⁷² Cantoral Domínguez, Karla, *Derecho de protección de datos personales de la salud*, México, Editorial Novum-CONACYT, 2012, p.11.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ Encabo Vera, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2012, Colección Estudios Jurídicos, p. 16.

derechos de terceros. Otro de los elementos que a favor de la libertad de expresión lo es el derecho a estar informado.

A. *El derecho al honor y la propia imagen.*

El derecho al honor alude a la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano, intrínseca al principio de dignidad. Para que se produzca una lesión del derecho al honor es necesario que se afecte a esta dignidad, al reconocimiento que los demás tienen de la persona, de su integridad moral o de su consideración social. Su principal peligro proviene de ataques de particulares.⁷⁵

El derecho a la propia imagen puede ser definido, como la garantía del individuo frente a los intentos de un tercero de captar, reproducir, o publicar su imagen sin autorización. La imagen protege, según el Tribunal Supremo Español, “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, -lo que- puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos”.⁷⁶

Cuando la dignidad humana es violentada en automático el derecho al honor y a la imagen es también afectada debido a lo que está en tela de juicio ante la sociedad es la reputación y el buen nombre de la persona, y es precisamente donde el límite a la libertad de expresión manifestada en la libertad de información debiera encontrar el límite para revelación o publicación datos de carácter personal, íntimo, relacionado con la vida privada.

Por influencia del modelo anglosajón del *balancing*, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los Tribunales Constitucionales Europeos (así, el español), mantienen, al menos nominalmente, la tesis de la ponderación, según la cual “cuando del ejercicio de la libertad de opinión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, [por lo que] se impone una necesaria y

⁷⁵ Escobar Roca, Guillermo. "Los derechos fundamentales y las telecomunicaciones", *Derecho de las Telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*, Escuela Nacional de la Judicatura, Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, Republica Dominicana, 2004, p. 395.

⁷⁶ *Ídem*.

casuística ponderación”. Ahora bien, la ponderación judicial (al menos en España) no es libre, sino que debe partir de la tesis de que la libertad de expresión tiene un interés prevalente sobre el honor o la intimidad de las personas. Esto se debe a que la libertad de expresión es considerada, como vimos en el apartado anterior, “no sólo un derecho fundamental de cada persona, sino que también significa el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales”. En definitiva, en la ponderación hay que tener en cuenta dos procesos de intención a contrastar: el *animus injuriandi*, o intención difamatoria, y el *animus informandi*. El *animus injuriandi* cede si se demuestra que es prevalente el interés en informar; es decir, el *animus informandi*.

Al respecto, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido tesis de jurisprudencia de suma importancia al realizar necesariamente la ponderación principios tratándose de derechos fundamentales, de los cuales menciona lo siguiente:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ELEMENTOS DEL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS. Para decidir si determinada información privada es de interés público en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se requiere corroborar, en un test, la presencia de dos elementos: (i) una conexión patente entre la información privada y un tema de interés público; y, (ii) la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información privada y el interés público de la información.⁷⁷

Para los funcionarios públicos:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Para el análisis de los límites a la libertad de expresión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado "sistema dual de protección", según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control

⁷⁷ Tesis: 1a. CXXXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, tomo 1, Libro XX, mayo de 2013, p. 550.

más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Kimel vs. Argentina, que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Esta aclaración es fundamental en tanto que las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante todas sus vidas, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública. La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como "real malicia" o "malicia efectiva", misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de "real malicia" requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención.

De las tesis precedentes, se ha observado que el sistema jurídico mexicano tratándose de la libertad de información, vida privada, intimidad, y por tanto la afectación que un momento dado puede ocasionarse directamente al tratamiento que se les dé a los datos personales, ha sentado las bases para que realmente los operadores jurídicos lleven a cabo la exhaustividad y escrutinio de los principios a los que debe prevalecer en pro de la protección a la persona, pero siempre tomando como punto de partida el interés público de la información. En definitiva, el principio de "sistema dual de protección" adoptado por la jurisprudencia mexicana además

de distinguir en lo que se conoce como “figura pública” de los servidores públicos que desempeñan alguna actividad en la Administración Pública tanto Federal, Estatal o Municipal en donde se amplía en lo que puede llamarse “tolerancia” a las críticas hechos a su honor a su imagen pública, por el solo hecho de desempeñar una actividad o rol ante la sociedad; también, se distingue dos elementos esenciales la llamada “real malicia” o “malicia efectiva”, lo que se traduce en la *intención de dañar* o, el *animus injuriandi*, faltando este elemento se estaría ante la presencia del *animus informandi*, y con lo cual no habría ninguna violación al derecho a la intimidad ni al honor.

La veracidad de la información publicada no es razón suficiente para afectar al derecho a la intimidad, y por tanto ni a la vida privada, ya que la veracidad según su conceptualización es referente a la verdad superficial sin afectar la parte interna de la intimidad.

La prensa y los medios informativos cobran relevancia en la función social de informar y publicitar datos en forma de noticias, derechos consagrados a la libertad de expresión; como bien se dijo, no hay derechos absolutos, por tanto, existe ante esta libertad la responsabilidad de aquellos o quienes publiquen o difunden bajo cualquier medio las manifestaciones de la actitud y actividad humana.

La libertad y responsabilidad son las dos caras de la misma moneda: el derecho a la información en su más amplia expresión. En el mismo sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades para quien expresa. El deber básico que de allí se deriva es de no violar los derechos de los demás al ejercer esa libertad fundamental. Adicionalmente, el alcance de los deberes y responsabilidades dependerá de la situación concreta en la que se ejerza el derecho, y del procedimiento técnico utilizado para manifestar y difundir la expresión”.⁷⁸

Pues los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales, como bien consigna la doctrina y la jurisprudencia no pueden ser, ni haber injerencias en

⁷⁸ Villanueva, Ernesto, *Publicidad Oficial: Transparencia y equidad*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- Biblioteca Nacional de México, 2010, p. 19.

la intimidad de manera arbitraria o ilegal, sino que tal interpretación debe de ser de conformidad al principio de necesidad y proporcionalidad, y en todo caso no pueden ser exagerada para preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

3. *Concepto de vida privada e intimidad*

Para definir el concepto de vida privada es necesario definir lo que es privacidad, cuya esencia misma se encuentra en la dignidad de la persona humana, y que con el avance tecnológico hoy en día es posible acceder a diversos datos personales de contenido privado, desde un aparato electrónico capaz de captar, almacenar, y difundir información de carácter confidencial sin autorización previa del sujeto poseedor u originario de la información.

En su esencia, el derecho a la privacidad es el derecho a la propia imagen, nombre y reputación; el derecho a controlar la información que se refiera a nosotros mismos, a la autodeterminación informativa, según el concepto acuñado por la doctrina alemana. Por el contrario, América se orienta hacia los valores de la libertad, y sobre todo libertad frente al Estado. El núcleo del derecho, en este caso, es el derecho a la libertad frente a las intrusiones del Estado.⁷⁹

Diversas teorías tratan de definir e identificar a la vez la diferencia entre la vida privada y la intimidad⁸⁰, “el derecho a estar solo” de la sentencia pronunciada por el juez *Thomas Cooley*, del cual se tiene su principal precursor desde 1888, derivada de las innovaciones tecnológicas de su tiempo. Esto dio origen a la teoría de las esferas en Alemania donde se pretende justificar la importancia y el valor de proteger los datos sin detrimento de la intimidad, ya que esto último se encuentra en el núcleo de los círculos concéntricos, los demás círculos externos serian lo relacionado con lo público.

⁷⁹ Piñar Mañas, José Luis, “Existe Privacidad”, Protección de Datos Personales, *Compendio de Lectura y legislación*, México, Tiro Corto Editores, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2010, p. 19.

⁸⁰ Cfr. Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), *Temas selectos de derecho a la información, derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, Colección Francisco J. Santamaría, Pensamientos y Estudios jurídicos, Editorial SISTA- ITAIP-UJAT, 2010, p. 70.

El derecho a estar solo puede entenderse como como el “derecho a no ser molestado”. En este sentido, el derecho a la privacidad tiene dos componentes. El primero es el *derecho a aislarse* de todos, sin importar si se trata de la familia, la comunidad o el Estado. Esta dimensión le permite al individuo escudarse física y emocionalmente de las entremetedoras miradas de los demás. El segundo es el *derecho a controlar la información de uno mismo*, incluso después de haberla divulgado. Esta última dimensión en algunos otros países se le denomina como derecho a la autodeterminación informativa.⁸¹

El segundo componente hace referencia a los datos personales y al tratamiento que debiera dárseles como garantía de protección para toda persona, por parte de aquellos que tuvieran disposición de información, que en este mismo incluye la obligación por parte del Estado de crear mecanismos ágiles y sancionatorios.

Diversas normas en sistema jurídico mexicano han delimitado por lo que debe entenderse como vida privada se tiene, por ejemplo, de la Ley De Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal:

Artículo 9.- Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.⁸²

Artículo 11.- Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho⁸³

⁸¹ García Ricci, Diego, “Artículo 16 Constitucional, derecho a la privacidad”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 1046.

⁸² Concepto de Vida Privada, artículo 9, Ley De Responsabilidad Civil para La Protección del Derecho a la Vida Privada, El Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, 2006. Última reforma publicada: 28 de noviembre de 2014.

⁸³ *Ibidem*.

El concepto derivado de los artículos mencionados se expresa en contraposición de lo que debe entenderse como *lo público*; es decir, todo lo que es ajeno a las demás personas; y también, se hace referencia a la relación muy estrecha entre la vida privada y la intimidad, donde esta última se encuentra reservada dentro de la vida privada.

Es así que el derecho a la privacidad, a la intimidad y al honor son superadas por el interés público, tratándose de personajes públicos en las cuales se encuentran los servidores públicos, artistas y demás personas que por su función o actividad trascendental en la sociedad, se someten al escrutinio público motivo por el cual deben de soportar la difusión de la información en su intimidad o privacidad con las limitantes que la propia ley establece en aras de un libre debate y el desarrollo de un Estado democrático. En el artículo 18 de la Constitución Española nos menciona:

Artículo 18.1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Por su parte la Sala Quinta del Tribunal Supremo Español define al honor como la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales⁸⁴, y la determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. Como ocurre "cuando la propia - y previa - conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5)". El derecho a la imagen se encuentra delimitado así por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá

⁸⁴ Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, Sala 2, Tribunal Constitucional Español, p. 86

en los casos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitarlas. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6).⁸⁵

Nuestro máximo tribunal mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia de Amparo Directo en Revisión 2044/2008 de diecisiete de junio de dos mil nueve, donde se afirma que: también ha subrayado la relación de la vida privada con el derecho al honor (o el derecho a no sufrir daños injustificados en la reputación) y con el derecho a la intimidad, y ha sugerido la posibilidad de entender el derecho a la vida privada como un concepto más general, abarcativo de los tres -honor, privacidad e intimidad-, aunque hay desde luego motivos para que tenga pleno sentido hacer, en sede constitucional, distinciones nítidas entre ellos -por poner un ejemplo: el derecho a la intimidad protege la posibilidad de oponerse a la difusión de datos aunque los mismos no afecten, o incluso favorezcan, la pretensión de mantener una buena reputación, que es lo protegido por el derecho al honor-.

La protección de datos personales tratándose de menores infractores los Tribunales Colegiados ha sentado las bases e interpretación de la manera siguiente:

DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD INDEBIDA DE DATOS PERSONALES DE ADOLESCENTES INFRACTORES. ES INCORRECTO QUE CON BASE EN ÉL EN LAS SENTENCIAS NO SE CITEN LOS APELLIDOS DE AQUÉLLOS Y DEL OFENDIDO Y SE SUSTITUYAN POR SIGNOS DE ASTERISCO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Resulta incorrecto que la autoridad responsable, al emitir su fallo, omita citar los apellidos del adolescente infractor y del ofendido y los sustituya por signos de asterisco bajo el argumento de fundarse en los artículos 20, apartados B, fracción

⁸⁵ Sentencia 14/2003, de 30 de enero de 2003, Sala Segunda, Tribunal Constitucional Español, p. 117

V, y C, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 28 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México, puesto que ésta no puede ser una interpretación acertada y racional, ya que dichos preceptos no legitiman la emisión de sentencias sin contener el nombre preciso y completo de aquel a quien se juzga o respecto de quien se resuelve y de aquel al que le resulta el carácter de ofendido o agraviado; pues esto implicaría la ausencia de un aspecto esencial e imprescindible de toda resolución, que es la precisión de la identidad de las partes o sujetos respecto de quienes se decide en derecho. Luego, es claro que en tales dispositivos se hace referencia al derecho a la intimidad y a la prohibición de publicidad indebida de datos personales de adolescentes, la cual debe entenderse como un acto de difusión injustificada y ajena a la actuación jurisdiccional misma; es decir, a que los datos personales necesariamente contenidos en el fallo se publiquen o difundan fuera del ámbito de legítimo conocimiento por parte de las autoridades y sujetos legalmente involucrados, pero en modo alguno significa que con base en él pueda prohibirse que formen parte de las actuaciones no sólo como condición de validez, sino como factor exigible a las autoridades para respetar la taxatividad y congruencia de toda sentencia, al contener los datos precisos de identidad de aquellas personas respecto de quienes se resuelva o tengan el carácter de agraviados, pues sólo así se garantiza la observancia de certeza y seguridad jurídica propias de todo fallo judicial. Además, es evidente que para efectos del juicio de amparo resulta igualmente indispensable contar con esa precisión en aras de respetar los principios de relatividad de toda ejecutoria y el de instancia de parte agraviada.⁸⁶

Lo que en definitiva el alcance de la tesis anterior se refiere a que en la emisión de la sentencia de una autoridad jurisdiccional tratándose de menores infractores debe de contener los nombres de ambas partes en litigio, su omisión no debe justificarse en aras de proteger la privacidad, intimidad o protección de datos personales, pues ello haría imposible la identificación en la resolución de casos concretos.

⁸⁶ Tesis: II.2o.P.17 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo 3, Libro XII, septiembre de 2012, p. 1703.

4. Concepto de datos personales

La protección de datos de carácter personal como menciona Isabel Davara, para su debida protección implica diversos conceptos como la intimidad, privacidad y finalmente datos personales, esto debido al avance tecnológico que necesariamente vincula uno y otro derecho.

La denominación de “protección de datos personales” ya conduce a confusión. El dato, en sí mismo, no necesita protección alguna. Sin embargo, cuando el dato se une a una persona, es algo distinto. Ya no protegemos, entonces, al dato, sino al titular del mismo, a la persona. Es más, cuando el dato se une a la persona se convierte en información personal. En este mismo sentido, las normativas en protección de datos persiguen proteger al individuo frente al ilícito tratamiento de la información personal que le concierne. Es decir, el individuo es el titular del derecho. Es un derecho subjetivo, no se trata de una protección de la información *per se*, sino de la protección del individuo a que dicha información concierne.⁸⁷

Pues bien, la información contenida en los datos y su vinculación con la persona, no es lo que principalmente se protegía sino la *no divulgación* sin autorización de su titular ya que éste, frente a terceros y ante el Estado es titular de derechos subjetivos fundamental reconocidos en la Constitución, por ser datos que de cierta manera describe a su persona y parte de su personalidad. La ley define como datos personales como: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.⁸⁸ Y 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 futura, información genética,

⁸⁷ Davara F. Marcos, Isabel, “Protección de datos de carácter personal en México: Problemática Jurídica y estatus normativo actual”, Protección de Datos Personales, Compendio de Lectura y legislación, México, Tiro Corto Editores, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2010, p.78

⁸⁸ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, 2010, art. 3.

creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.⁸⁹

En la definición anterior se hace referencia que los datos de carácter personal no solo son los nombres, apellidos de las personas, sino que, abarcan cualquier tipo de información que haga referencia a una persona.

Por datos personales se entiende que es, toda información sobre una persona física identificada o identificable -el interesado-. Se considerará identificable toda persona cuya identidad puede determinarse, directa o indirectamente, particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.⁹⁰

Por identificada o identificable se tiene cualquier dato que haga identificar a una persona, por tanto, cualquier información vinculada o asociada a una persona se considera dato personal. En conclusión, que de manera acertada el catedrático Norberto J. de la Mata, refiere que proteger datos personales, intimidad, y vida privada, es un derecho personalísimo inherente al ser humano, esencial para el desarrollo de su personalidad, garantía que se circunscribe al régimen estatal:

[...] mismo que permite reconocer no sólo un derecho a la no injerencia o intromisión arbitraria en la esfera privada sino el derecho a determinar y controlar esta esfera del modo deseado en aras al favorecimiento de un desarrollo definido desde la autodeterminación de lo que se quiere ser. Tenemos derecho a que nos dejen en paz pero también tenemos derecho a callar, a que no se sepa de nosotros, a que nadie nos defina a partir de datos a que pueda accederse sobre nuestros gustos o modo de vivir, a que no se nos clasifique, a que no se nos perfile, a que no se nos interrogue a partir de códigos configurados sin que sepamos cómo.⁹¹

⁸⁹ *Ídem*.

⁹⁰ Decisión Marco 2008/977/JAI, Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de noviembre de 2008, p. 65.

⁹¹ Mata Barranco, Norberto J. de la y Barinas Ubiñas, Desirée, “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto tutela?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, UNED, 3ra. Época, núm. 11, enero de 2014, p.41.

II. MARCO JURÍDICO NACIONAL

1. *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*

En México, el esfuerzo del Estado mexicano en el marco legislativo, ha procurado crear cada día mejores leyes que garanticen de manera eficaz y oportuna el derecho a la protección de los datos y esencialmente las de carácter estrictamente personal. Es así, que en el 2002⁹² en pleno cambio hacia la vida democrática del país mediante decreto se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, donde el eje primordial es publicitar los datos que estaban en manos de las dependencias gubernamentales de los diferentes niveles de gobierno, para que toda persona que desee la información *no reservada*, pueda enterarse de los manejos económicos y operativos de tales dependencias; es decir, que pueda el gobernado tener acceso dicha información.

“Si bien es cierto que en México el derecho a la información adquirió carácter constitucional con la reforma política de 1977, también lo es el que la demanda de transparencia en la gestión gubernamental cobró fuerza como bandera social gracias al impulso que recibió de aquel grupo informal de ciudadanos, muchos de ellos académicos, que no estaban satisfechos con el primer proyecto que el gobierno de la alternancia había enviado al Congreso. Al grupo se incorporaron algunos integrantes de la prensa, sobre todo escrita, que coincidieron en un foro en la ciudad de Oaxaca...”⁹³

La participación ciudadana en la vida democrática del país ha sido el eje central que impulsa los cambios en la forma de vida de una sociedad, en la forma de gobierno, y ese esfuerzo cobra vida mediante la creación de normas jurídicas que los legisladores en el marco de plena autonomía plasmen la voluntad del pueblo mexicano.

⁹² DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, *DOF*, 11 de junio de 2002.

⁹³ De la fuente Ramírez, Juan Ramón, “Democracia y transparencia”, *10 años de transparencia en México*, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2013, p. 13.

Por eso la transparencia es mucho más que una formulación políticamente correcta. La transparencia es una forma de gobernar y de gestionar al Estado que a muchos incomoda, pero es también y ante todo, una forma de vida, una expresión de una cultura relativamente nueva en el contexto de las democracias modernas que la prohíban, y de los ciudadanos que la transforman en derecho; un derecho que, por cierto, hace posible el ejercicio de otros derechos.⁹⁴

Transparentar las acciones del gobernante hace posible que una sociedad informada pueda seguir evolucionando hacia nuevas perspectivas de vida, proteger nuevos derechos. Esta ley entre otros aspectos, contempla las formas de organizar, clasificar los documentos que revisten carácter público, los sujetos obligados de los tres niveles de gobierno: el poder ejecutivo, legislativo y judicial, extendiéndose a los organismos constitucionales autónomos, tribunales administrativos.

Se contempla las excepciones al principio de publicidad en el manejo de información reservada y confidencial, a causa de la seguridad pública nacional, que pusieran en riesgo la estabilidad financiera del país, o la persecución de los delitos en el ejercicio de la función de investigativa de la autoridad constitucionalmente establecida. Salvo los que por su especial atención no pueden considerarse como información reservada: "...No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad".⁹⁵

Tal medida de protección a los derechos fundamentales se justifica debido a que el derecho a la vida y a la dignidad humana son derechos inherentes del ser humano que rebasan los intereses del principio de confidencialidad y de reserva, pues los intereses de la colectividad social deben permanecer incólume ante la necesidad de un Estado que a la vez garantice la protección de tales derechos.

El apartado referente a la protección de datos personales se define las medidas que deben de adoptar los sujetos obligados de recibir y responder a las solicitudes de acceso y corrección de datos, tratamiento, poner a disposición del

⁹⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁵ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, Art. 14

informante lo propósitos y fines para los que se recolecta la información, así como la prohibición de distribuir y comercializar los datos personales.

Se establecen los costos de reproducción de la información, se establecen unidades de enlace y comités de información en cada una de las dependencias, cuyo propósito es recibir las solicitudes de información y en su caso auxiliar a los particulares en la elaboración de las solicitudes, realizar los trámites internos. En cuanto al Comité de Información, tiene por función coordinar y supervisar el correcto seguimiento conforme al Reglamento el Acceso a la Información, confirmar, revocar la clasificación o desclasificación del carácter de información reservada.

Ante la negativa de proporcionar el acceso a la información del Comité Información, el solicitante puede iniciar el procedimiento ante el Instituto o la Unidad de Enlace de la propia dependencia y hacer uso del recurso de revisión que esta ley prevé, dentro de los quince días hábiles. Procede también, este recurso cuando la información sea incompleta o no corresponda a lo información requerida por el solicitante, prevaleciendo en este caso la suplencia de la deficiencia de la solicitud.

Las resoluciones que emita el Instituto en el cual determine, el desechamiento, sobreseimiento, confirmación, revocación o modificación que las decisiones del Comité de Información son recurridas ante el Poder Judicial de la Federación.

Finalmente, las responsabilidades y sanciones administrativas a que serán acreedores los servidores públicos en ejercicio inadecuado de sus funciones como lo son: usar, sustraer, destruir, ocultar, actuar con negligencia, dolo o mala fe en la tramitación o entrega de la información serán sancionadas de conformidad a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, sin perjuicio de las responsabilidad civil o penal que diera lugar.

A. Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Tiene como finalidad este Reglamento, el crear mecanismos de colaboración entre las dependencias y el Instituto, para fortalecer los lineamientos y recomendaciones que faciliten el cumplimiento de las obligaciones de transparencia. De las cuales, se refieren a que los sujetos obligados tengan la

información mínima de oficio en el portal de Internet a disposición del público de manera que sea clara y debidamente actualizada.

Que las dependencias deben de tener un módulo o espacio de atención para el solicitante al acceso a la información, debiendo contar con equipo de cómputo con Internet disponible que posibilite la recepción de la solicitud de información vía internet, contar con el personal capacitado.

La información contenida en la página de internet debe actualizarse por lo menos cada tres meses, o durante su periodo de vigencia, debe contener un directorio de los servidores públicos y su respectivo tabulador de salarios, compensaciones. El resultado de las auditorías realizadas solo para efectos de su publicidad, más no contener datos que pueda causar perjuicio contrario a las leyes y mantenerse como reservada o confidencial.

En el reglamento se estatuye las directivas para la publicación de proyectos de leyes y disposiciones administrativas de carácter general: los reglamentos, decretos, normas oficiales mexicanas, circulares, formatos, instructivos, manuales de organización. Además, se establece el manejo de la documentación y su clasificación como información reservada u información confidencial, manteniéndose el acceso al público solo mediante un índice actualizado de los expedientes, y mantenerse debidamente custodiados pudiendo extenderse el plazo de reserva hasta que llegue el vencimiento del periodo de reserva podrá desclasificarse.

En cuanto a la protección de datos personales, el reglamento establece que se garantizarán los procedimientos para la protección de la vida privada, intimidad, y el acceso a la corrección de esos datos de tal manera que eviten su publicación. Se establece que la versión electrónica de la información solicitada no tendrá ningún costo, pudiendo las demás vías de entregar la información en copias simples, medios magnéticos, que en estos casos tendrán un costo.

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

La presente ley fue aprobada por el Congreso de la Unión y publicada el 5 de julio de 2010, cuya normativa regula la protección de datos personales en posesión

de las personas físicas y morales. Define un dato personal en el artículo 3, fracción V, como:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: **V. Datos personales:** Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

VI. Datos personales 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.

Como antecedente a esta ley se tiene la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental expedida para fines de regular los accesos a la información pública bajo resguardo de una institución del sector público. El Estado Mexicano una vez adquirido los compromisos internacionales descritas en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos tales como Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de tal manera se buscó reformar la Constitución para crear normas secundarias como: Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, acordes a los principios internacionales, que protegiera el derecho a la protección de datos en posesión de particulares.

A. Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.

Entre los aspectos más relevantes del Reglamento la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares⁹⁶, se tiene los

⁹⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2011.

siguientes principios: licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad, y responsabilidad.

a. Principios rectores

- Licitud: El sujeto obligado realice el tratamiento de los datos con apego y cumplimiento a la legislación mexicana y al derecho internacional.
- Consentimiento: Se deberá obtener el consentimiento del titular, explicándole la finalidad de la obtención y tratamiento de sus datos. Que puede ser consentimiento expreso o tácito de conforme a la finalidad de la cual es requerida la información.
- Información: el sujeto obligado tiene la obligación de información al titular mediante el aviso de privacidad.
- Calidad: es cuando la información es tratada de manera correcta, y actualizada, para que la información no se vea alterada.
- Finalidad: desde el momento de su recolección, se le deberá explicar al titular de los datos con claridad, sin lugar a confusión sobre el fin del cual se está recolectando la información.
- Lealtad: el tratamiento de los datos debe de garantizar la protección de los datos personales, y proteger así la privacidad de los datos del titular.
- Proporcionalidad: el tratamiento de los datos debe de ser proporcionales a la necesidad de la cual se está obteniendo; es decir, acorde a la finalidad de su obtención.
- Responsabilidad: que el sujeto obligado es el responsable directamente del uso que se está dando a los datos personales y velar por los contenidos en esta ley y los contenidos en la Constitución, su incumplimiento traerá como consecuencia sanciones de tipo administrativo y en su caso consecuencias penales para el encargado del cuidado y tratamiento de los datos personales.

B. Derechos ARCO: Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición

En esta Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, en concordancia a la reforma constitucional del artículo 16, que pone

de manifiesto la necesidad de que el gobernado pudiera en todo momento acceder de manera regulada por la propia ley a la corrección, rectificación, cancelación y oposición de sus datos, mejor conocidos como derechos ARCO. De los cuales consisten en:⁹⁷

- Acceso: Los titulares pueden acceder a sus datos, así como conocer el aviso de privacidad.
- Rectificación: el derecho a solicitar que sus datos sean modificados cuando sean inexactos o incorrectos.
- Cancelación: los titulares pueden solicitar que sus datos se cancelen de la base de datos por causas que determinen las leyes aplicables a la materia.
- Oposición: el derecho que se tiene de oponerse al tratamiento de su información por causa legítima.

Otra de las características más importantes de esta Ley, se refiere a la “Transferencia de Datos”, de la cual se pretende que cuando el sujeto obligado que posee la información, decida por cualquier medio legal transferir la información de los datos, debe de notificar al titular mediante el aviso de privacidad, salvo que cuando la propia ley aplicada a la materia que se trate de las excepciones contempladas en la propia ley.

Con esto se pretende garantizar la privacidad de los datos en posesión de personas tanto públicas como privadas que lleven a cabo el tratamiento automatizado o no automatizado de datos personales tales como los bancos, empresas aseguradoras, compañías de teléfono, etc.

C. El derecho a la autodeterminación informativa: consentimiento del sujeto protegido

El sujeto protegido puede definirse como la persona titular de la protección que otorga la ley. Esta protección se hace válida solo a los datos que sean estrictamente “personales”, que se refieran a las provenientes de la persona. El consentimiento se define como la: manifestación de la voluntad del titular de los datos

⁹⁷ *Ibidem*, art. 23, 24, 25 y 27.

mediante la cual se efectúa el tratamiento de los mismos.⁹⁸ Por su parte este consentimiento posee límites:

Artículo 8.- Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley. El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos. Se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición.⁹⁹

Como afirma el art. 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento previo del afectado. Por consentimiento se entiende “la manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado autoriza o permite el tratamiento de datos personales que le conciernen”.¹⁰⁰

Lo que se advierte que el consentimiento del sujeto protegido cobra especial relevancia en el momento mismo en que es recolectada la información, como requisito previo y fundamental para el tratamiento posterior de los datos, dicho consentimiento debe ser expresa, clara, que no deje lugar a dudas en la que la persona cede sus derechos a manejar lícitamente la información.

3. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Mediante esta ley de carácter general, se trata de reforzar los lineamientos en la que los órganos garantes del estado, los sujetos obligados, que tendrán la obligación de registrar los diferentes medios electrónicos en donde se dé el tratamiento de los datos personales, desde su obtención, almacenamiento y uso, llamado Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y

⁹⁸ Ley Federal De Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Art. 3.

⁹⁹ *Ibidem*, art. 8.

¹⁰⁰ Eneriz Olaechea, Francisco Javier y Beltrán Aguirre, Juan Luis, *La protección de datos de Carácter Personal*, pamplona, Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, 2012, p. 49.

Protección de Datos Personales; creándose de esta manera el Consejo del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Se define según el artículo 3, fracción XII, lo que se debe de entender por *información de interés público*: “Se refiere a la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados”. Esto con el fin de aclarar que no toda información es de interés general o de interés colectivo.

También se amplía las formas que el gobernado puede presentar las denuncias por incumplimiento a las obligaciones de transparencia, por escrito físicamente o a través de la plataforma Nacional o, correo electrónico a la Unidad de Transparencia de los organismos garantes.

III. MARCO JURÍDICO LOCAL

1. *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco*

La protección de datos personales al reconocerse como un derecho fundamental, de conformidad a los principios democráticos del Federalismo, el Estado de Tabasco por ser parte integrante de dicha Federación, se obliga a respetar el pacto federal, de tal manera que, mediante la reforma local de 2007, La Constitución Política de Estado Libre y Soberano de Tabasco describe en su artículo 4 bis, fracción III y IV lo siguiente:

III. El derecho a la intimidad que incluye la privacidad de la vida familiar en primer grado y en general la que se refiere a sus datos personales, deberá ser garantizado por el Estado en los términos y excepciones que fijen las leyes, teniendo siempre como referente el respeto a la dignidad humana;

IV. Atendiendo al principio de máxima publicidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y al cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, toda persona, sin distinción de ningún tipo y sin necesidad de acreditar

interés alguno o justificar su utilización, podrá acceder gratuitamente a la información pública y a sus datos personales, o solicitar la rectificación de éstos.

En la exposición de motivos, el constituyente local con el afán de salvaguardar los derechos de terceros, y establecer la reserva de la información pública, atendiendo el principio de máxima publicidad como responsabilidad del Estado para garantizar el debido acceso a la información pública y protección de datos personales menciona:

Sólo con motivo de salvaguardar el interés público y por un período de tiempo previamente determinado, la información pública podrá reservarse, en los términos y condiciones que fijen las leyes;

El derecho a la intimidad, que incluye la privacidad de la vida familiar en primer grado y en general la que se refiere a sus datos personales, deberá ser garantizado por el Estado en los términos y excepciones que fijen las leyes, teniendo siempre como referente el respeto a la dignidad humana;

Atendiendo al principio de máxima publicidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y al cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, toda persona, sin distinción y sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, podrá acceder gratuitamente a la información pública y a sus datos personales, o solicitar la rectificación de éstos.¹⁰¹

2. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco

El Congreso Local, en el 2007 se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco, la adición del artículo 4 bis a la Constitución Política local, y precisamente para ese año se expide la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco¹⁰². Que en su artículo 5, no daba una definición de protección de datos personales, de la siguiente manera:

¹⁰¹ Exposición de Motivos del Decreto de 2007, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, en donde se adiciona el artículo 4 bis, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

¹⁰² PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE TABASCO, Decreto de 229, con fecha 10 de febrero de 2007, Ley publicada en El Suplemento "C" Al Periódico Oficial 6723.

I. DATOS PERSONALES: La información concerniente a las características físicas, morales o emocionales; origen étnico o racial; domicilio; vida familiar, privada, íntima y afectiva; patrimonio; número telefónico, claves informáticas o cibernéticas, códigos personales encriptados, u otros análogos que afecten su intimidad; ideología; opiniones políticas; preferencias sexuales; creencias religiosas, estados de salud físicos o mentales y toda aquella información susceptible de ser tutelada por los derechos humanos a la privacidad; intimidad, honor y dignidad, que se encuentre en posesión de los Sujetos Obligados y sobre la que no puede realizarse ningún acto o hecho sin la autorización debida de los titulares o sus representantes legales.

Para el 2015 con la expedición de la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Tabasco, quedando abrogada la del 2007, no establece ningún concepto de datos personales, pero define el derecho a la protección de ese derecho fundamental en posesión de los Sujetos Obligados, y que a continuación se transcribe:

Protección de Datos Personales: La garantía de tutela de la privacidad de datos personales en poder de los Sujetos Obligados.¹⁰³

Bajo el contexto establecido en este artículo, transfiere la obligación que tienen los sujetos obligados, siendo estos cualquier autoridad, órgano u organismo de los poderes públicos –Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, incluyendo a las personas físicas o colectivas que reciba o ejerza recursos públicos, realice actos de autoridad dentro del Estado de Tabasco.

También refiere en su artículo 73, la posibilidad de que titular de los datos de carácter personal pueda oponerse al tratamiento de datos personales como parte de garantizar los llamados derechos ARCO, mas no se refiere en su totalidad al derecho de la autodeterminación informativa.

¹⁰³ LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE TABASCO, aprobada el 04 de diciembre de 2015 y publicada por decreto 235 el 15 de diciembre de 2015.

A. Reglamento Interior del Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Se especifica la estructura y funcionamiento de las unidades que conforman el Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Tabasco, órgano autónomo con patrimonios propios y personalidad jurídica garante de los derechos de los Tabasqueños en materia de transparencia y de datos personales, que entre sus funciones se encuentran la promover, difundir, y proteger el derecho al acceso a la información Pública del Estado de Tabasco.

3. Lineamientos y acuerdos en materia de tratamiento de datos personales

Conforme a las facultades otorgadas al Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Pleno, en octubre de 2012 aprobó los Lineamientos para la Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados del Estado de Tabasco; cuya última reforma fue publicada en el 4 de septiembre de 2013, en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco. La función de estos lineamientos es describir y desglosar las políticas y mecanismos de protección de los datos personales para el debido tratamiento.

A. Lineamientos para la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados del Estado de Tabasco.

De este lineamiento del tema que nos interesa, hace referencia al principio de consentimiento, otorgando preeminencia sobre obtener el consentimiento del titular de la información y de datos personales, como punto de partida en el tratamiento de estos datos de carácter personal, pero a la vez, sujetándolos a las excepciones que establezcan la ley.

Artículo 11. El consentimiento será expreso cuando la voluntad se externe por escrito, firma electrónica o cualquier otra tecnología, que implique certeza respecto de la identificación de los datos. Se entiende que el titular consciente tácitamente el

Tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el Aviso de Privacidad, no manifieste su oposición.

En el caso de los datos personales especialmente sensibles, el consentimiento deberá otorgarse de manera expresa.

De igual manera, obliga de manera expresa la utilización del Aviso de Privacidad donde se desglose los fines para el que son recabadas los datos. Además, exige la obligación de guardar secrecía de los datos personales aun después de extinguida la relación que haya dado origen al tratamiento de datos personales. Tratándose del Consentimiento de titular de la información aún queda limitado por las excepciones que marca la ley.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

I. LOS PRINCIPIOS Y LA FINALIDAD DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

La reforma constitucional de 2008 se implementa el proceso penal de corte acusatorio de preponderancia a la oralidad, cuya finalidad es dotar al sistema penal mexicano de un procedimiento ágil y razonable en donde existan medios alternos de solución de conflictos, garantizándose como eje central de la reforma la protección de los derechos fundamentales durante la impartición y procuración de justicia motivada por los reclamos sociales imperantes en la actualidad.

En el Estado de Tabasco, mediante decreto número 206 del año 2012, se expide el Nuevo Código Procesal Penal Acusatorio, en la exposición de motivos se confirma la necesidad de un nuevo código procesal penal que respondiera a tales reclamos sociales: ya que el sistema procesal penal de corte inquisitivo imperante en el país es lento y obstaculiza la atención a los derechos de la víctima u ofendido. La inexistencia de una defensa adecuada y la necesidad de cumplir con los instrumento internacionales,¹⁰⁴ tanto en el Código estatal mencionado y el Código Nacional de Procedimientos Penales, este último expedido en el 2014, sienta las bases con principios esenciales del procedimiento penal, que continuación se enumera:

1. *Publicidad*

La característica de la oralidad en el proceso penal, hace que la publicidad adquiera relevancia en el entorno social, un juicio en el que se impida el conocimiento directo de los hechos, argumentos y desahogos de pruebas de las

¹⁰⁴ DECRETO 206, del Periódico Oficial del Estado de Tabasco, suplemento 7302 C de 29-VIII-2012, considerando segundo, aprobada 14 de agosto de 2012. Abrogado conforme las regiones judiciales en que se divide el Estado de Tabasco, programadas inicien con el nuevo Proceso Penal Acusatorio.

partes procesales opacarían la esencia la justicia que reclama la sociedad, la actuación de los jueces y fiscales en absoluta secrecía propiciaría la impunidad. El artículo 5 del Código Nacional de Procedimientos Penales explica que:

Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código.

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

Sin embargo, este principio de publicidad tiene su excepción, la restricción puede darse a petición de parte y por resolución fundada del órgano judicial, con el fin de proteger la intimidad de víctimas, testigos y menores de edad, el honor, el interés público del Estado, bajo la modalidad de la seguridad nacional, la seguridad pública.

2. Contradicción

En la contradicción la finalidad es controvertir, refutar los medios de pruebas, los alegatos que presenten las contrapartes durante el proceso penal, es así que el artículo 6, del Código menciona:

Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.

3. Continuidad

Durante el desarrollo procedimental las audiencias penales, estas deben ser continuas, de tal manera que permitan cumplir el objeto del mismo en un orden sistemático y secuencial, sin ser interrumpidas. El artículo 7º. del Código establece que: Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código.

4. *Concentración*

Este principio permite que diversos actos procesales se realicen con el menor número posible de audiencias y que no puedan prolongarse más de lo permitido por la ley. Hecho que se corrobora con el artículo 8o., del Código en donde: las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento. Asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos en aquellos supuestos previstos en este Código.

5. *Inmediación*

Este principio se refiere a que la recepción de las pruebas sea recibida por el propio juzgador sin que éste pueda delegar funciones *so pena* de incurrir en hechos delictuosos y de una grave responsabilidad que diera origen a su actuar. En el texto del artículo 9o., del Código se encuentra el principio de inmediación: “Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva”.

6. *Debido proceso*

A través del principio del debido proceso contenida en el Artículo 12, del Código, se refiere que: “Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”. En la que se hayan asegurado todas las garantías de su defensa adecuada, justa y equitativa.

7. Presunción de Inocencia

Este derecho fundamental es de suma importancia, su reconocimiento de manera explícita en la Constitución, lo coloca como eje rector del proceso penal, la inocencia de que se le acusa, principio reconocido por diversos tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por consiguiente nuestra Constitución, y reafirma en el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales: “Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”.

Por tanto, durante el proceso penal ante el órgano jurisdiccional siempre se presumirá la inocencia del imputado, mayor es aún la protección que debe darse a favor de éste; como inocente tiene derecho a que se le solicite su consentimiento para la grabación de audio y video, en ningún momento el Estado puede suplir ese poder de decisión, pues no existe una sentencia condenatoria definitiva.

II. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

A pesar de que el Código Nacional de Procedimientos Penales sea llamado como Código, lo cierto es, que es una Ley con características de una Ley General, puesto que su ámbito de aplicación regirá como norma general del procedimiento penal, en toda la república mexicana en este nuevo proceso penal acusatorio.

Es así que comienzan a surgir diversos criterios de especialistas¹⁰⁵ en las que se analicen las perspectivas que se espera que logre este cambio estructural en el proceso penal acusatorio. Destaca entre lo más importante: a) el mejoramiento de las técnicas de investigación, al exigir este Código mejores herramientas científicas y tecnológicas; b) proceso de mediación y conciliación como medidas

¹⁰⁵ García Ramírez, Sergio, “Comentario sobre el Código de Procedimientos Penales de 2014”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014, pp. 1167-1990.

alternas de solución de conflictos, y c) el registro de las audiencias en formato digital, grabación de audio y video; entre otras.

Tocante al tema del registro de las audiencias, en audio y video, resalta la importancia de analizar si efectivamente el Proceso Penal Acusatorio garantiza la protección de los datos personales y del principio de autodeterminación informativa, que como derecho fundamental son reconocidas por la Constitución. A continuación, se desglosa el cuadro descriptivo de los artículos que respecto de los datos personales:

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	
ARTÍCULO	OBJETO DE PROTECCIÓN
Art. 15	<p align="center">Derecho a la Intimidad y a la privacidad</p> <p>En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable.</p>
Art. 54	<p align="center">Identificación de declarantes</p> <p>Previo a cualquier audiencia, se llevará a cabo la identificación de toda persona que vaya a declarar, para lo cual deberá proporcionar su nombre, apellidos, edad y domicilio. Dicho registro lo llevará a cabo el personal auxiliar de la sala, dejando constancia de la manifestación expresa de la voluntad del declarante de hacer públicos, o no, sus datos personales.</p>
Art. 106	<p align="center">Reserva sobre la identidad</p> <p>En ningún caso se podrá hacer referencia o comunicar a terceros no legitimados la información confidencial relativa a los datos personales de los sujetos del procedimiento penal o de cualquier persona relacionada o mencionada en éste.</p>
Art. 109 Fracc. XXVI	<p>Al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa;</p>

<p>Art. 347 Fracc. VII.</p>	<p style="text-align: center;">Auto de apertura a juicio</p> <p>Antes de finalizar la audiencia, el Juez de control dictará el auto de apertura de juicio que deberá indicar:</p> <p>Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este Código;</p>
--	---

Cuadro I. Se muestran los artículos más importantes sobre cómo proteger la identidad de las víctimas e imputados.

Es de observarse que, del análisis sistemático de los artículos en mención se desprende las bases para proteger los datos personales de las personas sujetas a proceso penal, proteger la privacidad y la intimidad, que en un momento dado bajo criterio interpretativo que realice el órgano competente puede hacerse extensiva a proteger el derecho a la autodeterminación informativa.

1. *Vulnerabilidad de Las partes procesales: víctima e imputado dentro del proceso judicial*

Acorde al principio de Publicidad, en las audiencias, las personas que asistan a ella, deberán de abstenerse a introducir objetos o instrumentos que capten de manera gráfica y auditiva el desarrollo de la audiencia,¹⁰⁶ esto con el fin de proteger la identidad y los datos personales de las víctimas e imputados en el proceso penal y evitar la difusión de imágenes y videos en las prensas y en los diferentes medios de comunicación. Lo cual es correcto, vista desde la protección de los derechos humanos y de tutela efectiva en los procesos judiciales.

Ahora bien, los resultados son poco benéficos si la captura de imágenes y videos, se realizan ya no por parte de los medios de comunicación –reporteros, prensa- sino por el Estado mismo, bajo el poder del Imperio y de la Potestad de Decisión, aun por encima de lo cree, piensa o siente el gobernado; consentimiento suplido en razón de la función de orden público.¹⁰⁷

¹⁰⁶ **Artículo 58. Deberes de los asistentes.** Quienes asistan a la audiencia deberán permanecer en la misma respetuosamente, en silencio y no podrán introducir instrumentos que permitan grabar imágenes de video, sonidos o gráficas. Tampoco podrán portar armas ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo, contrario al decoro, ni alterar o afectar el desarrollo de la audiencia.

¹⁰⁷ **Artículo 61. Registro de las audiencias.** Todas las audiencias previstas en este Código serán registradas por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el Órgano jurisdiccional. La grabación o

A. Víctima e imputado dentro del proceso judicial

La víctima al igual que el imputado, por igualdad procesal deberán permanecer en las audiencias y retirarse solo con la autorización que emita el juzgador. Durante el desarrollo de las audiencias la grabación de imágenes y sonidos, serán obtenidas, de las cuales formaran parte de las actuaciones y registros que quedaran custodiados por el órgano jurisdiccional.

Pero en excepción al principio de Publicidad, las audiencias también podrán desarrollarse a puerta cerrada; es decir, sin acceso al público, más el Código no especifica en que momento puede dejar de registrarse las audiencias –grabación de audio y video- a favor del imputado o de la víctima, tratándose de las excepciones de seguridad pública o seguridad nacional, o derechos de terceros.

B. El menor de edad

Tal como lo establece el artículo Art. 109, fracción XXVI, -véase cuadro descriptivo- tratándose de menores de edad, obliga al juzgador a tomar medidas tendientes a proteger su identidad, cuando se trate de delitos de violación, violencia familiar, secuestro, trata de personas. Esta habilitación procesal de tomar medidas necesarias con el objetivo de proteger al menor, podría ir más allá en suspender el registro de audio y video, evitando así la denigración a su dignidad humana, en concordancia al principio del interés superior del menor y demás tratados internacionales. Dado que tener a la vista del menor las cámaras de video ocasionaría más aún un daño emocional haciendo patente una estigmatización latente en perjuicio del menor.

III. FINALIDAD DEL REGISTRO DE LAS AUDIENCIAS EN AUDIO Y VIDEO

Al reformarse la norma del procedimiento penal, se introducen importantes innovaciones entre las que se encuentran el registro de las audiencias en audio y

reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para efectos del conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación.

video, quedando este bajo resguardo del órgano jurisdiccional. Esto genera nuevas normativas que debieran de observarse durante el desarrollo del proceso penal como son la protección de datos de carácter personal y su tratamiento en la *praxis* jurídica.

1. *Objeto, función y finalidad*

El uso de las nuevas tecnologías de información dentro del proceso penal acusatorio, conlleva a implementar estrategias de recolección y tratamiento de los datos de carácter personal, debido a que esta herramienta facilita las labores administrativas en los tribunales,

Objeto. La palabra objeto, según el Diccionario de la Lengua Española menciona: “fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”;¹⁰⁸ es decir, cuál es el fin con que se realiza una acción, su objetivo o esencia. El objeto del registro de las audiencias pareciera ser dejar antecedentes, ya no de manera escrita, sino vivencial de las actuaciones de los jueces, víctima, imputado, y demás sujetos procesales auxiliares.

Función. Finalidad con la que da algo, se refiere al papel que desempeña; o sea, el papel o rol que desempeña el registro de las audiencias siendo grabadas en audio y video. Desde el punto de vista de la *praxis* jurídica, el llevar el registro de las audiencias no es materia de la controversia o litigio que debe el juez resolver ni debiera de influir en el sentido de la misma.

La finalidad se refiere al: “fin con que o porque se hace algo”;¹⁰⁹ es decir, el objetivo con el que se realiza algo. El registro de las audiencias mediante audio y video para su almacenamiento, no justifica su implementación; pues servir solo de recordatorio y para mejor conocimiento de los jueces, el reproducir las actuaciones de los partes procesales en las distintas etapas del proceso penal acusatorio, no justifica de manera proporcional o racional la utilización del registro de video y audio de las audiencias ni garantiza el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

¹⁰⁸ Real Academia de la Lengua Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QmweHTN>

¹⁰⁹ *Íbidem*.

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DESDE EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

1. Interpretación del Poder Judicial de la Federación: Artículo 6 Y 16 Constitucional

La primera reforma al artículo 6 Constitucional, en donde el Estado asume su obligación de garantizar el acceso a la información¹¹⁰, en 1977 esa nueva garantía es reconocida en la Constitución, solo faltaba delimitar las bases para su ejercicio adecuado y pleno acceso de la garantía social.

Por ello, se analizan ocho criterios jurisprudenciales emitidos desde el año 1992 hasta el año 2016, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tienen relevancia en la que medida que se observa cómo ha evolucionado los criterios jurídicos, desde la protección del derecho a la información hasta la protección de datos personales; que a continuación se mencionan: a) Tesis: 2a. I/92 de la Segunda Sala del máximo tribunal de 1992 donde se sostiene que el derecho a la información está contenida en el artículo 6 de la Constitución, cuyo alcance solo se relaciona con la prerrogativa de los partidos políticos; b) Tesis: P. LXXXIX/96, que 1996 en un intento en mejorar una conciencia ciudadana y evitar la cultura del engaño se establece que proporcionar información es una obligación del Estado, asociada con el derecho a la verdad.

En el 2000, con la cuarta tesis en comentario, c) Tesis: P. LX/2000 el Pleno, sostiene que el derecho a la información encuentra límites tratándose en la seguridad nacional, interés de la sociedad y los derechos de terceros. Ahora bien, con las reformas al artículo 1 Constitucional de 2011 y de conformidad con el principio *pro homine*, d) surge la Tesis: 1a. VII/2012 (10a.) que se establece que el derecho al acceso a la información es la regla general cuyo límite es el derecho a la protección de datos personales.

Para el 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite la tesis: e) 1a. CCXVII/2013 (10a.) en donde se especifica que tratándose datos personales

¹¹⁰ Se modifica el artículo sexto constitucional en donde se adiciona la frase al primer párrafo: "El derecho a la información será garantizada por el estado". Diario oficial, 6 de diciembre de 1977.

contenidas en las averiguaciones previas debe ser examinada mediante la llamada prueba de daño, ponderando así su divulgación o no de la información.

Además, el alcance de dicha reforma constitucional conlleva al Tribunal Pleno mediante la tesis g) P. I/2014 (10a.), reafirme el concepto de persona, ampliando así el derecho fundamental de protección de datos personales a las instituciones jurídicas colectivas, estableciendo parámetros que en la última tesis de referencia y, por último, se analiza la tesis h) Tesis: XXII.1o.1 CS (10a.), que guarda relación con la publicación de los datos personales del menor, exponiendo así al riesgo innecesario en perjuicio de su dignidad.

Siguiendo el orden mencionado, se desarrolla el contenido de las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el orden descrito en párrafos anteriores:

a). La Segunda Sala del máximo tribunal, establece por primera vez que el derecho a la información es una garantía social derivada de una reforma política de donde se modifica el artículo 6 constitucional, según tesis 2a. I/92, que a continuación describe:

INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. "...se desprende que: a) Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada "Reforma Política", y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos. b) Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria; y c) Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información..."¹¹¹

De la tesis anterior podemos observar, que señala que el derecho a la información es una garantía social, donde permite que mediante los partidos políticos puedan informar de las propuestas que hacen a la sociedad a partir de la reforma política. Posteriormente, anuncia que los alcances del derecho al acceso público serán determinados en una ley secundaria y, por último, es importante

¹¹¹ Tesis: 2a. I/92, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo X, agosto de 1992, p. 44. Derivada de Amparo en Revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E.

resaltar que no se considera en dicha tesis que sea un derecho individual restringiéndolo exclusivamente para los partidos políticos. Es de observarse de la tesis anterior, que aún faltaba por establecer los criterios para el ejercicio del derecho a la información, tales como la creación de una ley secundaria que regulara los procedimientos, plazos, sujetos obligado; aunque en este último, de manera general y abstracta se encontraba el Estado.

b). El derecho a la información desde 1996 ha sido interpretado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, se asociaba en aquel entonces con el concepto de verdad, que el gobernado tenía derecho a conocer, como el medio idóneo para entender la función garantista del Estado, y crear así, criterios y decisiones que impulsen al desarrollo y progreso de una sociedad informada, a como lo establece la tesis que a continuación de señala:

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 60. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. El artículo 60. constitucional, in fine, establece que "el derecho a la información será garantizado por el Estado". Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad.¹¹²

La tesis anterior podemos observar que los Ministros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia señalan que, para el mejoramiento de la conciencia ciudadana, es necesario que las actuaciones de cualquier autoridad del Estado, no propicie la cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento de la verdad, dado que como obligación contraída del Estado hacia sus gobernados es garantizar el acceso a la información.

c). Mediante la tesis P. LX/2000, el derecho a la información como garantía individual contenida en la Constitución encuentra sus límites frente a los intereses de la Nación y el interés de la sociedad, como puede observarse mediante la siguiente tesis:

¹¹² Tesis: P. LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, p. 513.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6o. de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como "reserva de información" o "secreto burocrático".¹¹³

De la tesis precedente se desprenden dos aspectos importantes: primera, se impone una restricción a los derechos fundamentales, ya que ningún derecho es absoluto, pero tampoco pueden estar condicionadas a su interpretación, sino que se restringen a determinadas exigencias establecidas expresamente por la norma constitucional para una convivencia pacífica y darle legitimidad al poder político y a la paz social. Segundo, da inicio al resguardo sigiloso de la información; es decir, que no toda información debe ser divulgada para los distintos fines a que haya lugar. Por tanto, a partir del establecimiento de este criterio, da origen a la llamada protección de datos en general, hasta hacerse extensiva específicamente en la protección de datos personales como veremos en seguida en el siguiente inciso.

d). Con la segunda reforma al artículo 6 Constitucional de 2007, se adiciona un segundo párrafo y sus respectivas fracciones, donde por primera vez se hace referencia a la protección de datos personales en el mismo artículo en comento en el apartado A, fracción II: "La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes".¹¹⁴

Respecto a las excepciones mencionadas son las que se refieren expresamente al texto constitucional contenido en el propio artículo sexto:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

¹¹³ Tesis: P. LX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, p. 74.

¹¹⁴ Se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, Art. 6, apartado A, frac. II, 20 de julio de 2007.

El artículo sexto Constitucional describe el derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental, cuyo límite se encuentra delimitada de manera enunciativa: ataque a la moral, la vida privada, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público. En lo referente al acceso a la información el propio artículo 6, apartado A, fracción I, menciona:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

Al respecto es preciso distinguir que esta fracción I, apartado A, en relación a la fracción II, del mismo apartado, del artículo 6 constitucional, que tratándose del acceso a la información pública debe de prevalecer el principio de máxima publicidad reservándose temporalmente solo por razones de interés público y seguridad nacional; encontrándose a su vez que como límite el derecho al acceso a la información pública es la protección de la vida privada y datos personales.

El artículo en comento, visto desde dos perspectivas: en la primera, como garante de la libertad de expresión busca dar certidumbre a todas las actuaciones del Estado Mexicano y; la segunda, dar certidumbre de que el derecho a la información, tiene límites frente a otros derechos como lo es el reconocer el derecho a proteger la privacidad en lo que se refiere a sus datos personales.

Sustenta lo anterior, en la siguiente tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación:

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL). En lo que respecta al límite previsto en la Constitución, referente a la vida privada y los datos personales, el artículo 18 de la ley estableció como criterio de clasificación el de información confidencial, el cual restringe el acceso a la información que contenga datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización... Así pues, existe un derecho de acceso a la

información pública que rige como regla general, aunque limitado, en forma también genérica, por el derecho a la protección de datos personales¹¹⁵

Como puede observarse, la protección de datos personales es uno de los límites del acceso a la información pública, debido a que el Estado como garante de la seguridad jurídica debe de proteger los derechos de las personas sujetas bajo su jurisdicción; la libertad de expresión contenida en el artículo 6o., Constitucional tiene límites la esfera privada de terceros, y el acceso a la información solo podrá reservarse temporalmente a causa de seguridad pública y seguridad nacional.

e). Para el 2013, mediante la tesis 1a. CCXVII/2013 (10a.), tratándose en materia penal, la autoridad ministerial tiene la obligación de realizar el ejercicio de “ponderación” entre los derechos de acceso a la averiguación y protección de datos contenidos en ella, como lo establece la siguiente tesis:

ACCESO A LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS SEGUNDO, TERCERO Y SEXTO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. limitación de acceso a la información pública debe vincularse objetivamente con la realización de una prueba de daño, la cual consiste medularmente en la facultad de la autoridad que posee la información solicitada para ponderar y valorar mediante la debida fundamentación y motivación, el proporcionarla o no, en tanto que su divulgación ponga en riesgo o pueda causar un perjuicio real al objetivo o principio que trata de salvaguardar, y de manera estricta debe demostrarse que el perjuicio u objetivo reservado, resulta mayormente afectado que los beneficios que podrían lograrse con la difusión de la información.¹¹⁶

De la tesis en cuestión, se desprende que para poder discernir cuando es o no posible la divulgación de los datos personales es necesario que el sujeto obligado en el caso de que sea una autoridad en materia penal ante el cual se solicita, éste debe de ponderar la graduación de los principios que en un momento dado puedan verse afectados, en razón de que su divulgación pueda generar riesgos: de salud pública, de la sociedad o, a la seguridad nacional.

f). Ahora bien, respecto a las interpretaciones al artículo 16 párrafo segundo de la Constitución realizadas por el máximo tribunal federal del país, referente a las

¹¹⁵ Tesis: 1a. VII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, p. 655.

¹¹⁶ Tesis: 1a. CCXVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 533.

reformas de 2009¹¹⁷, donde se establece el derecho a la protección de datos personales, intentos que el Estado Mexicano pretende garantizar los derechos humanos y el reconocimiento expreso del derecho fundamental que toda persona posee, en concordancia con la reforma de 2011, del artículo 1o., de la Constitución.

Al respecto, el pleno de alto Tribunal Federal mexicano ha dejado claro que el alcance jurídico del concepto de persona, es amplia; ya que protege derechos fundamentales de la persona tanto física como la persona moral, cuya titularidad de este último depende del derecho al que pretende hacer valer.

PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE. Si bien el vocablo "persona" contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende a las personas morales, la titularidad de los derechos fundamentales dependerá necesariamente de la naturaleza del derecho en cuestión y, en su caso, de la función o actividad de aquéllas ... existen otros que, evidentemente, corresponden sólo a las personas físicas, al referirse a aspectos de índole humana como son los derechos fundamentales a la salud, a la familia o a la integridad física; pero además, existen otros derechos respecto de los cuales no es tan claro definir si son atribuibles o no a las personas jurídicas colectivas, ya que, más allá de la naturaleza del derecho, su titularidad dependerá del alcance y/o límites que el juzgador les fije, como ocurre con el derecho a la protección de datos personales.¹¹⁸

En la tesis se especifica que esta ampliación no es extensiva a todos los derechos que la persona física pueda tener, pues algunas son de carácter inherente al ser humano que regulan el derecho a la vida, a la salud, a la educación, en sí, su derecho a la dignidad humana.

g). con la publicación de la tesis: P. I/2014 (10a.), los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la protección de datos personales al hacerse extensiva a las personas morales, también encuentran sus límites, situación que es observable en la siguiente tesis:

PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE. En ese sentido, el derecho a la protección de datos personales podría entenderse, en primera instancia, como una

¹¹⁷ Se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 1 de junio de 2009.

¹¹⁸ Tesis: P. I/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 273.

prerrogativa de las personas físicas, ante la imposibilidad de afirmar que las morales son titulares del derecho a la intimidad y/o a la vida privada; sin embargo, el contenido de este derecho puede extenderse a cierta información de las personas jurídicas colectivas... Por tanto, los bienes protegidos por el derecho a la privacidad y de protección de datos de las personas morales, comprenden aquellos documentos e información que les son inherentes, que deben permanecer ajenos al conocimiento de terceros, independientemente de que, en materia de transparencia e información pública, opere el principio de máxima publicidad y disponibilidad.¹¹⁹

Del análisis de la tesis descrita, los Ministros del máximo tribunal del país, hacen una distinción de lo que comprende o no, la protección de datos personales entre una persona física y una persona jurídica colectiva. Esto, debido a que las personas físicas poseen el derecho a la protección a su intimidad y vida privada, situación que no es observable a las personas morales; sin embargo, relativo el derecho a la vida privada y protección de datos personales comprende la protección de ciertos datos relativos a la información económica o comercial que, en el momento de su divulgación a terceros, provocaría un menoscabo o perjuicio a su patrimonio.

h) La tesis: XXII.1o.1 CS (10a.), resalta la importancia de la protección de datos personales como un derecho humano, que en caso de menores de edad vulnera su dignidad e interés superior del menor:

DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. SE VULNERA EN PERJUICIO DE LOS MENORES DE EDAD CON MOTIVO DE LA PUBLICACIÓN DE SUS DATOS PERSONALES Y SENSIBLES EN EL PORTAL DE INTERNET DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE QUERÉTARO, A TRAVÉS DE SU DEPARTAMENTO DE LOCATEL, A PROPÓSITO DE LA PETICIÓN DE UN PARTICULAR, QUE NO SE UBIQUE EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS PARA CONSIDERAR QUE SE ENCUENTRAN EN RIESGO INMINENTE DE SUFRIR DAÑO GRAVE EN SU INTEGRIDAD PERSONAL. [...] De igual forma, los artículos 6o., apartado A, fracción II y 16, segundo párrafo, constitucionales, reconocen el derecho fundamental a la protección de datos personales, con el propósito de garantizar la privacidad y la prerrogativa a la autodeterminación informativa de las personas [...] dicha publicación es inconstitucional, al violar el derecho humano referido, ya que ésta los expone a riesgos innecesarios y los coloca en una eventual situación de discriminación en menoscabo de su dignidad e interés superior.

A manera de conclusión, se tiene que de las tesis descritas establecidas según criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los

¹¹⁹ Tesis: P. I/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 273.

órganos que lo componen, se advierten el cambio transicional, desde el derecho al acceso a la información hasta garantizar el derecho a la protección de datos personales. Dicho cambio fue debido a la necesidad de que la sociedad debía ser informada de manera clara y hacerse de una información verdadera acorde a la realidad, garantizando el derecho al acceso a la información; pero que dicha información debiera de ser restringida tratándose de datos personales según lo dispuesto en la norma fundamental y en las leyes que regulen la materia. Así como se ha visto el desarrollo de la protección del derecho al acceso a la información, la protección de datos personales también ha tenido reformas importantes, delimitando su alcance y restricción, reconociendo en esta última tesis la importancia de la autodeterminación informativa.

2. Análisis Interpretativo de la Convención Americana de Derechos Humanos

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1o., en relación al 133 de la misma, se reconoce la obligatoriedad de respetar y hacer cumplir los tratados internacionales en materia de derechos humanos que no sean contrarios a la normativa interna y que otorguen la protección más amplia a la persona. El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derecho Humanos derivada del artículo 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se hizo patente en México con la Carta de Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobada por la Cámara de Senadores en 1998.¹²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de más instrumentos que forman parte del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, puede conocer tanto de casos sobre violaciones individuales a los

¹²⁰ Diario Oficial de la Federación, 8 de diciembre de 1998, Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

derechos humanos, como dar opiniones consultivas respecto al alcance y contenido de los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

En materia de protección de datos personales, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha establecido de manera directa jurisprudencia alguna; aun así, de manera indirecta ha sentado bases para proteger los derechos humanos en general, específicamente las relacionadas con el derecho de recibir protección contra las injerencias arbitrarias por parte de autoridades, en la familia, vida privada, intimidad.

Acotado lo anterior, se analizan seis sentencias emitidas por la Corte Interamericana: a) *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, el derecho al nombre como medio de identificación personal en relación a la familia; b) El caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, amplía que concepto de vida privada hasta el ámbito social y profesional con plena autonomía de la persona; c) *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, la privacidad como elemento íntegro de la intimidad y por tanto debe permanecer ajeno a la injerencia arbitraria tanto del Estado como de terceros; d) *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*, la restricción de los derechos humanos solo es posible bajo el principio de necesidad en una sociedad democrática; e) *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, se establecen criterios que se hacen necesario para llevar a cabo la ponderación para la restricción de un derecho humano; Por último, f) *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, la restricción debe de tener un fin legítimo bajo tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

A continuación, se describen los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el orden descrito:

a) Recordemos que el objeto del derecho a la intimidad es la protección de los datos e información personal propios al ser humano y, por tanto, proteger los datos que hacen identificable a la persona como parte de su vida privada, se trata de la protección de datos personales. En vista de que el derecho al nombre es un derecho universal reconocido en diversos sistemas de protección de Derechos Humanos, en especial de la Corte Europea, del cual se ha visto el efecto influyente en las

decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia que a continuación se expone:

CORTE IDH. CASO MASACRE DE LAS DOS ERRES VS. GUATEMALA. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2009. SERIE C NO. 211, PÁRRAFO 193.

También la Corte Europea decidió en materia del derecho al nombre que "como medio de identificación personal y de relación o de incorporación a la familia, el nombre de una persona afecta la vida [...] familiar de esta".¹²¹

Precisamente esa identidad es la que distingue un individuo dentro de una sociedad democrática. En México, el derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas.¹²² Además, al observarse la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de manera jurisprudencial en las sentencias emitidas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es debido en *pro* de la tutela judicial de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.¹²³

b) La protección del derecho a la intimidad abarca diversos aspectos de la persona, entre ellas se tienen la orientación sexual¹²⁴, la Corte Interamericana haciendo referencia al Tribunal Europeo, que mediante sentencia ha establecido la amplitud de lo que comprende la vida privada:

CORTE IDH. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DEL 24 DE FEBRERO DE 2012. SERIE C NO. 239, PÁRRAFO 135.

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la

¹²¹ Cfr. Court. H.R., *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Serie A no. 280 3, p. 28 para. 24 "[...] Article 8 (art. 8) of the Convention does not contain any explicit provisions on names. As a means of personal identification and of linking to a family, a person's name none the less concerns his or her private and family life".

¹²² SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, 2011, *El derecho a la identidad como derecho humano*, p. 15

¹²³ Cfr. Groppi, Tania y Lecis Cocco-Ortu, Anna María, "Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Público, Chile, Estudios*, núm. 80, octubre de 2014, pp.85-120,

¹²⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 167.

vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.¹²⁵

El derecho a la vida privada comprende además de la intimidad, el aspecto físico y social de una persona, su relación que establece con los demás individuos de una manera libre y voluntaria, su injerencia de manera arbitraria de terceros que no tienen vínculo alguno ni la autorización del sujeto protegido ocasiona que se lesionen bienes jurídicos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Merece atención especial sobre el tema de la autonomía de la voluntad, ya que como punto de partida para establecer el vínculo en el ámbito de lo privado debe mediar el consentimiento expreso de la persona, que bajo la autorización de este último en relación a la autonomía de la voluntad tiene la libertad de elegir y decidir si comparte o no la relación personal con otro individuo tanto en su vida privada, íntima, social o profesional.

c) En relación, a la autonomía de la voluntad, el derecho de toda persona a tener un espacio propio, libre de injerencias arbitrarias y de extraños ajenos a la circunscripción de vida del sujeto protegido. Según se establece en la tesis que a continuación se presenta:

CORTE IDH. CASO ESCHER Y OTROS VS. BRASIL. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 06 DE JULIO DE 2009. SERIE C NO. 200, PÁRRAFO 113. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”¹²⁶.

¹²⁵ Cfr. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 y, T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

¹²⁶ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 48, párr. 194; *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 95, y *Caso Tristán Donoso*, supra nota 9, párr. 55.

Pues bien, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone a los Estados Partes la obligación de proteger el derecho a la vida privada, la protección del domicilio y la preservación de las comunicaciones en sus diferentes modalidades: escrita en documento o por vía electrónica, de tal manera, que no resulte abusiva o arbitraria en la esfera íntima de la persona. Al respecto, derivada de la sentencia del caso en particular, el Juez Sergio García Ramírez, mediante voto concurrente describe con acierto el alcance del concepto de intimidad:

Al lado de la vida, la integridad, la libertad, entre otros bienes de entidad mayor, se halla el extenso ámbito de la intimidad, región de la existencia que el orden jurídico de los derechos humanos -tanto el interno, desenvuelto en la preceptiva constitucional, como el internacional, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos- pone a cubierto de injerencias indebidas. Se trata de un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura -o confía- su desenvolvimiento, labra su destino, cultiva sus libertades. Constituye una "zona reservada", personalísima, solo transitable para su titular, que la preserva y gobierna. Este ámbito -dice la Corte- "se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública" (párrafo 113 de la Sentencia).¹²⁷

La conceptualización amplia dada por el Juez como parte integrante de la Corte de lo que debe entenderse por intimidad, nos explica que es la esencia misma de lo que puede llamarse privacidad, en la que el Estado debe de proteger y salvaguardar ese derecho humano, cuya restricción a esa protección debe estar conforme a las disposiciones legales y constitucionales; es decir, que esté libre de injerencias arbitrarias o abusivas.

d) La restricción de los derechos humanos solo puede aplicarse cuando exista necesidad de preservar los intereses de una sociedad en un país totalmente democrático según refiere en la siguiente sentencia de la Corte:

CORTE IDH. CASO "INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR" VS. PARAGUAY. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2004. SERIE C NO. 112, PÁRRAFO 154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho

¹²⁷ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, de 6 de julio de 2009, párr. 2.

humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.¹²⁸

De la jurisprudencia mencionada, se desprende que la justificación de la restricción de un derecho fundamental debe ser de tal manera que garantice las demás protecciones de otros derechos humanos, pues no es viable colocar al gobernado en un estado de indefensión en la que sea vulnerable a injerencias arbitrarias de un Estado o de un particular.

e) La Corte Interamericana ha reiterado que para que se lleve a cabo alguna restricción a un derecho humano debe ser necesariamente para prevalecer otro derecho más esencial para la resolución de un caso concreto y como requisito indispensable realizar una ponderación tomando en cuenta los lineamientos de la siguiente sentencia:

CORTE IDH. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FERTILIZACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS SENTENCIA DE 28 NOVIEMBRE DE 2012 SERIE C NO. 257, PÁRRAFO 274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.¹²⁹

Aunque la sentencia en mención se refiera a casos de derecho familiar, se fijan lineamientos para llevar y por tanto se considera válido para llevar a cabo la ponderación de principios, para ello debe tomarse en cuenta la magnitud de la afectación, el alcance del otro principio en contrario y si la elección de uno de los principios en pugna, satisface la no elección del principio restringido.

f) Al igual que otros derechos, el derecho a la intimidad, vida privada y protección de aquellos datos de identidad personal, admite excepción y, por tanto,

¹²⁸ Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 26, párr. 108; Caso Maritza Urrutia, supra nota 57, párr. 87; y Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 154, párr. 96. Cfr. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párr. 57. Cfr. Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 55, párr. 116; y artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

¹²⁹ Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 84.

no es un derecho absoluto tal como lo establece en sentencia en el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, que a continuación se señala:

CORTE IDH. CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ. EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2009. SERIE C NO. 193, PÁRRAFO 56. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

En esta sentencia se puntualiza la importancia de cumplir con los principios de legalidad persiguiendo el fin legítimo a la cual toda autoridad Estatal debe subsumirse y, además, apegarse al momento de realizar la ponderación de derechos fundamentales en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como conclusión se tiene que la protección de los derechos humanos reviste carácter universal, comenzando por reconocer el derecho a la vida, al nombre. El derecho a proteger el nombre como un dato personal que hace totalmente identificable a una persona de los demás integrantes de la sociedad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como hemos visto establece que el derecho a la vida privada es amplio, abarca los aspectos físicos, psicológicos, así como la vida social y profesional tomando como base la autonomía de la voluntad del gobernado, protegiendo en todo momento al círculo más profundo de la esfera volitiva de la persona: su intimidad. Cualquier restricción a tales derechos debe justificarse mediante una correcta ponderación de principios de derechos humanos en la que se persiga un fin legítimo, de conformidad con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y no perder de vista que la presunción de inocencia prevalece hasta que se establezca lo contrario, esto para poder llevarse a efecto en plena armonía con las necesidades de una sociedad democrática.

V. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL. DERECHO COMPARADO

El derecho comparado nos muestra el alcance de la protección de los derechos fundamentales con regiones que contienen distintos modos de percibir la

realidad jurídica que prevalece sobre determinado tema, es preciso entonces relacionar los conceptos e ideología que pueden hacer válido un concepto jurídico mediante diversas causas que lo justifican. Se verá a continuación la importancia de la autodeterminación informativa, en Alemania y España.

1. Caso Alemania

Se analizarán tres sentencias que se encuentran relacionadas sobre la autodeterminación informativa, y la grabación de audios y video en los procesos jurisdiccionales, del Tribunal Alemán.

A. Sentencia BVerfGE 103,44 Videograbación de audiencias judiciales

Esta sentencia es de vital importancia para el desarrollo de este punto, debido a que el tema central es saber si es posible la grabación de audio y video en las audiencias durante el proceso, aunque la perspectiva sea desde la relación entre sujetos procesales –víctima e imputado- a los medios de comunicación –radio y televisión y, no desde la relación víctima o imputado con el órgano Jurisdiccional. La sentencia clarifica que el derecho de disposición –decidir, autodeterminación informativa, se rigen por disposiciones de carácter general: para las personas privadas se encuentra regida por el derecho civil, en cambio, para el Estado se rige por el derecho público, y éste es precisamente la legitimación del poder de decisión y poder *determinar la forma y extensión del acceso* de los medios de comunicación. Poder que adquiere no por voluntad propia sino dada por el Legislador.

El principio de la Publicidad, se contrapone: a) al derecho a la personalidad, b) al debido proceso, c) aptitud funcional de la administración de justicia: búsqueda de la verdad y legalidad, por tanto, sus límites a la publicidad encajarían perfectamente en proteger los intereses contrapuestos. Pero el Tribunal Alemán considera que si las grabaciones fuesen obtenidas por los medios de comunicación pondría en riesgo el contenido de la información:

Existe también un riesgo alto de que se modifique el contenido de las declaraciones, cuando las tomas son recortadas o editadas, para ser utilizadas con otro orden o más tarde, en otro contexto. A la defensa ante los peligros a que se ve expuesto el derecho

a la autodeterminación de la información (sobre éste véase BVerfGE 65, 1), sirve la exclusión de las tomas y su difusión.

La publicidad de los medios de comunicación es algo completamente distinto frente a la publicidad en las salas. Muchas personas cambian su comportamiento ante la presencia de los medios de comunicación. Algunos se sienten tranquilos ante los medios de comunicación, otros se atemorizan. El debido proceso se ve así en peligro, especialmente en lo que respecta a los acusados en un proceso penal, cuando debido a la presencia de los medios temen hacer referencia a cosas que son de importancia para encontrar la verdad; por ejemplo, circunstancias íntimas, penosas, o deshonorosas. El proceso de encontrar la verdad puede también sufrir cuando las personas que participan en el proceso dirigen su comportamiento con el objetivo de causar los efectos que esperan los medios de comunicación.¹³⁰

También se prevén mecanismos de aseguren el respeto a proteger la identidad de las personas:

El desarrollo externo del proceso puede verse afectado también mediante la presencia y la actividad de los equipos de camarógrafos, especialmente con la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos de grabación. Los efectos negativos en el desarrollo y contenido del proceso pueden disminuirse ciertamente con unas disposiciones adecuadas; por ejemplo, con la admisión sólo de un equipo de grabación, por la vía de una conferencia de prensa, restringiendo el número de personas en el equipo de grabación, mediante directrices para la colocación de las cámaras, así como prohibiendo las tomas de cerca o cualquier toma del acusado o de los testigos; sin embargo, esto no asegura que se eviten los efectos negativos.

B. *Sentencia BVerfGE 27,1 Ley de Microcenso*

Mediante esta sentencia el Tribunal Alemán ha establecido que no toda encuesta estadística viola los derechos de la personalidad humana sino solo en aquellos casos en que se invade la intimidad, cuestión que debe de permanecer ajeno a los demás:

¹³⁰ Schwabe, Juegüen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer, A.C, Pp. 86-91

Una encuesta, de la persona, realizada con fines estadísticos, puede ser vista, por consiguiente, como contraria a la dignidad y como una amenaza al derecho de autodeterminación cuando abarca la esfera de la vida propia del ser humano, que por naturaleza tiene el carácter de secreta, y convierte ese núcleo íntimo en material accesible y susceptible de ser valorado estadísticamente. En esta medida también para el Estado de la sociedad industrial moderna existen límites frente a la “despersonalización” técnico-administrativa. Donde, por el contrario, la encuesta estadística vincule sólo el comportamiento del ser humano en el mundo externo, ésta no abarca la personalidad humana en su ámbito inviolable de la conformación de la vida privada. Esto es válido en todo caso siempre y cuando esas informaciones pierdan la relación con la persona mediante el anonimato de su valoración. El presupuesto para esto es que el anonimato se encuentre suficientemente asegurado.¹³¹

Se pone énfasis que la intromisión del Estado no debe sobrepasar los límites de la despersonalización, ya que estos derechos son inherentes a los seres humanos, y si por algún motivo fuera necesario dejar a un lado ese derecho de protección se debe de buscar mecanismos menos lesivos o mantener en el anonimato su identidad

C. Sentencia BVerfGE 106,28. Grabación de conversaciones telefónicas

En esta sentencia se describe las garantías de los derechos de la personalidad y protección del derecho a la palabra hablada, aunque no son derechos iguales con el derecho a la privacidad, pero tienen un origen común: el derecho a la personalidad.

El derecho a la autodeterminación encuentra un modelo de expresarse en la potestad de la persona de decidir por sí misma si su voz puede ser almacenada en una grabadora..., para determinar si la intervención en el derecho fundamental está justificada, debe atenderse al resultado de la ponderación entre dos extremos: por un lado, el derecho general de la personalidad, que se opone al empleo de las pruebas; por otro los intereses jurídicamente protegidos, que hablan a favor de la utilización de las mismas.¹³²

¹³¹ *Ibidem*, p. 93

¹³² *Ibidem* p. 86-91

Es de esperarse que la forma de determinar la injerencia de terceros y cuya regla puede aplicarse también al Estado, es que se realice una ponderación de los derechos controvertidos, entre lo que se debe proteger y se pretende proteger.

2. Caso España

En el caso de España, la normativa de la Comunidad Europea obliga a los Estados miembros a implementar las medidas de seguridad necesarias para la protección de datos de carácter personal, todas ellas derivadas en principio de la Directiva 95/46/CE. Por lo que fue necesaria crear la Ley orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales; que mediante el Real Decreto 1720/2007, de fecha 21 de diciembre de 2007 se aprueba el reglamento.

A. Ley de Enjuiciamiento criminal

La ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada desde 1882¹³³, en sus artículos 326 y 363, referente a la obtención de material genético como el ADN en proceso criminales y su almacenamiento en el sistema informático de la policía. Se hace patente una diferencia en que la obtención del ADN es más lesiva que la obtención de las huellas digitales. Además, el ADN posee innumerables datos que deben de permanecer en el ámbito de la intimidad, para justificar la constitucionalidad de la intervención estatal, es necesario que exista un fin constitucional legítimo, previsto en la ley, que se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad en sentido estricto.

Lo que se pretende garantizar es la protección de los derechos fundamentales concerniente al tratamiento de datos personales que hagan identificable a una persona. España por su parte, acorde a los avances informáticos y el tratamiento de datos automatizados o no, permiten en un sentido amplio proteger los derechos, en especial la autodeterminación informativa, que al igual que en México, solo puede ser causa de excepción por las Administraciones Publica, seguridad pública, defensa nacional. La Ley Orgánica de Protección de

¹³³ Ley de Enjuiciamiento Criminal, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Datos personales permite al responsable de la recolección y tratamiento de datos, al igual manifestar su oposición de conformidad a la Directiva Europea.

*B. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia*¹³⁴

Esta carta fue realizada tomando en cuenta las diversas opiniones políticas y de diversas instituciones del ámbito jurisdiccional, teniendo como base la transparencia, la atención adecuada de los órganos jurisdiccionales, consagrando el derecho a ser indemnizado en caso de ser vulneración de algún derecho subjetivo. Teniendo como punto principal: a) una justicia transparente, b) comprensible, c) atenta, d) responsable, e) ágil y tecnológicamente avanzada; que garantice de manera eficaz la protección de las víctimas del delito, proteger a los menores de edad. En suma, esta carta en la praxis jurídica dota de herramientas al gobernado para que en un momento dado pueda reclamar la injusticia realizada a su persona.

*C. Plan de Transparencia Judicial*¹³⁵

España, mediante el Ministerio de Justicia, ha implementado programas como el Plan de Transparencia Judicial, en la que se dé a conocer en general la capacidad de atención al público, comprensiva para el ciudadano y que éste tenga conocimiento pleno de sus derechos transparentando los procesos judiciales, mediante la creación de vínculos de conexión y distribución de datos con el uso de nuevas tecnologías que haga rápido un intercambio de documentos tales como el sistema LEXNET, acelerando así el proceso de los juicios y el conocimiento de los abogados, jueces e interesados, y poder exigir de las autoridades jurisdiccionales la responsabilidad que por afectaciones a los derechos humanos les garantizado.

¹³⁴ Carta de Derechos de los ciudadanos ante la justicia, Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los diputados, 2002, [http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2006/marzo/cartaderechos\[1\].pdf](http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2006/marzo/cartaderechos[1].pdf)

¹³⁵ Ley 15/2003, artículo 14, establece los fines y objetivos del Plan de Transparencia Judicial. Disponible en:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338960013?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=SuplementosBoletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPlan_de_Transparencia_Judicial.PDF&blobheadervalue2=1215327820387

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO: JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.

La sociedad está formada por individuos que buscan más que satisfacer sus propias necesidades, la protección de sus propias conductas ya sean justa o injustas, bien menciona el filósofo Sócrates que “lo que da origen a la sociedad ¿no es la impotencia en que cada hombre se encuentra de bastarse a sí mismo y la necesidad de muchas cosas que experimenta?”¹³⁶ La sociedad organizada en Estado, exige autorregulación, en la que el individuo parte integrante, no sea más ni menos que el poder que ha otorgado para sí mismo.

En el Constitucionalismo moderno, bajo el axioma de derrotabilidad,¹³⁷ ninguna ley es inderrotable, ni absoluta, ni ilimitada; axioma que tiene verificativo mediante criterios normativos de interpretación, que será en última instancia la autoridad jurisdiccional que con un criterio legítimo y con validez, asegura que el derecho es congruente, dando eficacia jurídica a fin de poder dar a cada quien lo suyo, según su derecho corresponda, como principio máximo de justicia social.

Rubén Sánchez Gil, del análisis que realiza sobre la Tesis: 2a. XXIV/2006¹³⁸ de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, llega a la conclusión de que el criterio es incorrecto, dado que considerar la finalidad que el legislador pretendió alcanzar en el precepto constitucional en pugna, fue legítima en

¹³⁶ Olivari Walter, "Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XI, núm. 21, enero-junio de 2008, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602107>.

¹³⁷ Cfr. García Figueroa, Alfonso, "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho", *Rivista Di Filosofia Del Diritto E Cultura Giuridica*, núm. 3, 2013, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf, y cfr. García YZAGUIRRE, José Victor, "La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas", *Dikaion*, Norteamérica, vol. 21, núm.2, abril 2013, Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2272/3120>.

¹³⁸ Cfr. Tesis: 2a. XXIV/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, marzo de 2006, p. 534.

virtud de proceder de una fuente creadora facultado para ello por la norma fundamental.

La Sala incurre en error de que una medida legislativa sería justificada solo porque el legislador persigue con ellas fines constitucionalmente admitidos o exigidos. esto último, cuando mucho, se refería al examen de idoneidad, pero no a los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el examen de proporcionalidad reclama un análisis que no quede en constatar la “legitimidad” del fin legislativo, sino vaya “más allá” y establezca si es equilibrado el grado de perjuicio que una disposición del legislador provoca a un derecho fundamental, lo cual en muchas ocasiones no es apreciable a simple vista, pero no por ello deja de ser una afectación “injusta” de otros bienes (también) constitucionalmente tutelados.¹³⁹

Así como el órgano jurisdiccional le corresponde mediante criterios ponderativos, interpretar preceptos constitucionales, al órgano legislativo le corresponde crear leyes que aseguren una razonable tutela de los bienes jurídicos que se intenta proteger, en materia penal el postulado de *Última ratio* obliga a ajustar y justificar las razones establecidas en la ley, por tanto, menos lesivas para la víctima e imputado.

De acuerdo con el criterio del autor, se analizará en este último capítulo, de que una ley para ser válida no es solo cumplir con un proceso formal o provenir de una fuente creadora facultada para ello, sino hay que ir *más allá*; es decir, la legitimidad de una ley no es razón suficiente para que un derecho fundamental sea limitado, sino que debe ser evaluado en razón del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido, limitar el derecho fundamental a la protección de datos personales, desde el inicio del tratamiento respectivo, el no justificar la razón suficiente de no pedir la autorización del sujeto o su consentimiento - autodeterminación informativa- para ser video grabado. La limitación de derechos fundamentales en materia penal exige agotar otros medios menos lesivos para

¹³⁹ Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.260.

obtener el mismo fin, valorados a luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA JURÍDICA DESDE SU ORIGEN: PODER LEGISLATIVO

La protección de datos personales en el plano internacional, sin duda comprende uno de los aspectos más relevantes derivado del auge de la protección internacional de los derechos humanos que se encuentran plasmados en documentos que revisten un carácter especial y totalmente vinculatorio, que obligan jurídicamente a los Estados Partes –a nivel Ejecutivo, Legislativo y Judicial- el cumplimiento de cada una de sus cláusulas; en cambio, otros instrumentos son solo portadores de principios que determinan el alcance y contenido, así como su interpretación y aplicación de forma no vinculante que son reconocidos por organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales.

1. *Control Constitucional en el sistema jurídico mexicano*

El Control Constitucional se refiere a que al igual que existen límites a los derechos, también existe límites al Poder que los controla, o más bien, a los que crean los lineamientos de control mediante la creación de normas de aplicación, en México existen diversos medios de Control Constitucional como la Acción de Inconstitucionalidad, Controversia Constitucional, Juicio de Amparo, etc.

En el constitucionalismo moderno las Constituciones como norma fundamental de su rigidez obedece a su carácter de norma superior, de la cual derivan todas las demás normas de menor jerarquía. Bajo este régimen, la defensa de la Constitución y los mecanismos de control constitucional tanto preventivas como correctivas¹⁴⁰ sujetan a los diferentes órganos del Estado a que sus funciones sean bajo el marco constitucional.

¹⁴⁰ *El control preventivo*. Se ha definido como medio de control que se realiza por el propio creador de la norma antes de su publicación y promulgación; en el *caso de control correctivo*, se realiza posteriormente a la fase de su obligatoriedad en mundo jurídico, a la que se podrá decir lo realizan los tribunales del poder judicial, competentes para resolver que se presentare con vigencia de las normas y el alcance de su aplicación.

En cuanto a los tipos de control, la doctrina ha clasificado dos momentos: a) en razón al momento que se realiza, bajo dos modalidades, el control constitucional *a priori* y el control constitucional *a posteriori*. o bien, b) en razón por los órganos que lo ejercen control difuso o control concentrado:

El control *a priori* es realizado antes de la promulgación de una norma general, cuyo ejemplo principal es el Consejo Constitucional francés que examina la constitucionalidad de las leyes previamente a su promulgación. El control *a posteriori*, el más común, es el que realizan los órganos jurisdiccionales que con motivo de una controversia tienen como tarea examinar la constitucionalidad de las normas generales y los actos de autoridad.

El control difuso o judicial *review*, también identificado como “sistema americano”, que nació con el fallo de la Corte Constitucional del Estados Unidos del caso *Marbury vs. Madison* (1803) y que implica que cualquier juez, con motivo de la resolución de un caso, puede interpretar y revisar la constitucionalidad de las normas o de actos, cuya resolución sólo implica efectos inter partes, esto es, efectos para el caso concreto.

Mientras que el control concentrado, también llamado “control austriaco”, basado en la propuesta de modelo de Hans Kelsen en 1920 para dicho país, requiere de un tribunal especializado que se encargue de manera exclusiva del estudio abstracto de constitucionalidad de las normas, que comúnmente es identificado con el nombre de Tribunal Constitucional cuyas resoluciones generalmente tiene efectos generales.¹⁴¹

En México no existe un órgano como en el consejo francés de examinar la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación; el proceso legislativo es de carácter interno en las legislaturas o Congreso de la Unión, ya que una vez promulgada, solo es posible su inaplicabilidad o inconstitucionalidad mediante los procedimientos establecidos en la Constitución.

La justicia constitucional proclama que los órganos del Estado están limitados por la norma constitucional, esta a su vez busca el límite y control del poder político; es decir, ninguna acción tendrá más límites que lo plasmado en la Constitución. En

¹⁴¹ Gilas, Karolina Mónica, *Control de constitucionalidad en materia electoral, México*, TEPJF, 2011, p.5

la actualidad es necesario recurrir a tratados internacionales que sean compatible con la Constitución.

Bajo esta tesitura, los límites a los derechos humanos y en particular la protección de datos personales bajo el principio de autodeterminación informativa, deben ser analizadas de conformidad con el principio de proporcionalidad y razonabilidad como medios interpretativos de control constitucional sobre las facultades discrecionales del Poder Legislativo.

En particular, el proceso de creación de la norma con carácter general como el Código Nacional de Procedimientos Penales, que contemple la videograbación sin consentimiento de la víctima o imputado era necesario un análisis exhaustivo de la adecuación del derecho interno con los principios constitucionales universalmente reconocidos por el derecho internacional en favor de la protección efectiva de las personas, como es de analizar las restricciones al derecho fundamental mediante los requisitos que para ello provee el principio de proporcionalidad en sentido estricto en materia penal.

La función del control constitucional no sería nada sin la función del juez o del órgano jurisdiccional, la ausencia de facultad de interpretar la legitimidad de las normas y de su validez constitucional, conllevaría a una situación distinta a la que un Estado Social Democrático aspiraría, a la que Durkheim, en su obra “el suicidio”, denomina anomia.¹⁴²

En la actualidad, la protección no solo constitucional sino la más amplia contenidos en los tratados internacionales como menciona, Olga Cordero Sánchez, haciendo referencia antes de las reformas de 1995, sobre los medios de control establecidos por la Constitución: “en aquellos años, eso no era discutido. La singularidad de la Constitución era la regla y su exaltación en el discurso público la constante. Las violaciones constitucionales eran múltiples, pero los medios de controlarlas jurisdiccionalmente eran restringidos”.¹⁴³

¹⁴² Cfr. Durkheim, Emile, *El suicidio*, 6a. ed., trad. de Lorenzo Díaz Sánchez, Madrid, AKAL, 2008. Aquí se toma en el sentido de la usencia de orden, de reglas claras, a lo que conllevaría según Robert Merton, a una carencia de aceptación o legitimidad en la sociedad.

¹⁴³ Sánchez Cordero, Olga, “Medios de control constitucional, gobierno y país”. Conferencia organizada por el Frente Regional de Profesionistas en derecho, llevada a cabo el 12 de junio de 2009, en la ciudad de

El control constitucional de los actos de los poderes públicos -ejecutivo, legislativo y judicial-, han ido evolucionando, creando nuevas perspectivas de protección, por ejemplo, en materia electoral, el Juicio de Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano, era algo inimaginable e impensable por el Estado, pero, actualmente es de suma importancia; así, la manera de proteger el derecho a la protección de datos personales bajo el principio de la autodeterminación informativa en materia penal, el Estado debe de crear nuevas perspectivas de protección de los derechos humanos y fundamentales.

Antes de entrar en materia del Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad, como medio de control constitucional en razón por los órganos que lo ejercen; es conveniente tener en cuenta los parámetros sobre los criterios de interpretación que rigen el sistema jurídico mexicano.

A. Control abstracto y control en concreto de constitucionalidad

El control de constitucionalidad, necesariamente requiere de interpretación jurídica, en este sentido cuando una ley con característica de generalidad encuentra diferencias en la Constitución, surgen dos formas de control, de acuerdo al origen o la manera en que se presenta dicho conflicto en el panorama jurídico: el *control abstracto* y el *control concreto*.

El control abstracto de la constitucionalidad, obviamente sólo aplicable a normas generales ordinarias, estriba en la mera comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen, o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación; es decir, en esta clase de control no se estudiará un caso concreto en el cual sea aplicada la norma ordinaria impugnada, cuyos elementos contingentes podrían limitar y determinar la percepción del sentido de las normas constitucional y ordinaria en cuestión, y determinar la decisión de inconstitucionalidad que se busca, pues la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante.

El control concreto, por otro lado, implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en juego¹⁴⁴.

La manera de distinguir entre el medio de control abstracto y concreto, es necesario tomar en cuenta la finalidad del conflicto a un caso determinado o no. En el primero, la resolución que pone fin al conflicto entre la Constitución y una norma de carácter general se orienta a un control preventivo, no va dirigido a un caso en particular – a alguna persona en particular que tenga injerencia o derecho subjetivo- sino de manera general, de forma abstracta. En cambio, el segundo, la resolución o conflicto de la norma fundamental con alguna ley general, se circunscribe a un caso concreto en particular y por tanto sus efectos son solo para el caso en conflicto.

El control abstracto, por ejemplo, y al igual que en la mayoría de los medios de control constitucional, en la Acción de Inconstitucionalidad se requiere de sujetos legitimados, que previamente la Constitución los enumera de manera limitativa; es decir, el ciudadano, tiene la posibilidad de reclamar la no vulneración de sus derechos solo mediante el Juicio de Amparo.

2. Criterios de interpretación constitucional

Existen diversos métodos de interpretación: gramatical, lógica, histórica, teleológica, sistémica, interpretación conforme; aunque no es el fin describir cada una de ellas, lo cierto es que la elegibilidad del método interpretativo depende de la norma y contexto y el sentido que el intérprete constitucional debe de dirigir en aras de interpretar la voluntad del legislador en un Estado Constitucional. Con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, la influencia de las normas de derecho internacional contenidas en los tratados internacionales modifica los criterios de interpretación a favor del principio *pro homine*.

¹⁴⁴ Sánchez Gil, Ruben A., “El control difuso de la constitucionalidad en México, reflexiones en otro a la tesis P./J. 38/2002, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales. 2004 UNAM-III, p.207.

A. Jerarquía normativa

Las jerarquías de los tratados internacionales de derechos humanos se pueden situar en tres diversas posiciones con respecto a la Constitución y las leyes ordinarias:

a. Supraconstitucionalidad

La supraconstitucionalidad implica que las disposiciones contenidas en éstos que brinden mayor protección a los individuos, tendrán preferencia aplicativa sobre cualquier disposición jurídica, incluyendo a la Constitución del Estado.¹⁴⁵

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados destaca las obligaciones internacionales de los Estados (no solo en materia de derechos humanos) en tanto que dispone: “los Estados Partes no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumpliendo de un tratado.” Así su incumplimiento puede originar responsabilidad internacional del Estado.¹⁴⁶

b. Constitucional

La aplicación autónoma implica que las y los jueces constitucionales no pueden aplicar la norma internacional si ésta no se tiene por directamente aplicable al orden jurídico interno, lo que supone que previamente debería ser introducida. En este tipo de casos, las jurisdicciones constitucionales son habilitadas por el propio texto de la Constitución para operar una aplicación autónoma de los tratados internacionales que han sido suscritos por los Estados, especialmente aquellos en materia de derechos humanos. Por otra parte, otros sistemas jurídicos han optado por incluir una *cláusula interpretativa* que de una u otra forma obliga a las autoridades estatales a interpretar las disposiciones constitucionales conforme a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

¹⁴⁵ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2013 P.83

¹⁴⁶ *Ídem*.

El constituyente permanente mexicano optó por esta segunda vía. De esta forma, en el párrafo segundo del artículo 1° de la CPEUM se dispone que *“las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*.

Respecto al *principio de interpretación conforme*, durante los debates de la reforma en la Cámara de Senadores se consideró que: “resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales, por ese medio “se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes”. Así, *no se atiende a criterios de supra subordinación y jerarquía de normas*, sino que “se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México se parte, para *ofrecer una mayor garantía a las personas*”.¹⁴⁷

La cláusula de interpretación conforme se podría definir como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales –y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales–, para lograr su mayor eficacia y protección”.¹⁴⁸

Es posible que sociológicamente los tribunales locales se planteen situaciones de desinformación normativa, de negación o rechazo del derecho humano de fuente internacional e incluso de desnaturalización del derecho humano. Los órganos de la jurisdicción internacional pueden incurrir asimismo en defectos y vicios semejantes; no están exentos de caer en un autismo jurídico ignorante de las realidades y del

¹⁴⁷ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “Bases conceptuales para la implementación de la reforma Constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal”, p.12

¹⁴⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, “Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, México, CNDH, 2012, P. 35.

derecho local o alterar los derechos humanos emergentes de un tratado mediante una interpretación imprudente o ideológicamente desvirtuadora de los mismos.¹⁴⁹

c. Supralegal

Se dice que un tratado es supralegal cuando se sitúa en un nivel inferior a la Constitución, pero superior a las leyes ordinarias. Este es la solución acogida por México desde 1999.

Recordemos que anteriormente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que para efectos del derecho interno los tratados tenían el mismo rango que las leyes federales.¹⁵⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación elaboró una tesis en la que se aparta del criterio que había venido sosteniendo, al resolver en un caso concreto: el Amparo en Revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo.

En dicho asunto se resolvió que debería privar la aplicación del Convenio 87 de la OIT, que se refiere a la libertad sindical, sobre las disposiciones contenidas en la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; y se determinó que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.¹⁵¹

De esta tesis se fija un nuevo paradigma de la visión interpretativa del carácter obligatorio de los tratados internacionales, ubicándose muy por encima de las leyes federales, leyes generales y demás ordenamientos jurídicos de carácter

¹⁴⁹ Miranda Camarena, Adrián Joaquín y Navarro Rodríguez, Pedro. “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, *Opinión Jurídica*, vol. 13, núm. 26, marzo de 2015. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/956/1009>.

¹⁵⁰ LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tomo 60, diciembre de 1992, Tesis P. C/92, Página 27.

¹⁵¹ Se trata de la tesis de pleno LXXVI/99 “TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”.

inferior para estar en armonía a la interpretación expresa que ordena al artículo 133 de la Constitución.

Ahora bien, la protección establecida por la reforma al artículo 1 de la Constitución, al prever que debe prevalecer el principio *pro persona*, el Estado Parte puede dejar insubsistente la aplicación directa de un tratado internacional, bajo el supuesto que la Constitución ofreciera una amplia protección que favorezca al derecho de la persona.

3. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad

En la doctrina y en la jurisprudencia mexicana, se aceptan dos tipos de control de constitucionalidad: control concentrado y control difuso. Esta calificación obedece a la competencia de los órganos jurisdiccionales establecidas en la Constitución, en la que se busca evitar que una norma de carácter general pueda tener efectos catastróficos de los derechos humanos reconocidos en la norma fundamental.

Es así que, el control concentrado se relaciona con la presencia de un órgano especializado –Poder Judicial de la Federación- en la que se cuestiona la incompatibilidad de una norma de carácter general con la Constitución, de forma en abstracto, sin un caso en particular, teniendo como efecto en caso de ser procedente, la expulsión de la norma, la parte que no sea compatible con la norma fundamental.

Por su parte, el control difuso implica el análisis de la validez de la norma a un caso concreto en la que de resultar contraria a la norma fundamental daría como resultado sólo la inaplicación del contenido de la norma controvertida sobre el caso en particular, precisamente este tipo de control es el que pueden realizar cualquier órgano jurisdiccional ya sea federal o estatal.

Anteriormente a las reformas de 2011, el control constitucional es ejercido solo por una parte del Poder Judicial, es decir exclusivamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ello, con la reforma del artículo 1ro. de la Constitución, referente a las garantías constitucionales, en la que toda interpretación se realizará en margen a la protección de los derechos humanos, se hizo extensivo a todo el

Poder judicial, en los todos los niveles, federal o local, quedando reservado el control concentrado de constitucionalidad, en los casos de Controversia Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Amparo Directo e Indirecto al Poder Judicial de la Federación.

Así surge una de las finalidades del control difuso de constitucionalidad, “la obligación y función de los jueces: realizar un control difuso constitucional, de suerte que se busque la interpretación de la ley más ajustada a la Constitución, y los tratados internacionales, en favor de los derechos de la persona, y solo en caso extremo se llegaría a la desaplicación de la norma”.¹⁵²

En control de convencionalidad externa o en sentido estricto, lo realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por su parte, el control de convencionalidad interno, los Estados Parte tienen la obligación de acatar y aplicar las disposiciones de los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana para la salvaguarda de los derechos humanos.

El control de convencionalidad, no solo es reservada para el Poder Judicial federal, o local, sino que toda autoridad en los tres niveles de órganos de gobierno –ejecutivo, legislativo y judicial-, en la medida de sus competencias tienen la obligación de realizar de manera *ex officio*, en sus actos o resoluciones, o en los procedimientos administrativos, ejercer el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se debe de realizar respecto de cualquier actuación u omisión del Estado: actos y hechos. Se deben explorar las “circunstancias de jure y de facto que subyacen al acto de autoridad reclamado [sin importar si la voluntad se externó: acto positivo (normas generales, actos concretos); o bien, si no hubo voluntad y la omisión provocó una vulneración a un derecho humano]”.¹⁵³

Como afirma Eduardo Ferrer *Mc-Gregor*, en el sistema jurídico mexicano el control constitucionalidad tuvo sus efectos a partir de varios casos –Radilla

¹⁵² Espinoza, Ricardo, *La presunción de inocencia en el sistema acusatorio mexicano*, México, NOVUM, 2012, p.28

¹⁵³ López Olvera, Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *Nuevos Paradigmas constitucionales, dignidad humana, principios fundamentales, derechos humanos, Estado de Derecho, democracia y control de convencionalidad*, México, Espress, 2014, p. 222.

Pacheco, Fernando Ortega, Rosendo Cantú y, Cabrera García y Montiel Flores- en que la Corte Interamericana obliga al Estado Mexicano la aplicación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Si distinguir entre el control de “constitucionalidad” y el de “convencionalidad” tuviera alguna utilidad práctica, ésta resultaría del provecho de sus implicaciones en el contexto en que se usen esas expresiones. En México, aludir al “control de constitucionalidad” significa analizar directamente la conformidad de elementos jurídicos ordinarios con cualquier precepto de la Ley Fundamental en sentido estricto –aunque implícita o indirectamente también se tutelen normas internacionales–, pero también remite al análisis directo de normas internacionales sobre derechos humanos que obligan al Estado mexicano, primordialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que la observancia de éstas también tiene rango constitucional. En cambio, según lo desarrollado por la jurisprudencia interamericana, es más restringida la expresión “control de convencionalidad”, pues se refiere únicamente al análisis directo de la conformidad con prescripciones internacionales, aunque implícita, pero indirectamente, también se tutelen normas constitucionales.¹⁵⁴

Las transformaciones se hicieron evidente con la reforma de 2011, en la que el sistema procesal mexicano debe reconocer mayores garantías a sus gobernados y una mayor eficacia en la protección de los derechos humanos. Además, el control de convencionalidad es aplicable para la Cámara de Diputados y “deberá realizarse en la Cámara de Senadores. Tanto en las comisiones como en el Pleno de debe hacer examen de compatibilidad entre el proyecto de decreto de modificaciones a la CPEUM con los tratados internacionales que contienen derechos humanos”,¹⁵⁵ en general para el Congreso de la Unión.

¹⁵⁴ Mac-Gregor, Eduardo Ferrer y Sánchez Gil Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, CDHDF, SCJN, ACNUDH, 2013, p.18

¹⁵⁵ López Olvera, Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *op. Cit.* P. 188

II. PRINCIPIOS *SINE QUA NON*: PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

En el sentido tradicional que se le ha dado al principio de proporcionalidad en materia penal, consistente en la gravedad del delito y la proporción de la pena, visto desde la perspectiva de su aplicabilidad en el ámbito del Poder Judicial en la imposición de las penas –punición- y, del Poder Ejecutivo, su cumplimiento –la pena, aunque este último sea solo en su aspecto material físico, la cárcel-. Consecuentemente, ha sido necesario analizar bajo el esquema de los principios tutelares del Derecho Penal, la existencia de otros límites materiales –ultima ratio, subsidiariedad, legitimidad, presunción de inocencia, defensa y justicia social-¹⁵⁶ al ejercicio del derecho punitivo *ius puniendi* del Estado.

La actuación del Estado en el ámbito penal se circunscribe a que todo acto de molestia o injerencia en la intervención jurídico-penal hacia la víctima o imputado y además tratándose de derechos fundamentales, si la intervención es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

La labor legislativa conlleva a que la creación de una ley con carácter general debe ser a luz de los subprincipios mencionados tendiente a justificar la *razonabilidad* de los medios empleados para obtener el fin deseado sin exceder de los límites que en esencia cada derecho fundamental protege.

1. *Proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad en la Constitución¹⁵⁷ se encuentra contenida en diversos artículos; en el artículo 22, relativo a la proporción de la pena y, en el artículo 29, relativo a la restricción de derechos en situaciones que el propio artículo enumera; pero, por razones análogas y lógicas, tales restricciones son válidas no

¹⁵⁶ Cfr. Méndez Paz, Lenin, “El juego de la Justicia, o la justicia como juego: delito de alarma social en Tabasco, México”, *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre 2013, pp. 281-294.

¹⁵⁷ Artículo 22. “Toda pena deberá ser *proporcional* al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Artículo 29. “La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser *proporcional* al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”

solo en situaciones críticas, sino en épocas de paz, ya que el bien jurídico en tela de juicio son los derechos fundamentales.

El catedrático de derecho constitucional Ignacio Villaverde, afirma: “el límite al derecho fundamental preterido en el aparente conflicto no emana del resultado de una previa ponderación de bienes, sino que precede a toda ponderación, porque para resolver la colisión, primero hay que delimitar el derecho fundamental y aplicarles límites, fijando así el ámbito de su protección”.¹⁵⁸

En esencia, cuando se pugna la vulneración de derechos fundamentales con alguna norma de carácter general, donde ésta, restringe de manera expresa o implícita un derecho fundamental; la solución no es hacer uso directo de la ponderación de derechos como medio de solución inmediata, sino delimitar sus propios límites tanto del derecho que se protege como el de la norma en conflicto, y finalmente, aplicar la prevalencia mediante la ponderación de los bienes protegidos.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos o para imponer un límite o este admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través del cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.¹⁵⁹

Es indispensable el uso del criterio del principio de proporcionalidad, como menciona el autor, no es solo imponer límites o restricciones a los derechos

¹⁵⁸ Villaverde Menéndez, Ignacio, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Principio de proporcionalidad”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 181.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 182.

fundamentales, sino debe mediar una real justificación del motivo de su implementación; fungiendo la proporcionalidad como el límite al poder del órgano competente para crear o modificar situaciones jurídicas en abstracto o en concreto; de esta manera, concluye el autor:

[...] El derecho fundamental debe ser limitado en los estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan, por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor que el que sufrirían si el derecho fundamental no se limitase.¹⁶⁰

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, -no excluyendo absolutamente los dos subprincipios el de idoneidad ni necesidad-, el *carácter de estrictamente necesario* de este principio, hace que sea solamente admisible la limitación del derecho fundamental, siempre y cuando, la limitación sea para proteger otro derecho en la cual exista un *riesgo cierto y actual* y no riesgo futuro o hipotético de la puesta en peligro sino se limitase ese derecho que se sacrifica.

Ramiro Ávila Santamaría, destaca la importancia del principio de legalidad y proporcionalidad, en materia penal, que en el siguiente punto se desarrollará, pero aclara que “Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos, y sentencias, cuando delimitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si estas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.”¹⁶¹

Dada la importancia del principio de proporcionalidad, y de acuerdo a los subprincipios que de ella emanan: el de a) *idoneidad*, b) *necesidad*, c) *proporcionalidad en sentido estricto*. Sin duda, fue la doctrina alemana y el Tribunal Constitucional alemán quienes desarrollaron esta técnica de interpretación cuando de limitación de derechos humanos se tratase, que consiste en: “el de *idoneidad* de la intervención estatal para conseguir su finalidad, el de *necesidad* de dicha intervención para tal fin, y el de *proporcionalidad en sentido estricto* entre el coste

¹⁶⁰ *Ibidem*, 185.

¹⁶¹ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de Legalidad vs. El principio de proporcionalidad. Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y de los parlamentos y los jueces”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 332.

de la intervención en términos de afectación de derechos y el beneficio representado por el fin a obtener.¹⁶²

En razón de lo anterior, la cuestión a debatir en este aspecto es que si las videograbaciones en Audio y Video en las audiencias ante el órgano jurisdiccional, independientemente de las ventajas o en pro de que le puedan servir para la víctima o imputado, el obtener la imagen de su persona sin su consentimiento afectando derechos al libre desarrollo de la personalidad, cabría la interrogante: ¿es esto razonable -la videograbación- y estrictamente indispensable y necesaria, para justificar la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales bajo la vertiente de la autodeterminación informativa?

Por lo que es necesario tratar los alcances del principio de proporcionalidad y de razonabilidad en la ley penal.

A. Proporcionalidad en la ley penal

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, reivindica el valor axiológico del derecho la protección de los derechos fundamentales y limita el ejercicio discrecional de órgano legislativo y en general, de la función punitiva del Estado. La Constitución es garante de los derechos humanos y derechos fundamentales, como menciona el doctor Norberto J. de la Mata que:

El control constitucional de la proporcionalidad de la norma penal o de la pena efectivamente prevista o impuesta entiende debe limitarse a verificar la ausencia de un patente derroche inútil de coacción, de un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe, de un atentado contra el valor fundamental de la justicia propia de un Estado de Derecho, de una actividad pública arbitraria y no respetuosa de la *dignidad* de la persona.¹⁶³

¹⁶² Mir Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en M.L Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, t.II, p. 1358.

¹⁶³ Mata Barranco, Norberto J. de la, "Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal," *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, Vol. LX, noviembre de 2006, p.168.

Gloria Patricia Lopera, siguiendo los parámetros del Tribunal Constitucional Alemán, distingue tres niveles de intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad, en la que se pretende mediar la facultad discrecional de los legisladores en la toma de sus decisiones que afecten la esfera de los derechos fundamentales.

Control leve o de evidencia: empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas “no evidentemente falsas”.

Control intermedio o de justificabilidad: aplicable a intervenciones medias [sic] en derechos fundamentales. Al igual que en el nivel anterior, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante. La certeza de las premisas en las que debe apoyar el reproche de inconstitucionalidad ha de ser media o, en sentido contrario, la intervención del legislador estará justificada si se apoya sobre premisas “plausibles”.

Control estricto o control material intensivo: Se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada.¹⁶⁴

Respecto a la carga de la argumentación y de la prueba, para justificar la constitucionalidad de la norma, el legislador debiera de contestar lo siguiente:

- 1) Los fines que persigue su intervención;
- 2) Las razones por las cuales la medida adoptada constituye un medio idóneo para contribuir a su utilización;

¹⁶⁴ Lopera, Mesa, Gloria Patricia, “El principio de proporcionalidad y Control Constitucional de las leyes penales”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.298

- 3) Si fueron tenidas en cuenta otras posibles alternativas, entre las propuestas por el impugnante, y las razones para optar por la finalmente elegida;
- 4) Los argumentos que avalan la proporcionalidad entre beneficios y sacrificios ocasionados por la intervención.¹⁶⁵

Puntos de hecho que la autora considera, que las respuestas darían lugar a la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de la norma que restringe los derechos fundamentales, habida cuenta que los derechos fundamentales al tener rango constitucional son de carácter vinculante para el legislador.

La interpretación que ha dado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha delimitado que tratándose de colisión entre la norma jurídica y la protección de los derechos fundamentales y, por supuesto en materia penal, el grado de intensidad en la limitación de esos derechos pueden ser de dos maneras: *nivel normal* y *nivel intenso*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno.¹⁶⁶

Así este carácter estricto, cobre relevancia si se encuentra en conflicto la limitación de los derechos humanos que protege la Constitución, con algún acto de

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 301

¹⁶⁶ Tesis: 1a. CCCXII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, Tomo 2, octubre de 2013.p. 1052.

autoridad, de los distintos órganos del poder del Estado, distinto es el conflicto en resolución cuando versan sobre materia económica o financiera. El carácter estricto del análisis constitucional, se dirige en el análisis de los alcances que el principio de proporcionalidad, bajo los subprincipios: fin legítimo, idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

2. Razonabilidad

En el principio de razonabilidad, sin entrar en el estudio de la teoría de la razonabilidad, Massimo Cuono, analiza los distintos significados de razonabilidad y racionalidad de *Robert Alexi*, *Rawls*, entre otros; bajo la corriente del neoconstitucionalismo. Concluye que existen dos significados de lo que en la teoría jurídica es aceptable: a) Es “el razonamiento práctico de ponderación y equilibrio entre principios (o valores) dirigido a la “correcta resolución de un caso concreto”, b) Es “el resultado de razonamientos argumentativos a partir de la interpretación moral de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones contemporáneas”.¹⁶⁷

Mariano A. Spag, resume que el análisis de la validez constitucional de una norma no puede limitarse a un mero control forma o adjetivo; es necesario un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido mismo de la norma: los medios arbitrados y sus fines, y su respeto a los derechos fundamentales.¹⁶⁸ El control de razonabilidad exige la prevalencia de un equilibrio constitucional entre la norma que restringe el derecho y la esencia del derecho que se pretende limitar y su justificación entre los medios utilizados para restringirlas. Se trata no ya de un juicio de competencia o de legitimidad de origen -el proceso formal de creación de una norma o ley-, sino de legitimidad del contenido de la norma.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cuono, Massimo, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del constitucionalismo”, *Eunomía. Revista de Cultura de la legalidad*, Madrid, núm. 3, septiembre 2012-febrero 2013, pp.52 y 54.

¹⁶⁸ Spag, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”. *Dikaion*, Chía, vol.22, núm.17, diciembre de 2008, p.158

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 193.

Para entender adecuadamente los requisitos que exige el principio de razonabilidad, el autor menciona al profesor Fernando Toller, en la que enumera una serie de preguntas para el operador jurídico, que a continuación se transcribe:

- a) ¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?
- b) La finalidad, ¿es constitucional?
- c) La finalidad, ¿es socialmente relevante?
- d) ¿Es adecuado el medio empleado?
- e) ¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado?
- f) ¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines?
- g) ¿Respeto el contenido esencial de los derechos en juego?¹⁷⁰

Por lo que el autor resume en cinco juicios o test para el control efectivo de razonabilidad, a saber, a) test de juicio de finalidad, que persigue la norma, constitucional y socialmente; b) juicio de adecuación, la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma; c) juicio de necesidad, el medio debe ser la menos benigna entre otras medidas igualmente eficaces; d) juicio de proporcionalidad en sentido estricto, los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos; e) el juicio de respeto al contenido esencial de los derechos regulados, verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en juego; es decir, si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental.

En este último punto, coincido con el autor en que, al implementarse en el sistema penal acusatorio con características de oralidad, las grabaciones en audio y video del registro de las audiencias ante los juzgados no se tomaron en cuenta el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el principio de la autodeterminación informativa contenida en el derecho fundamental en la protección de datos personales.

Al respecto, la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, describe la finalidad y características el principio de razonabilidad dentro del sistema normativo mexicano, de la siguiente manera:

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.187

La razonabilidad como principio aplicado al derecho, funge como herramienta: a) interpretativa, directiva o pragmática, en cuanto orienta la actividad de los creadores de las normas; b) integradora, en tanto proporciona criterios para la resolución de lagunas jurídicas; c) limitativa, ya que demarca el ejercicio de determinadas facultades; d) fundamentadora del ordenamiento, en cuanto legitima o reconoce la validez de otras fuentes del derecho; y, e) sistematizadora del orden jurídico. Además, dicho principio exige una relación lógica y proporcional entre los fines y los medios de una medida, por la cual pueda otorgársele legitimidad. Así, de dicha relación derivan las siguientes consecuencias: I) la razonabilidad reestructura la base de una serie de criterios de análisis que integran todos los juicios necesarios para comprender la validez de una medida; II) opera como pauta sustancial de validez y legitimidad en la creación normativa, en su aplicación e interpretación, y para esto, los juzgadores que tienen esta potestad deben analizar la norma de modo que ésta guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales; además, para que la norma sea válida, es necesario que esté de acuerdo con las finalidades constitucionales o de derechos humanos y con sus principios. En este sentido, un completo control de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial; y, III) busca trascender la idea de que el control de razonabilidad es una mera ponderación o análisis de proporcionalidad, entre principios, ya que si bien ésta puede ser una propuesta plausible para la razonabilidad en la interpretación, en cuanto control material de constitucionalidad y derechos humanos, se trata más bien de una herramienta que pretende examinar la relación entre los medios y fines mediatos e inmediatos de una medida, que debe ser proporcionada, pero no se limita únicamente a esto; además, debe analizarse la legitimidad de la finalidad, pues no cualquier finalidad propuesta es compatible con la esencia y los fines de los derechos humanos de fuente nacional e internacional y el logro de sus objetivos. Luego, para un análisis acabado, resulta imprescindible examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales, de acuerdo con la finalidad de máxima eficacia de la Constitución y lograr la armonización de los derechos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que

se opone a entender que los derechos están en conflicto. En ningún caso puede postergarse un derecho, ya que quien tiene derecho merece protección.¹⁷¹

Es de notarse que en la aplicación de este principio es de vital importancia no solo para el operador jurídico, sino para aquellos que tienen en sus manos la creación de las leyes y a quienes específicamente les compete realizar un escrutinio exhaustivo de las leyes que regirán la conducta de los gobernados y los límites impuestos a la libertad de sus derechos, especialmente de los derechos fundamentales.

Durante la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, los legisladores facultados o legitimados por la Constitución para expedirla, es notorio el no haber aplicado los criterios metodológicos de proporcionalidad y razonabilidad, al pretender obligar mediante una ley de carácter general, a los individuos sujetos a procesos penales como la víctima e imputado, a la videograbación en audio y video de su imagen, que entraña características de su personalidad de manera digital, sin justificar si los fines son totalmente necesarios, o buscar otros medios menos lesivos al derecho de la personalidad.

3. Análisis del registro de las audiencias bajo la perspectiva de proporcionalidad y razonabilidad

Del desarrollo de los temas presentados, entre los que destacan: los límites a los derechos fundamentales y su relación con el principio de proporcionalidad, así como los principios procesales del proceso penal acusatorio y de la protección de datos personales, en su modalidad de autodeterminación informativa; es necesario realizar un análisis si la grabación de los registros durante el desarrollo de las audiencias es acorde a las exigencias del principio de proporcionalidad y de razonabilidad entre los fines y medios empleados para su implementación dentro del proceso penal.

Con la implementación de Proceso Penal Acusatorio, tanto a nivel nacional como en el Estado de Tabasco, y unificarse el desarrollo del proceso penal mediante

¹⁷¹ Tesis: 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 719.

la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 61 y en el Nuevo Código Procesal Penal Acusatorio -ya abrogada-, en su artículo 50, mencionan lo siguiente, respecto de la grabación de todas las audiencias, cuestión que se analizará en este apartado:

Artículo 61. Registro de las audiencias. Todas las audiencias previstas en este Código serán registradas por cualquier medio tecnológico que tenga a su disposición el órgano jurisdiccional.

La grabación o reproducción de imágenes o sonidos se considerará como parte de las actuaciones y registros y se conservarán en resguardo del Poder Judicial para efectos del conocimiento de otros órganos distintos que conozcan del mismo procedimiento y de las partes, garantizando siempre su conservación.

Artículo 50. Oralidad y registro de los actos procesales. [...] Las audiencias se registrarán en videograbación, audio grabación, o cualquier medio apto a juicio del juez, para producir seguridad en las actuaciones e información que permitan garantizar su fidelidad, integridad, conservación reproducción de su contenido y acceso a las mismas, a quienes de acuerdo a la ley tuvieran derecho a ello.

Del resultado de las opiniones sobre el caso planteadas a Jueces Penales en el Estado de Tabasco,¹⁷² a catedráticos, compañeros estudiantes y abogados litigantes, resulta ser que independientemente de que sea Constitucional o no, la grabación de los audios durante las audiencias tiene las siguientes ventajas y desventajas:

a) Ventajas:

- i. Proporcionan seguridad jurídica a la víctima e imputado.
- ii. Son el medio idóneo para dejar evidencias en imagen y audio.
- iii. Le sirve al juez revisor, para analizar la constitucionalidad de los actos del juez de origen.

b) Desventajas

- i. En ningún momento se pide la autorización de la víctima e imputado.

¹⁷² Anexo II. Formato de Entrevista realizada.

Es de observarse que a simple vista, es mayor el beneficio que otorga en llevar a cabo el registro de las audiencias; pero qué costo tan enorme oculta detrás de ello, al grado de que no es tomado en cuenta, el derecho del imputado y de la víctima de expresar su consentimiento de ser grabado en audio y video. El derecho al consentimiento, lo que, en la doctrina y jurisprudencia se llama autodeterminación informativa.

Recordemos que, en materia de protección de datos personales, referente al acceso a la información pública, el consentimiento no es necesario¹⁷³ cuando: a) por razones de estadística o científica de interés general, b) su transferencia entre entidades públicas, d) por orden judicial, e) a terceros para el tratamiento de datos que se refiera a prestación de servicios. Pero, esta negación de pedir el consentimiento del titular de los datos personales se refiere, como se ha insistido, es el de transferir, o divulgar los datos ya almacenados, por parte de los sujetos obligados, ya que dichos registros son tratados de forma confidencial, salvo las excepciones para su divulgación las que precisamente se establece en esos casos y, nada dice acerca de su obtención; es decir, desde el inicio del tratamiento.

Lo que es necesario resaltar de ambos artículos, es la parte correspondiente a que se “deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información”. De esto se

¹⁷³ LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, “Artículo 120 y, el artículo 117 de la LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, en donde *ambos artículos textualmente son idénticos*, se transcriben: “No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:

I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;

II. Por ley tenga el carácter de pública;

III. Exista una orden judicial;

IV. Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, o

V. Cuando se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos.

Para efectos de la fracción IV del presente artículo, el organismo garante deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información.”

destacan, dos puntos esenciales sobre la aplicación del *test de interés público* que consiste en:

1. Corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público.
2. Test de proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público.

En el punto 1, “Este componente del test de interés público tiene como función descartar aquellos casos en los que la información privada es completamente irrelevante,¹⁷⁴ en función del interés público en su divulgación. En el punto 2, una vez verificado el paso anterior, “...la intensidad de la intromisión no guarda una razonable correspondencia con la importancia de la información de interés público,... deben examinarse, entre otros aspectos, *si la persona afectada es un servidor público o un particular con proyección pública...*”.¹⁷⁵

Pero hay que aclarar, en la jurisprudencia mexicana que, tratándose de limitaciones a los derechos fundamentales, no es posible aplicar el test de interés público en vista que son contenidos por mandato constitucional, para ello es aplicado el principio de proporcionalidad y razonabilidad. El ex-ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, considera, referente a la aplicación de este test, es incorrecto tratándose de limitación a derechos humanos, en su voto concurrente, y clasifica dos tipos de información:

Es necesario destacar que el texto Constitucional establece dos clases de información, la información pública y la información concerniente a la vida privada y datos personales a la que llamaremos información privada. Siendo que a la información pública se le clasifica así al consistir en aquella que esté en posesión de cualquier autoridad y a la que cualquier persona puede acceder, razón por la cual debe *prevalecer un principio de máxima publicidad*, pues el contenido de ésta concierne a lo público.

¹⁷⁴ Tesis: 1a. CXXXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 560.

¹⁷⁵ Tesis: 1a. CXXXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 561.

Mientras que, a la información de carácter privado, esto es de contenidos sensibles por consistir en datos personales, no se le exige un principio de publicidad debido a que el contenido de ésta sólo atañe a *intereses individualísimos*; de tal suerte que a esta información sólo puede tener acceso quien tenga un interés particular sobre ella, razón por la que debe ser siempre sujeta a un sigilo y resguardo por parte de las autoridades salvo en los casos de excepción establecidos en la ley.¹⁷⁶

Queda claro que, tratándose de las informaciones de tipo privada, de la que es parte el derecho a la protección de datos personales y vida privada *solo atañe a intereses individuales*, ya que precisamente esos datos refieren a la vida privada de las personas y que *no es de interés público* -refiérase al interés de conocimiento de los demás y, ni la importancia como tema de interés general para la sociedad-, por tanto, el principio de publicidad no aplica en este tipo de situaciones.

Entonces, si examinamos desde el punto de vista de la aplicación del test de interés público, vemos que la videograbación de las audiencias no cumple con esos requisitos por las siguientes razones:

Primero, la videograbación es totalmente irrelevante, no existe conexión, ya que el asunto en litigio es entre el imputado y la víctima, carece de relevancia como tema de interés público, son cuestiones que al Estado no interesa pues son de índole privada; aún el supuesto caso de que el Estado tenga injerencia por salvaguardar los derechos de la sociedad, lo cierto es que no se afectan derechos de terceros ni el de la sociedad, sino el de la persona misma -víctima o imputado- el derecho a decidir si es grabado o no.

Segundo, respecto a lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: el *grado de afectación* a intimidad, honor, imagen, como parte del derecho al desarrollo de la libre personalidad, interesa analizar si la *persona es servidor público* o un *particular con proyección pública*.¹⁷⁷ Esto es, si en el caso de ser grabado es un servidor público o un particular con proyección pública,

¹⁷⁶ AMPARO EN REVISIÓN 699/2011, Voto concurrente que formula el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, en la que no considera acertado el método de interpretación “test de interés público” a la que arribaron los demás ministros del análisis de Constitucionalidad del artículo 69 del Código Fiscal Federal, resuelto por el Tribunal Pleno, en sesión del 10 de julio de 2012, p.5

¹⁷⁷ Cfr. AMPARO DIRECTO 2872010, Y AMPARO DIRECTO 6/2009.

en ambos casos el ámbito de protección de su vida privada, intimidad, propia imagen, es menor en comparación al de los particulares que no poseen esas características. Por tanto, se diferencia ese grado de afectación y que dependerá de la función que la persona desempeñe. El grabar ya sea con fines de divulgación o de registro de actividades -que es el caso de las videograbaciones en los juzgados-, se graduará en la función que desempeñe los intervinientes.

El motivo por el que las figuras públicas están sujetas a un umbral distinto de protección en las intromisiones a su vida privada, está asentado en el carácter de interés público que tienen sus actuaciones.¹⁷⁸ A lo que cabría preguntar, la persona que no es, ni servidor público ni con proyección pública, ¿sus actuaciones en este caso dentro del proceso penal es de carácter público?

Hemos visto que la función como actividad de carácter público, es dada por la ley y, por el interés público que el particular desempeña en la sociedad. En este sentido, no se actualiza que el registro de las audiencias en audio y video no sea necesario pedir el consentimiento de la víctima o imputado, pues es cuestión distinta pedirle autorización al propio juez de que sea grabado su imagen, su voz en audio y video, dado que ejerce una *función pública de sus actuaciones*, en definitiva, no es necesario tal autorización; caso contrario es, el de la víctima o imputado ya que este no tiene el deber jurídico de soportar tal vulneración de su derecho de decisión.

¿Será entonces tal medida restrictiva de derechos, la sola imposición dada por la ley?, pues no hay que perder de vista que, en materia penal, existe una serie de restricciones no solo relativas a la gravedad de la pena con gravedad del delito, sino también, cuando se trata de delimitar derechos fundamentales que lleve al menoscabo de la dignidad humana de la persona sujeto a proceso penales. Por ello, cobra relevancia en este aspecto, el principio de la intervención mínima de Estado,¹⁷⁹ principio de subsidiariedad, relacionados con el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁷⁸ AMPARO DIRECTO 3/2011, QUEJOSOS: LIDIA MARÍA CACHO RIBEIRO Y RANDOM HOUSE MONDADORI, S.A DE C.V., MINISTRO PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, RESOLUCIÓN DE 30 DE ENERO DE 2013, P.93.

¹⁷⁹ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "Principio rectores en el derecho penal mexicano", *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, núm.95, t. II, 1998, pp. 1309-1343.

Toca entonces, examinar si el registro de las audiencias en audio y video cumplen criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tomando en cuenta los tres subprincipios en la que consta la proporcionalidad: el de idoneidad de la norma, necesidad de la norma y, el de proporcionalidad en sentido estricto.

I. Subprincipio de idoneidad

Santiago Mir Puig citando a Gloria Patricia Lopera, de su libro *El principio de proporcionalidad y ley penal*, en donde relaciona el principio de lesividad con la exigencia de idoneidad “desde luego, si la intervención penal ha de ser idónea para conseguir el fin de protección de derechos fundamentales u otros intereses relevantes merecedores de ser considerados bienes jurídico-penales, la idoneidad de la intervención penal lo ha de ser para evitar la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídico-penales”.¹⁸⁰

Lo que cabe preguntarse ¿qué bienes jurídico penales se trata de proteger con la videograbación?, ¿con la videograbación, qué lesiones o puesta en peligro del bien jurídico protegido se trata de evitar? Para ello, es conveniente ver los argumentos jurídicos que durante el proceso legislativo del artículo correspondiente:

En la exposición de motivos en el proceso legislativo, sobre la implementación del proceso penal acusatorio, la idea principal era que todas las actuaciones quedaran registradas por medio de las tecnologías modernas: los medios digitales, esta visión fue ampliada hasta el grado de que las audiencias fueran grabadas. Por tanto, veremos las propuestas que dieron origen a tal decisión legislativa.

Propuestas a favor de no pedir el consentimiento de la víctima e imputado:

- a) [...] ya no es necesario que el Ministerio Público vaya generando un expediente de la investigación -averiguación previa- con densas formalidades similares a las que luego se practican en los expedientes judiciales. Al eliminar ese lastre y exigir al Ministerio Público simplemente que *consERVE los registros necesarios* para que

¹⁸⁰ Mir Puig, Santiago, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal”, *óp. cit.* p. 1363

terceros *puedan verificar la calidad de su actuación*, el acusador penal puede operar con agilidad y eficiencia.¹⁸¹

- b) Los *aspectos novedosos* que contiene el Proyecto son los siguientes: Se incluyó la posibilidad de que *los registros de las actuaciones en todo el procedimiento se realicen* por escrito, *audio o video* y en general por cualquier soporte que garantice su reproducción. Se eliminaron las *formalidades excesivas* previstas para resguardos. Debe haber una regulación mínima y flexible sobre los medios informáticos que pueden utilizarse. Lo anterior, dada la evolución continúa de la tecnología que puede ser utilizada.¹⁸²
- c) Finalmente, en la Minuta se *señala de manera atinada* que *los registros de las actuaciones en todo el procedimiento, podrán realizarse* por escrito, *audio o video* y en general por cualquier soporte que garantice su reproducción, y se eliminan las formalidades excesivas previstas para resguardos,[...] ¹⁸³

Argumentos a favor de pedir el consentimiento del imputado y de la víctima:

- a) [...] -los medios de comunicación- Deberán de informar de su presencia ante la autoridad judicial de forma oral antes del inicio de la audiencia, quien además desee utilizar equipo de audio, videograbación, deberá proponerlo de forma oral, con el fin de que la autoridad judicial pueda informarlo a las partes.

Las partes tendrán la oportunidad de objetar de forma oral la grabación de la audiencia o de parte de estas.

Si hay objeciones que consideren fundadas, la autoridad judicial podrá prohibir que ciertas porciones de la audiencia o que los testimonios de ciertas personas que aparezcan en ella sean videograbados.

En aquellos casos en que la *autoridad judicial imponga restricciones parciales a la publicidad de la audiencia, también los operadores del equipo de videograbación y quienes realicen labores periodísticas* deberán observarlas. La autorización

¹⁸¹ Exposición de motivos, Cámara de origen: Diputados, presentada el 25 de abril de 2007, iniciativa de diputados, diversos grupos parlamentarios, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸² Dictamen de Las Comisiones Unidas de Justicia, y Estudios Legislativos, Segunda, encargadas del análisis y dictamen de las Iniciativas con Proyecto de Decreto, *Senado de la Republica*, 3 de diciembre de 2013.

¹⁸³ Dictamen, Código de Comisión de la Comisión de justicia, con Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, *Cámara de Diputados*, Gaceta parlamentaria núm. 3954-III, 4 de febrero de 2014.

otorgada para videgrabar la audiencia implicará también la de transmitirla por cualquier medio.¹⁸⁴

b) [...] Las partes tendrán la oportunidad de objetar de forma oral la grabación de la audiencia o de parte de éstas. Si hay objeciones que consideren fundadas, la autoridad judicial podrá prohibir que ciertas porciones de la audiencia o que los testimonios de ciertas personas que aparezcan en ella sean videgrabados.¹⁸⁵

c) [...] Artículo 55. Y esta sería la propuesta de la reserva de modificación, dice así: las grabaciones de periodistas o medios de comunicación a los que hace referencia el párrafo anterior podrán efectuarse durante las audiencias sólo si el imputado lo solicita previamente al juez. Si la parte acusadora objeta la solicitud del imputado, el juez resolverá después de haber escuchado ambas posiciones.

Y la del artículo 58, que habla de los asistentes, dice: los asistentes podrán introducir instrumentos de grabación sólo si el imputado lo solicita al juez y la parte acusadora no lo objeta. Si la parte acusadora impugna la solicitud el juez resolverá después de haber escuchado ambas posiciones.

Y de esta manera me parece que quedan salvaguardados todos los derechos. No habría ningún problema y no llegaríamos al triste caso en el que estamos hoy con este Código Nacional de Procedimientos Penales, no podría haber otro documental como el de *Presunto Culpable*¹⁸⁶. Aquí lo estamos prohibiendo de entrada, porque ninguno, nadie podría grabar al margen del Poder Judicial.

Ojalá se acepte. Con esto queda perfectamente resguardado, insisto, la *presunción de inocencia*, porque sólo se grabaría si el inculpado así lo solicita. Y también los derechos de víctimas y de los testigos, porque sería si la parte acusadora no lo objeta. Y si la parte acusadora lo objetara el juez podría decidirlo. Y me parece (sic) que con eso queda un *perfecto equilibrio* y no mandamos un mensaje de opacidad sobre esto,

¹⁸⁴ Senadora Layda Sansores San Román, *Cámara de Senadores*, versión estenográfica, 5 diciembre de 2013. Propuesta deseada y no se admite a discusión, la mayoría asiente por la negativa de su discusión.

¹⁸⁵ Diputada Zuleyma Huidobro González, *Discusión, Cámara de Diputados*, versión estenográfica, 5 de febrero de 2014, reservas del art. 55, 56 y 66. Fue deseada por votación económica.

¹⁸⁶ Película mexicana proyectada en el 2011, en la que se presenta diversos problemas jurídicos que repercuten no solo en la vida de cada individuo sujeto a un proceso penal, sino de todas las personas, familiares, amigos, etc., que tienen un vínculo con el imputado. Se contrasta cómo la falta de un profesional en derecho y de un adecuado funcionamiento del sistema de investigación, sumado a la nula transparencia de las actividades de los órganos jurisdiccionales, llevan a un inocente a ser víctima de la impunidad del Estado.

Es así que la videgrabación de los juicios a *petición del imputado*, también con intento de ser censurada por parte del Estado, ha dado el impulso a transparentar el proceso penal, pero esto no debe ser de manera desproporcionada, ya que la presunción de inocencia del imputado le otorga la protección de otros derechos fundamentales.

cuando pare de lo central del tema acusatorio es precisamente la transparencia y la publicidad.

Si no pudiera pasar, como es previsible, esta reserva le tomo yo la palabra por supuesto al distinguido presidente de la Comisión de Justicia (sic), el diputado Pacheco, en el sentido de que antes de que entre en vigor pudiéramos entrar a una discusión para mejorar y perfeccionar ésta y otras deficiencias, como también las que mencionó mi compañera diputada Malú *Mícher*, porque yo también comparto que las mujeres que hayan sido agredidas sexualmente o algo así no tienen por qué compartir su trauma, algo tan traumático y tan doloroso, enfrente de distintas gentes en algo que podría ser contrario.¹⁸⁷

De los argumentos a favor y en contra, se puede extraer lo siguiente:

La finalidad del proceso penal acusatorio es lograr mayores beneficios al imputado y a la víctima en los procesos penales, que mediante la oralidad de los juicios se pretende erradicar los procesos engorrosos y trámites burocráticos, que generalmente son por exceso de papeleo, que el proceso inquisitivo exigía. Por tanto, la finalidad que se argumenta en el proceso legislativo, del registro de las audiencias en audio y video, corresponden a la exigencia de la evolución de la tecnología y, se eliminan de esta manera, las formalidades excesivas del procedimiento penal inquisitivo.

Por tanto, esta finalidad que exige el principio de idoneidad no se encuentra justificada, ya que la finalidad es en sentido general al proceso y no es sólo incluir algo en la ley por parecernos moderno o novedoso; si bien es cierto que, la intención del legislador es conservar los registros necesarios como medio idóneo para dejar evidencias para que el juez revisor analice la constitucionalidad de los actos del juez de origen y, verificar de esa manera la calidad de su actuación para una eficiencia del proceso penal acusatorio, también lo cierto es, que debió de prever el derecho de decidir -autodeterminación informativa- sobre proteger sus datos personales, ya que la imagen de su persona -video- y su voz -audio-, son datos personales que quedaran registrados en la videograbación.

¹⁸⁷ Diputado Fernando Belaunzarán Méndez, Discusión, Cámara de Diputados, versión estenográfica, 5 de febrero de 2014. Propuesta desechada por mayoría de votos.

Las propuestas de los legisladores, Diputados y Senadores, quienes pudieron darse cuenta que el Estado no puede estar encima, ni mucho menos dejar a un lado el derecho fundamental de la protección de sus datos personales y el poder de decidir que las víctimas e imputados tienen desde el inicio del procedimiento, sumándoles a estas consideraciones, que en todo momento poseen la calidad de inocentes. La presunción de inocencia hace que aun tengan el poder de decisión.

Lamentablemente, las propuestas desechadas por la mayoría, significa que precisamente esa mayoría de los legisladores no cuentan con los conocimientos sobre la autodeterminación informativa y el alcance que este tuviera sobre la protección de los derechos fundamentales específicamente el de protección de datos personales, pues hay que entender que lo que se están grabando no son cosas, son personas, que sienten y piensan.

II. Subprincipio de necesidad

Este subprincipio se ve vinculado con el principio de la subsidiariedad del derecho penal, al establecer que, si el medio es idóneo, sería la único posible de otros medios disponibles para lograr el fin de la restricción establecida en la norma jurídica. Esto obliga a verificar otros medios alternativos.

Para el caso en concreto, en materia legislativa pudieran optar por múltiples opciones, entre ellas:

- i. Pedir el consentimiento de ambas partes, víctima e imputado, para que el Juez resuelva sobre si se graba o no, los audios y videos del juicio.
- ii. Que, si la grabación es procedente, pudieran utilizar cintillos, difuminaciones, en las imágenes capturadas, con el fin de lograr proteger la identidad de las víctimas y del imputado, bajo el principio de inocencia que prevalece para el imputado en materia penal.
- iii. Simplemente grabar el audio, sin las imágenes, especialmente en casos de víctimas a causa de secuestro, violación.

- iv. Hacer obligatorio en caso de violaciones graves a los derechos humanos de lesa humanidad.

Alternativas que también fueron propuestas por algunos Diputados y Senadores, pero que finalmente la mayoría optó por la vía fácil, hacerlo obligatorio, sin discutir previamente los alcances y afectaciones que pudieran en cualquier momento presentarse al entrar en colisión con los demás derechos fundamentales, como lo es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la víctima e imputado. Por tanto, no se cumple este requisito de necesidad, parte del principio de proporcionalidad.

III. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Aquí se pretende que una vez cubierto los subprincipios de idoneidad y necesidad, evaluar si efectivamente la intervención hecha a los derechos fundamentales, exista otro derecho fundamental que proteger, de tal manera que la protección de uno sea mayor el beneficio que se obtendría que en proteger al otro.

De esta manera, en la videograbación se pretende proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales, bajo el principio de la autodeterminación informativa, contrario a lo que el Estado, protegería en el caso, sería el argumento al interés público y derechos de terceros, sustentada en que la ley de carácter general goza del principio de constitucionalidad.

Hemos visto que la legitimidad del acto derivado de la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, en ningún momento es puesto a contradicción, lo que pretende demostrar es que, durante la creación de la norma en cuestión, no fueron tomados en cuenta, los límites al derecho fundamental a la personalidad, protección de datos personales; ni discutidos plenamente, por tanto, vulnera los derechos fundamentales en cuestión.

La interpretación que el máximo tribunal del país ha dado al principio de proporcionalidad¹⁸⁸, del cual no se excluye al Poder Legislativo de tal análisis constitucional, ya que independientemente de la autonomía legislativa, esta facultad

¹⁸⁸ Cfr. Tesis: 1ª/J.3/2012 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t.1, febrero de 2012, p.503.

no puede ejercerse de manera arbitraria, de tal manera obliga a las decisiones que tomen en el ámbito de su competencia sea acorde a los principios de proporcionalidad.

III. PROPUESTAS Y PERSPECTIVAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN PROCESOS PENALES EN TABASCO

Las restricciones a los derechos fundamentales, salvo mejor opinión, se requieren de un análisis previo de las finalidades que se persiguen en cada actividad propia del Estado. Se requiere de un análisis holístico, de manera tal que se busquen otras alternativas viables que logren de manera integral la función legítima de un Estado Democrático, que haga menos lesivas la intervención a los derechos humanos que el gobernado necesita para lograr un óptimo desarrollo de su personalidad ante la sociedad.

El Estado de Tabasco, el sistema jurídico local se sustenta en un Estado Social Democrático, en la que la protección de la dignidad humana tiene énfasis como principio delimitador contra los abusos del poder, hace necesario reestructurar de un derecho penal que proteja de manera eficaz, funcional y social como un Estado democrático y liberal que asegure la paz social y el pleno desarrollo del libre desarrollo de la personalidad.

1. La no afectación de Derechos fundamentales en la ley penal

El derecho penal exige que los modelos estatales de protección de garantía mínimas de derechos humanos sean acordes a las necesidades actuales para hacer uso de las ventajas de los avances tecnológicos que, de una y otra manera, el Estado dé respuestas de prevención de los delitos, pero en ningún caso dejar a un lado la garantía de protección de los derechos fundamentales.

La intervención mínima de los derechos humanos en el ámbito del poder punitivo estatal se justifica cuando se busca crear controles de protección de la colectividad, en controles efectivos y estrictamente necesarios. La acción punitiva no puede justificarse con la extralimitación de facultades, sino es prioritario recurrir

a la razonabilidad del uso de los medios disponibles. Ya que los principios del derecho penal conllevan al ejercicio de acción de *última ratio*, en donde no haya otros medios alternativos de solución de conflictos.

A. Eficacia del sistema Vs la garantía de los ciudadanos

Crear leyes de carácter general que implique restricciones a los derechos fundamentales, con ausencia de razones suficientes, conlleva a un abuso de poder entre la arbitrariedad y la irracionalidad del uso de los medios de prevención y de corrección. La eficacia del sistema jurídico en materia penal depende del equilibrio entre la garantía de los ciudadanos, de las víctimas e imputados; donde la dignidad humana funge como principio que permea todas las actuaciones del poder del Estado. El proceso penal acusatorio no es la excepción, su finalidad es sustituir al proceso inquisitivo, del cual se ha dicho que su proceso penal es obscuro, su sustitución es necesaria como parte evolutiva del derecho en todos los sistemas jurídicos de cada país. Lo que no hay que olvidar, que el Estado se encuentra limitado por los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

[...] si bien es cierto que la regla de las mayorías es la esencia de la democracia y que democracia y derechos humanos deben ser abordados individualmente, es igualmente cierto que la protección de los derechos humanos tiene que ser un elemento fundamental en dicha regla. La tensión se hace especialmente manifiesta cuando la seguridad nacional antepone los intereses colectivos y nacionales a los derechos individuales [...], desde una perspectiva formal, las democracias deben cumplir los intereses de la mayoría. Sin embargo, una interpretación sustantiva del concepto de democracia nos lleva a considerar un especial respeto a los individuos. Por tanto, el primero pondría énfasis en la soberanía popular y privilegia los intereses colectivos, mientras que el segundo, pone énfasis en los derechos y privilegia la dignidad individual.¹⁸⁹

En cuanto al principio de proporcionalidad en el ámbito de los conflictos internacionales el catedrático Lucas Rodríguez, menciona que en el derecho a la

¹⁸⁹ Rodríguez de las Heras Ballell, Lucas, *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, México, Tirant lo Blanch, 2012, P.428.

guerra existen reglas a seguir, las cuales son definidas según el derecho internacional como el derecho *ius ad bellum*, referente a la capacidad para recurrir a la fuerza como medio inevitable y, el *ius in bello*, donde este refiere la prohibición del uso de armas destructivas y limitar el uso excesivo de armas de las que no están prohibidas.

La mayoría de los debates relativos a la proporcionalidad tienen lugar cuando A comete (o amenaza con cometer) X contra B, y B responde llevando a cabo Y contra A. la cuestión por tanto se materializa en la investigación de si la contramedida Y es “equivalente” (proporcionada) a X.

Siguiendo este mismo argumento, la primera de las cuestiones que habría que abordar es la legalidad o ilegalidad de la provocación; para, en segundo lugar, valorar si la presumiblemente legítima respuesta es proporcionada a la provocación recibida. Y desde este punto de partida, la respuesta a un acto ilegal, basta con sobrepasar el umbral de la proporcionalidad en la respuesta para que esta, a su vez se convierta en ilegal¹⁹⁰

El uso de la fuerza por parte del Estado Democrático es de última razón necesaria y justificable, corresponde al Poder Legislativo del Congreso de la Unión llevar a cabo modificaciones al Código Nacional de Procedimientos Penales, para que en uso de su facultad discrecional, conferida por las reformas constitucionales, aplique el principio de proporcionalidad, pues solo habrá lugar a las limitaciones de los derechos fundamentales cuando previamente se hayan agotado otros medios alternativos.

Al Poder Legislativo de la Unión, en aplicación al principio de razonabilidad, le corresponde regular todos sus actos y cuando le corresponda imponer restricciones especialmente limitar derechos humanos, lo haga en presencia de razones suficientes, de tal manera que encuentre alternativas menos lesivas en la intervención del Estado.

Las videograbaciones ante los tribunales en los procesos judiciales, al afectar solo a la víctima e imputado, aun suponiendo que es para beneficio de su persona en cuanto a la transparencia de los procesos judiciales, este no afecta ni lesiona

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 403.

derechos de terceros; así, las videograbaciones no se deben considerar de orden público. Al ser derechos personalísimos y acorde al derecho sobre el libre desarrollo de su personalidad, por tanto, no existe inconveniente en solicitar su consentimiento previamente al tratamiento de datos de carácter personal.

Esto independientemente que el resguardo de la información, sea grabada y guardada exclusivamente por el Poder judicial. Recordemos la sentencia del tribunal alemán: “existe también un riesgo alto de que se modifique el contenido de las declaraciones, cuando las tomas son recortadas o editadas, para ser utilizadas con otro orden o más tarde, en otro contexto. A la defensa ante los peligros a que se ve expuesto el derecho a la autodeterminación de la información.”¹⁹¹

Al Poder Judicial de la Federación y del Estado de Tabasco, le corresponde aplicar la norma jurídica interna y aplicar la normativa del sistema del control de convencionalidad, acorde al artículo 1o. y 133 de la Constitución, en la que se reconoce la jurisdicción internacional propia de la Convención Americana de Derechos Humanos, para no violentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la víctima e imputado sujetos al proceso penal, que ponga en riesgo la dignidad de las personas.

El control constitucional, otorgado al Poder Judicial de la Federación mediante la acción de inconstitucionalidad, como medio idóneo para controlar la constitucionalidad de las normas de carácter general de forma abstracta, es decir sin la presencia de casos en concreto para la solución de conflictos le corresponde recordando las propuestas de Hans Kelsen:

[...] el propio creador -Hans Kelsen- del sistema concentrado de las constitucionales de leyes advertía las características especiales de este tipo de sentencias... c) por el principio de seguridad jurídica, modular su temporalidad dentro de un plazo fijado por la Constitución (por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada

¹⁹¹ Sentencia BVerfGE 103,44 [videograbaciones en Audiencias Judiciales], *Sentencia de la Primera Sala*, 24 de enero de 2001.

en vigor de la norma irregular, especialmente de normas generales que llevan años sin haber sido impugnadas [...]”¹⁹²

En vista de que la Constitución solo marca treinta días naturales a la fecha de la publicación de la norma,¹⁹³ ampliar el plazo establecido cuestión que debe ser analizada por el Poder Constituyente, en razón del principio de Convencionalidad para proteger los derechos fundamentales que la propia Constitución establece, favoreciendo en todo momento a las personas sujetas a procesos penales, acorde al principio *pro homine*. Dado que el término constitucional actualmente establecido, no es suficiente para que una ley de carácter general pueda producir sus efectos jurídicos positivos o negativos y las restricciones a los derechos fundamentales que pudiera ocasionar.

En el Estado de Tabasco, derivado de la entrevista aplicada de jueces en materia penal existe un amplio desconocimiento específicamente en materia de protección de datos personales, de sus principios rectores, terminologías y así como procedimientos establecidos por el orden normativo nacional y local. Se hace necesario para que esta reforma en materia penal sea de manera integral, la capacitación de los operadores jurídicos, no solo en el aspecto procedimental de la ley penal acorde a la implementación del proceso penal acusatorio, sino incorporar cuestiones de índole constitucional, control de convencionalidad, que derive de la protección de los demás derechos fundamentales.¹⁹⁴

Esto en razón de que en el 2012, según Amnistía Internacional, en entrevista con el Procurador General del Estado de Tabasco, sobre el Protocolo de Estambul, menciona lo siguiente: “en marzo de 2012 una Delegación de Amnistía Internacional, se reunió con el procurador general de Tabasco, quien dio muestras de una clara falta de conocimiento del Protocolo de Estambul y su aplicación, lo que

¹⁹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “El control abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en México. Tipología de resoluciones”, en Haberle, Peter y García Belaunde, Domingo (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. II, p. 600.

¹⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2016, artículo 105, fracción II.

¹⁹⁴ Anexo I. Entrevista.

generó gran preocupación con respecto al compromiso de algunos estados de aplicar el Protocolo de manera efectiva”.¹⁹⁵

El Poder Judicial del Estado de Tabasco, mediante la Escuela Judicial ciertamente ha llevado a cabo esfuerzos mediante la profesionalización de los operadores jurídicos, pero reforzar lo anterior con un enfoque interdisciplinario que sin duda permitirá ampliar el campo de conocimiento para la mejor y óptima resolución de conflictos en materia jurídico penal en el Estado de Tabasco.

CONCLUSIONES

El análisis realizado a lo largo del desarrollo de esta tesis, sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales en la implementación del proceso penal acusatorio en Tabasco y siguiendo los lineamientos de los objetivos planteados al inicio de esta investigación, que consistió en demostrar que las videograbaciones en audio y video, de los procesos jurisdiccionales derivada de los artículos 51, 54, y 61 del Código Nacional de Procedimientos Penales; en sustitución del Código Procesal Penal Acusatorio para el Estado de Tabasco, serían violatorios a los principios de autodeterminación informativa en el tratamiento de los datos personales.

Del resultado de las entrevistas realizadas a los Jueces en materia penal del Estado de Tabasco, se constata que existe un cierto desconocimiento en materia de protección de datos personales, tales como sus principios, sus terminologías, aplicadas en el proceso penal; sin embargo, el Poder Judicial considera, que sí se están protegiendo los derechos fundamentales mencionados,¹⁹⁶ ya que las videograbaciones durante el proceso penal, si bien no se solicita el consentimiento de la víctima e imputado, se intenta proteger el debido proceso en función a la certeza jurídica que pudiera tener este medio utilizado.

¹⁹⁵ Amnistía Internacional, *Culpables Conocidos, víctimas ignoradas. Tortura y maltrato en México*, Madrid, ENCO, 2012, p.28

¹⁹⁶ ANEXO III. Solicitud de información, mayo de 2016.

Por lo que se concluye que, si bien la norma es legítima por seguir en su creación el procedimiento regulado por la Constitución; también lo es que, carece de un análisis exhaustivo al momento de delimitar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa y protección de datos personales, por lo que pone en riesgo los derechos de la personalidad de la víctima e imputado colocándolo en estado de indefensión.

Lo anterior, hace necesario que los datos personales para su mejor protección en el proceso penal acusatorio se analicen desde la perspectiva de la protección a los derechos fundamentales, cuya limitación de esos derechos solo puede ser posible entenderla bajo escrutinio del principio de proporcionalidad que se hace patente en asuntos de orden penal, en concordancia a diversos principios del derecho penal: *ultima ratio*, principio de subsidiariedad, intervención mínima del Estado, función del principio de inocencia que permea el proceso penal, a favor del imputado. En un Estado Democrático, requiere el control de poder del Estado que se cristaliza a través de la protección de los derechos fundamentales, el Poder Legislativo, tanto Federal como Local, la facultad discrecional en todos sus actos requiere del equilibrio de la razonabilidad para delimitar los derechos fundamentales, buscando alternativas que hagan menos lesivas la intervención del Estado.

En el proceso penal acusatorio las videograbaciones de las audiencias por cualquier medio electrónico sin el consentimiento de la parte procesal, víctima e imputado, analizado bajo el principio de proporcionalidad no encuentra ninguna justificación, ni siquiera aplicando el test de interés público, donde prevalezca el principio de publicidad que rige el acceso a la información, es precisamente porque no existe una razón de interés público suficientemente válida para establecer una excepción al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las videograbaciones no cumplen con los requisitos del principio de proporcionalidad, por las siguientes razones: No es idónea, ya que la finalidad es grabar para dejar constancia de las actuaciones de los jueces, no está en función de proteger el derecho fundamental de la autodeterminación informativa, a proteger la identidad de víctima o imputado, sino solo para cumplir con el debido proceso y transparencia de los actos judiciales.

No cumple con el subprincipio de necesidad, ya que no es el único medio para garantizar la transparencia de los procesos penales, pues existe otra alternativa menos lesiva como es grabar solo el audio para proteger la identidad de la víctima e imputado, o en su caso, difuminar o utilizar cintillos en las imágenes grabadas, ya que tener la imagen de la persona no es estrictamente necesaria, con esto se protegería el derecho a la personalidad, evitaría *poner en riesgo* en cualquier momento la imagen que pudiera afectar su vida privada.

No cumple con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, ya que, durante el proceso legislativo, no se consideró la existencia de otro derecho fundamental como la autodeterminación informativa en la protección de datos personales. El debido proceso es para dotar de garantías al imputado y la víctima durante el proceso penal y, la autodeterminación informativa para la protección de datos personales es también un derecho que tiene la víctima e imputado. Por tanto, debe haber equilibrio entre derechos fundamentales.

No se pretende dejar en estado de indefensión el proceso penal acusatorio, si bien es favorable el registro de las audiencias en medios electrónicos, este debe ser de tal manera que no infrinja derechos fundamentales de la víctima e imputado, ni tampoco la limitación a los derechos sea de manera imperativa sino acorde al principio de mínima intervención del Estado; tal medida restrictiva a los derechos fundamentales debe ser proporcional y razonable a los fines que persigue el Estado, para no dejar en estado de indefensión al que se pretende proteger.

El desechamiento de las propuestas aportadas por los Diputados y por la Senadora, del Congreso de la Unión,¹⁹⁷ más que reflejar el desinterés sobre el tema, refleja la falta de conocimientos, en materia de protección de datos personales, autodeterminación informativa y los derechos de la personalidad.

Por tanto, se hace necesaria y patente la necesidad de seguir capacitando a los operadores jurídicos, legisladores -Federal y Local-, para conocer de forma integral e interdisciplinaria las expectativas de protección de los derechos

¹⁹⁷ Diputados por el Congreso de la Unión: Zuleyma Huidobro González, Fernando Belaunzarán Méndez y; Senadora por el Congreso de la Unión: Layda Sansores San Román, quienes propusieron solicitar el consentimiento del imputado y de la víctima, para ser grabadas en audio y video durante las audiencias.

fundamentales, en aras de proteger los derechos de la víctima e imputado y de su dignidad ante el poder estatal.

Las excepciones a las videograbaciones en audio y video de las personas en condición de vulnerabilidad, la realizan los jueces valorando cada caso en concreto, pero ello es de manera excepcional, mas no de manera general. Pues solo es posible para los menores de edad, que son víctimas de secuestro o violación. Lo que se pretende es que ya no sea una excepción, sino que sea una condición de validez general.

Si bien, los artículos del Código¹⁹⁸ que protegen la privacidad e intimidad de los sujetos procesales se da en marco a la protección para su no divulgación a terceros; lo cierto es, que se plantea la necesidad de protección de los datos personales desde el ámbito de la grabación en audio y video, no para su divulgación, sino el derecho a que el imputado decida bajo el principio de autodeterminación informativa la grabación de su imagen por los medios tecnológicos, partiendo de la premisa de la presunción de inocencia y que el interés público no pudiera ir más allá de los derechos de la personalidad.

Por ello es necesario replantear las condiciones de equilibrio entre la intervención del Estado ante los derechos de la personalidad, que posibilite la oportunidad como regla general, que decidan tanto la víctima e imputado, ya que son los que tienen derecho a decidir sobre lo que les conviene o no, si se hace público o no, si se registra o no su imagen en audio y video ante los tribunales; con esto se lograría el equilibrio de un sistema penal acusatorio totalmente justo y equitativo, ante la sociedad; tal como establece la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco: *tener siempre referente el respeto a la dignidad humana.*

¹⁹⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículos: 15, 54, 106, 109 fracción XXVI, 347 fracción VII.

ANEXOS

ANEXO I.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	
ARTÍCULO	OBJETO DE PROTECCIÓN
Art. 15	<p style="text-align: center;">Derecho a la Intimidad y a la privacidad</p> <p>En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable.</p>
Art. 54	<p style="text-align: center;">Identificación de declarantes</p> <p>Previo a cualquier audiencia, se llevará a cabo la identificación de toda persona que vaya a declarar, para lo cual deberá proporcionar su nombre, apellidos, edad y domicilio. Dicho registro lo llevará a cabo el personal auxiliar de la sala, dejando constancia de la manifestación expresa de la voluntad del declarante de hacer públicos, o no, sus datos personales.</p>
Art. 106	<p style="text-align: center;">Reserva sobre la identidad</p> <p>En ningún caso se podrá hacer referencia o comunicar a terceros no legitimados la información confidencial relativa a los datos personales de los sujetos del procedimiento penal o de cualquier persona relacionada o mencionada en éste.</p>
Art. 109 Fracc. XXVI	<p>Al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa;</p>
Art. 347 Fracc. VII.	<p style="text-align: center;">Auto de apertura a juicio</p> <p>Antes de finalizar la audiencia, el Juez de control dictará el auto de apertura de juicio que deberá indicar:</p> <p>Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este Código;</p>

ANEXO II.

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN-ENTREVISTA

TESIS:

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN TABASCO.

31/05/2016

TESISTA: LIC. MIGUEL DE LA CRUZ DE LA CRUZ

ENTREVISTADO: _____

- 1.- ¿Ha recibido formación –curso de capacitación, talleres- sobre el derecho a la protección de datos personales dentro del proceso jurisdiccional, mencione cuáles y como se desarrollaron?
- 2.- ¿Cómo considera la protección de datos personales, bajo el principio de la autodeterminación informativa?
- 3.- Conforme a la implementación del proceso penal Acusatorio en Tabasco y del CNPP, el Poder Judicial de Tabasco en materia de protección de datos personales. ¿Qué mecanismos electrónicos -software y hardware- de protección ha establecido para el registro de las audiencias?
4. Para el tratamiento de la información (obtención, almacenamiento, resguardo y conservación), de los audios y videos. ¿cómo funcionan dichos procedimientos?
- 5.- Derivada de la función pública que ejerce en todo momento el órgano jurisdiccional, durante la grabación en audio y video ¿Hay mejor calidad en el tratamiento de datos personales del órgano jurisdiccional en comparación con las en las partes procesales: víctima e imputado?
- 6.- En relación a la pregunta anterior, considera usted que el nuevo proceso penal acusatorio, referente al registro en audio y video de todas las audiencias, ¿debe mediar el consentimiento de la persona –víctima e imputado- que es titular de sus datos personales para ser grabado, de conformidad al principio de autodeterminación informativa?
- 7.- Acorde al principio de dignidad humana y protección de datos personales, ¿el registro de las audiencias en audio y video sin consentimiento, crea estado de indefensión para la víctima e imputado?
- 8.- ¿Considera usted, que la grabación de audio y video con o sin consentimiento, es contraria al principio procesal y garantía Constitucional de presunción de inocencia?

9.- El derecho a la protección de datos personales, como derecho fundamental, ¿los límites y *supuestos de excepción contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* como: seguridad nacional, disposiciones de orden público, salud pública o derechos de tercero; son suficientes para llevar a cabo el registro de las audiencias en audio y video y no permitir la autodeterminación informativa?

10.- ¿En qué le beneficia y en qué casos no, a la víctima e imputado las videograbaciones de las audiencias?

11.-Desde su punto de vista, ¿es necesaria la videograbación de las audiencias en los procesos penales?

12.- ¿Existe razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto en materia penal, al llevar a cabo el registro de audio y video de las audiencias sin el consentimiento de la víctima e imputado?

13.- ¿Cómo resolvería el caso si se presentara en la primera audiencia del proceso penal la petición de la víctima o imputado de no permitir la grabación en audio y video de su persona?



"2016 año del nuevo Sistema de Justicia Penal"
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE TABASCO
DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Carretera Villahermosa-Frontera km 6.8. R/é Medellín y Pigua 3ª sección, Centro, Tabasco; C. P. 86276.
(A un costado del Centro de Internamiento para Adolescentes del Estado de Tabasco)

Oficio: 058/2016

Villahermosa, Tabasco a 22 de abril del 2016.

L.A.E. RAQUEL AGUILERA ALEMÁN
TITULAR DE LA UNIDAD DE TRANSPARENCIA DEL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE TABASCO
PRESENTE



En Atención a su oficio TSJ/OM/UT/201/16 en el cual se solicita la contestación a la petición PJJ/UTAIP/090/2016 realizada a la unidad de transparencia, me permito contestar lo siguiente:

PJJ/UTAIP/090/2016: "...¿De conformidad a la implementación del Proceso penal Acusatorio en Tabasco y del CNPP, el Tribunal Superior de Justicia de Tabasco en materia de protección de Datos Personales, ¿qué mecanismos de protección ha establecido?..."


"...De conformidad a la implementación del Proceso penal Acusatorio en Tabasco y del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Tribunal Superior de Justicia de Tabasco en materia de Protección de Datos Personales, ¿qué mecanismos de protección ha establecido?, desde el punto de vista A) marco legal. – adecuación al reglamento interno o Ley Orgánica, circulares, acuerdos, manual de organización, entre otras, que garanticen la adecuada protección de datos personales desde el marco de su competencia..."

RESPUESTA

Se han establecidos todos los exigidos y permitidos tanto por el Código Nacional de Procedimientos Penales, así como las leyes de la materia, todo ello para garantizar la protección de los datos personales de quienes intervienen dentro del proceso penal acusatorio.

Sin más por el momento, me despido de usted enviándole un cordial saludo

ATENTAMENTE


KRISTHIAN ALEXIS SÁNCHEZ GARRIDO.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO



**Poder Judicial del Estado de Tabasco
Tribunal Superior de Justicia**

Dirección de Estadística, Informática y Computación
"2016, Año del Nuevo Sistema de Justicia Penal"

Oficio N° DEIC/187/2016
Villahermosa, Tab., A 02 de mayo de 2016

**L.A.E. RAQUEL AGUILERA ALEMÁN
TITULAR DE LA UNIDAD DE TRANSPARENCIA
P R E S E N T E.**



En respuesta a su similar TSJ/OM/UT/218/16, le informamos lo siguiente: Con respecto a las preguntas formuladas:

¿Qué mecanismos de protección se han establecido? Desde el punto de vista:

B) medios informáticos. – creación implementación de sistemas o programas informáticos (software y hardware) que garanticen la protección de datos personales derivada de la grabación de audio y video de las audiencias durante el desarrollo en que es llevada a cabo el proceso penal acusatorio en los juzgados:

Existe software (sistema de grabación) y hardware (servidores, redes, equipos de grabación, acceso restringido por tipo de usuario, etc.) especializado para la grabación de las audiencias en los juzgados del nuevo sistema penal acusatorio que implementan las medidas de seguridad necesarias para dicha grabación

C) en caso de que existan, para su tratamiento (obtención, almacenamiento, resguardo y conservación) de los audios y videos, ¿cómo funcionan dichos procedimientos?

- Los videos son almacenados y resguardados en el servidor del Tribunal superior de Justicia.
- Los videos solo pueden ser obtenidos a través de una solicitud hecha al Juez durante la audiencia misma o través de un escrito de solicitud.

Sin otro particular al respecto, aprovecho la ocasión para saludarle.

A T E N T A M E N T E


**ING. VOLTAIRE JESÚS TORRE
DIRECTOR DE INFORMÁTICA**

C.c.p. Archivo.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR de Luque, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril de 1993.
- ÁLAMO, Javier, *Los 140 tipos de personas reconocidas por el derecho mexicano, la sociedad anónima mexicana, no es anónima, es nominada, la sociedad de gestión colectiva no es de gestión, es representativa simple*, México, Porrúa, 2000.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Culpables Conocidos, víctimas ignoradas. Tortura y maltrato en México*, Madrid, ENCO, 2012.
- ÁVILA Santamaría, Ramiro, “El principio de Legalidad vs. El principio de proporcionalidad. Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y de los parlamentos y los jueces”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- BONILLA Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad, colección jurídica general, monografías*, Madrid, Reus S.A, 2010.
- CANTORAL Domínguez, Karla, “Derecho a la autodeterminación informativa: Mecanismo de protección de la persona frente al tratamiento de su información de carácter personal”, en Pérez Fuentes, Gisela María (coord.), *Temas Selectos de derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, ITAIP-UJAT-Editorial Sista, Villahermosa, 2010.
- , *Derechos de protección de datos personales de la salud*, México, Novum-Conacyt, 2012.
- CANO Guadiana, Areli, “Elementos fundamentales para la protección de datos personales en la procuración de justicia”, *Retos de la protección de datos personales en el sector público, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal*, México, Infodf, p.409.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004.

- CHIRINO Sánchez, *Autodeterminación informativa y estado de derecho en la sociedad tecnológica*, Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 1997.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, “Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, México, CNDH, 2012.
- CUONO, Massimo, “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del constitucionalismo”, *Eunomía. Revista de Cultura de la legalidad*, Madrid, núm. 3, septiembre 2012-febrero 2013.
- DAVARA F. Marcos, Isabel, “Protección de datos de carácter personal en México: Problemática Jurídica y estatus normativo actual”, *Protección de Datos Personales, Compendio de Lectura y legislación*, México, Tiro Corto Editores, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2010.
- DURKHEIM, Emile, *El suicidio*, 6a. ed., trad. de Lorenzo Díaz Sánchez, Madrid, AKAL, 2008.
- ENCABO Vera, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2012, Colección Estudios Jurídicos.
- ENERIZ Olaechea, Francisco Javier y Beltrán Aguirre, Juan Luis, *La protección de datos de Carácter Personal*, pamplona, Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, 2012.
- Escobar Roca, Guillermo. "Los derechos fundamentales y las telecomunicaciones", *Derecho de las Telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*, Escuela Nacional de la Judicatura, Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, Republica Dominicana, 2004.
- ESPINOZA, Ricardo, *La presunción de inocencia en el sistema acusatorio mexicano*, México, NOVUM, 2012.
- GALINDO Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, Decima cuarta edición, México, Porrúa, 1995.
- GARCÍA De Entería, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª. Ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983, p.62, citado en: García Olivo, Miguel Ángel, “Instrumentos de control constitucional del poder ejecutivo”, *Matices Revista de Posgrado*, México, UNAM, vol. 5, núm. 12, 2010.

- GARCÍA Figueroa, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho”, *Rivista Di Filosofia Del Diritto E Cultura Giuridica*, núm. 3, 2013, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf.
- GARCÍA Ramírez, Sergio, “Comentario sobre el Código de Procedimientos Penales de 2014”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 141, septiembre-diciembre de 2014.
- GARCÍA Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 3ª ed., México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA Ricci, Diego, “Artículo 16 Constitucional, derecho a la privacidad”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- GARCÍA Yzaguirre, José Víctor, “La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Díkaion*, Norteamérica, vol. 21, núm.2, abril 2013, Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2272/3120>.
- GILAS, Karolina Mónica, *Control de constitucionalidad en materia electoral*, México, TEPJF, 2011.
- GROPPI, Tania y Lecis Cocco-Ortu, Anna María, “Las referencias reciprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, Chile, Estudios, núm. 80, octubre de 2014.
- HUERTA Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª. Ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- , “Concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”, en Cisneros Farías, German et al (coord.), *Seguridad pública, segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- ISLAS Colín, Alfredo, “Derecho a la Dignidad”, *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, num. 1, julio-diciembre 2013.

- JORGE Escola, Héctor, *El interés público como fundamento en el derecho administrativo*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1989.
- LÓPEZ Olvera, Miguel Alejandro y Pahuamba Rosas, Baltazar, *Nuevos Paradigmas constitucionales, dignidad humana, principios fundamentales, derechos humanos, Estado de Derecho, democracia y control de convencionalidad*, México, Espress, 2014.
- LOPERA, Mesa, Gloria Patricia, “El principio de proporcionalidad y Control Constitucional de las leyes penales”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, CDHDF, SCJN, ACNUDH, 2013.
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “El control abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en México. Tipología de resoluciones”, en Haberle, Peter y García Belaunde, Domingo (Coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2011.
- MATA Barranco, Norberto J. de la, “Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal,” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia, Vol. LX, noviembre de 2006.
- MATA Barranco, Norberto J. de la y Barinas Ubiñas, Desirée, “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto tutela?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, UNED, 3ra. Época, núm. 11, enero de 2014.
- MEDINA Pabón, Juan Enrique, *Derecho civil: aproximación al derecho, derecho de personas*, 2ª. ed., Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- MENÉNDEZ Sebastián, Eva Ma., “Conclusiones e ideas sobre el Estado del bienestar”, *Documentación administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, nueva época, núm. 1, enero-diciembre 2014, s. núm. pp., Disponible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10157&path%5B%5D=10618>.

- MÉNDEZ Paz, Lenin, "El juego de la Justicia, o la justicia como juego: delito de alarma social en Tabasco, México", *Perfiles de las ciencias sociales*, Villahermosa, año I, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre 2013.
- MIR Puig, Santiago, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en M.L Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, t. II, 2009.
- MIRANDA Camarena, Adrián Joaquín y Navarro Rodríguez, Pedro. "El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano", *Opinión Jurídica*, vol. 13, núm. 26, marzo de 2015. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/956/1009>.
- MORENO Hernández, Moisés, "Principio rectores en el derecho penal mexicano", *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E, núm.95, t. II, 1998.
- OLIVARI Walter, "Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón". *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XI, núm. 21, enero-junio de 2008, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602107>.
- PARRA Noriega, Luis Gustavo, "Desarrollo legislativo en materia de datos personales en las entidades federativas, la importancia de una legislación especial en el ámbito estatal", *Retos de la protección de datos personales en el sector público, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal*, México, Infodf, 2011.
- PARRA Trujillo, Eduardo de la, "Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales", en Canale Jacobson, Sergio *et al.* (eds.), *Jurídica, anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, México, núm.31, 2001.
- PÉREZ Fuentes, Gisela María, "Una nueva función de la protección de datos personales en México: mecanismo de control de las leyes de transparencia y

- acceso a la información pública”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, año CLVII, núm. 4, octubre-diciembre de 2010.
- PÉREZ Fuentes, Gisela María (Coord.), *Temas selectos de derecho a la información, derecho a la intimidad, transparencia y datos personales*, Colección Francisco J. Santamaría, Pensamientos y Estudios jurídicos, Editorial SISTA- ITAIP-UJAT, 2010.
- PIÑAR Mañas, José Luis y Ornelas Núñez, Lina (coord.), *La protección de datos personales en México*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- PRADO D., Maximiliano, “Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 34, núm. 1, enero-abril, 2007, pp. 61-90. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177014515005.pdf>.
- RAMÍREZ, Juan Ramón de la Fuente, “Democracia y transparencia”, *10 años de transparencia en México*, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, 2013.
- RODRÍGUEZ de las Heras Ballell, Lucas, *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- SÁNCHEZ Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , “El control difuso de la constitucionalidad en México, reflexiones en otro a la tesis P./J. 38/2002, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Cuestiones Constitucionales. 2004 UNAM-IIJ.
- SÁNCHEZ Cordero, Olga, “Medios de control constitucional, gobierno y país”. Conferencia organizada por el Frente Regional de Profesionistas en derecho, llevada a cabo el 12 de junio de 2009, en la ciudad de Cancún Quintana Roo, P.16, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/cancun_medios_de_control.pdf.

- SAPAG, Mariano A., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado". *Dikaion*, Chía, vol.22, núm.17, diciembre de 2008.
- SCHWABE, Juegüen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Fundación Konrad Adenauer, A.C.
- SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, "Bases conceptuales para la implementación de la reforma Constitucional de derechos humanos en la Administración Pública Federal",
- SPADARO, Antonino, "Las dos caras del constitucionalismo frente al principio de auto-determinación", *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 92, enero-abril 2015.
- STUART Mill, John, *Sobre la libertad*, Izquierdo Agustín (trad.), Madrid, Edaf S.A, 2004.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Publicidad Oficial: Transparencia y equidad*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- Biblioteca Nacional de México, 2010.
- VILLANUEVA, Ernesto y Nucci, Hilda, (Coord.), *Comentarios a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares*, México, Novum-Conacyt-Fes Aragón, 2012.
- VILLAVERDE Menéndez, Ignacio, "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Principio de proporcionalidad", en Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2009, Promovente: Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, resolución de fecha: tres de julio de dos mil doce.
- AMPARO EN REVISIÓN 699/2011, Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día diez de julio de dos mil doce. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=132394&SeguimientoID=472>.

AMPARO EN REVISIÓN 699/2011, Voto concurrente que formula el Ministro Sergio salvador Aguirre Anguiano, resuelto por el Tribunal Pleno, en sesión del 10 de julio de 2012, p.5.

AMPARO DIRECTO 3/2011, QUEJOSOS: LIDIA MARÍA CACHO RIBEIRO Y RANDOM HOUSE MONDADORI, S.A DE C.V., ministro ponente: Arturo Zaldívar Ielo de Larrea, resolución de 30 de enero de 2013, p.93.

CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 167

SENTENCIA 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, Sala 2, Tribunal Constitucional Español, p. 86.

SENTENCIA 14/2003, de 30 de enero de 2003, Sala Segunda, Tribunal Constitucional Español, p. 117.

T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61.

T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

TESIS: 2A. I/92, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo X, agosto de 1992, p. 44. Derivada de Amparo en Revisión 10556/83.

TESIS: P. LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, p. 513.

TESIS: P. LX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, p. 74.

TESIS: 2a. XXIV/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, marzo de 2006, p. 534.

TESIS: 1a./J. 114/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, p. 340.

TESIS: 1ª/J.3/2012 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t.1, febrero de 2012, p.503.

TESIS: 1A. VII/2012 (10A.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, p. 655.

TESIS: II.2o.P.17 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 3, Libro XII, septiembre de 2012, p. 1703.

TESIS: 1a. CXXXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, Libro XX, mayo de 2013, p. 550.

TESIS: 1a. CCXVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 533.

TESIS: 1a. CCCXII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, Tomo 2, octubre de 2013.p. 1052.

TESIS: 1a. CCCLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 719.

TESIS: 1a. CXXXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 560.

TESIS: 1a. CXXXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 561.

TESIS: 1a. CCCXVIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXVI, Tomo 1, noviembre de 2013, p. 516.

TESIS: P. I/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 273.

TESIS: 1a. CLII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 806.

TESIS: XXVII.3o. J/23 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Tomo III, febrero de 2015, p. 2257

TESIS: 2A. CXXXVII/2015 (10A.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Tomo II, noviembre de 2015, p.1298.

CARTA DE DERECHOS DE LOS CIUDADANOS ANTE LA JUSTICIA, Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los diputados, 2002, [http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2006/marzo/cartaderechos\[1\].pdf](http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2006/marzo/cartaderechos[1].pdf)

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2016.

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO, 2016.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 2016.

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. Artículos reformados: 16,17, 18, 19, 20, 21, 73, 115, 123.

DECRETO 206, DEL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE TABASCO, suplemento 7302 C de 29-VIII-2012, considerando segundo, aprobada 14 de agosto de 2012.

DECRETO por el cual se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Cfr. art. 54, 55, 58, 61.

DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE JUSTICIA, Y ESTUDIOS LEGISLATIVOS, SEGUNDA, encargadas del análisis y dictamen de las Iniciativas con Proyecto de Decreto, *Senado de la Republica*, 3 de diciembre de 2013.

DICTAMEN, CÓDIGO DE COMISIÓN DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Cámara de Diputados*, Gaceta parlamentaria núm. 3954-III, 4 de febrero de 2014.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, CÁMARA DE ORIGEN: Diputados, presentada el 25 de abril de 2007, iniciativa de diputados, diversos grupos parlamentarios, que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se crea el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, *DOF*, 11 de junio de 2002.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2010, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y se reforman los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del Capítulo II, del Título Segundo, de la Ley Federal de Transparencia y

Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada el 05 de julio de 2010

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2002, Decreto por el que se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, México, *DOF*, 11 de junio de 2002.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 8 de diciembre de 1998, Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 2015, Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, *DOF*, 4 de mayo de 2015.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

LEY 15/2003, artículo 14, establece los fines y objetivos del Plan de Transparencia Judicial.

LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL, 2006. Última reforma publicada: 28 de noviembre de 2014.

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES, 2010.

LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL.

LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE TABASCO, aprobada el 04 de diciembre de 2015 y publicada por decreto 235 el 15 de diciembre de 2015.

PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE TABASCO, Decreto de 229, con fecha 10 de febrero de 2007, Ley publicada en El Suplemento "C" Al Periódico Oficial 6723.

LEY DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA Y GEOGRÁFICA (LIEG), 1980. Y su posterior reforma de 1983, donde se crea el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Finalmente, abrogada el 16 de abril de 2008, con la

publicación en el Diario Oficial de la Federación de: Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, artículo 30 y, en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales de 16 de mayo de 1989, este último mediante resolución de 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo.

OC-16/99, OPINIÓN CONSULTIVA solicitada por el Estado Mexicano de México, relacionado con el derecho a la asistencia consular que opera dentro del debido proceso legal, en el caso de un connacional ante un órgano jurisdiccional extranjero. Disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pd.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14.3, disponible en:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS, documento aprobado en comisión el 21 de marzo de 2008, disponible en:
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.