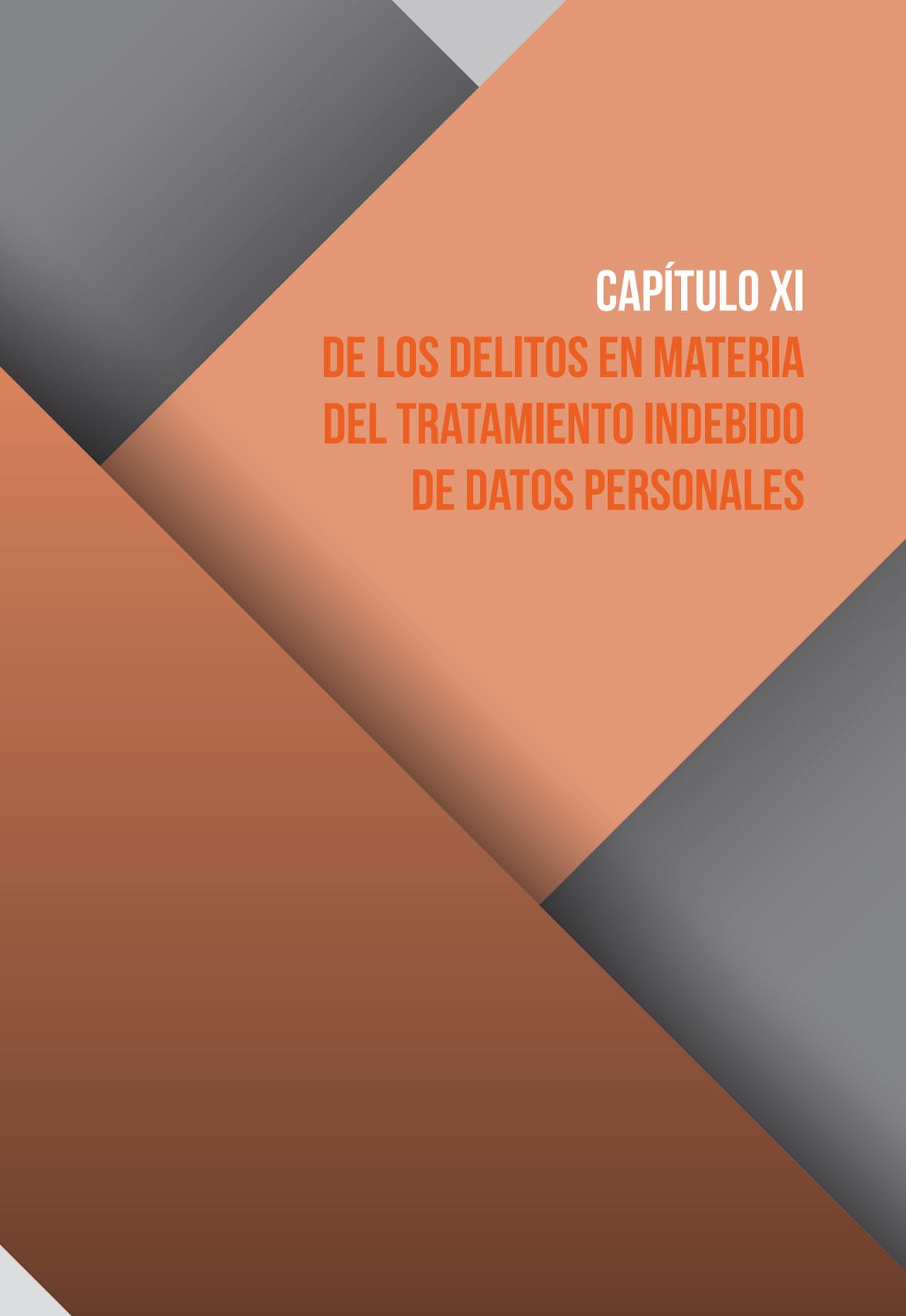


LEY FEDERAL
DE PROTECCIÓN
DE DATOS PERSONALES EN
POSESIÓN DE LOS PARTICULARES,
COMENTADA



Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la
Información y Protección de Datos Personales

Guillermo A. Tenorio Cueto
Coordinador Editorial



CAPÍTULO XI
DE LOS DELITOS EN MATERIA
DEL TRATAMIENTO INDEBIDO
DE DATOS PERSONALES

CAPÍTULO XI

DE LOS DELITOS EN MATERIA DEL TRATAMIENTO INDEBIDO DE DATOS PERSONALES

Artículo 67. *Se impondrán de tres meses a tres años de prisión al que, estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro, provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.*

Artículo 68. *Se sancionará con prisión de seis meses a cinco años al que, con el fin de alcanzar un lucro indebido, trate datos personales mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos.*

Artículo 69. *Tratándose de datos personales sensibles, las penas a que se refiere este Capítulo se duplicarán.*

COMENTARIO

Carlos Requena Ochoa

Introducción

Desde el punto de vista del derecho penal es un error común afirmar que los códigos penales y las leyes especiales contienen capítulos en los que se establecen “delitos”. Ese error conceptual tiene su origen en el lenguaje utilizado por el legislador. Así, tenemos que el capítulo XI de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, que se comenta, se denomina “De los delitos en materia de tratamiento indebido de datos personales”.

La doctrina especializada coincide en que “delito” es la integración de varios elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por tanto, las descripciones de conductas que se consideran merecedoras de pena, establecidas en la Ley, no corresponden propiamente a delitos, sino que constituyen, técnicamente, tipos penales.

Incluso, Ernst Beling, quien en 1906 aportó el concepto de “tipicidad” al esquema de la teoría del delito desarrollada por Franz von Liszt, llamó *Tatbestand* a lo que posteriormente se tradujo como “tipo penal”, que literalmente significa “supuesto de hecho”.²⁰⁵ Siendo uno de los conceptos más relevantes del derecho penal.

Sin embargo, en este momento no es motivo de reflexión la función que desempeña el tipo penal en la teoría del delito, basta comentar, para efectos del presente análisis, que este concepto corresponde a la descripción que hace el legislador de la conducta, así como de todos los elementos que deben concurrir en su realización, para que aquella resulte penalmente relevante y reprochable. Es decir, coincidimos con quienes afirman que el tipo penal es la descripción que hace el legislador, en la ley, de una determinada conducta antisocial, valorable bajo los principios del derecho penal, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos.

En ese sentido, el ideal de tipo penal que se ha concebido en un Estado de corte democrático es el llamado “tipo cerrado”, esto es, el que describe exhaustivamente, con claridad y en todos sus aspectos, el objetivo del deber jurídico penal, traducido en una prohibición o mandato categóricos de orden público. Cuando esto no ocurre, es decir, cuando no está claramente definida la conducta prohibida u ordenada, los tipos penales se conocen como “tipos abiertos”.²⁰⁶

Un tipo penal con características de “abierto” puede ser cuestionado en su constitucionalidad, en tanto que impide que el ciudadano o destinatario del deber jurídico penal conozca a ciencia cierta cuáles son las conductas prohibidas u ordenadas por la ley. En los tipos penales (materia de la ley federal en comento) consideramos que el legislador no cumple con el principio de legalidad en materia penal,²⁰⁷ en razón de la forma —no clara— en que los redactó.

²⁰⁵ Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas Ediciones, p. 277.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 298.

²⁰⁷ Véase la jurisprudencia 1a./J. 10/2006. Novena época. Registro 175595, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta. Tomo XXIII. Marzo de 2006. Materias: Constitucional, Penal, p. 84, de rubro: “Exacta aplicación de la ley penal. La garantía, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, también obliga al legislador”.

Genéricamente, se ha identificado que los tipos penales se integran, a su vez, de elementos objetivos, normativos y subjetivos.²⁰⁸ Los elementos objetivos son aquellos que pueden percibirse a través de los sentidos y tienen cierta materialidad observable. Los normativos corresponden a aquellos vocablos empleados en la descripción del hecho, que deben ser definidos previamente para establecer el contenido y alcances de su significado. Pueden ser de valoración jurídica o cultural.²⁰⁹ Serán de valoración jurídica cuando el propio orden o sistema normativo proporciona el significado del término y cultural cuando resulta necesario acudir a otra área del conocimiento, distinta del derecho, para delimitarlo.

Los elementos subjetivos hacen referencia a estados psicológicos del sujeto activo en la realización de la conducta delictiva: serán subjetivos genéricos el dolo y la culpa, y subjetivos específicos los distintos del dolo que hacen referencia a ánimos, motivaciones, propósitos o finalidades concretas descritas en el tipo penal. Los elementos subjetivos en su forma genérica, sea dolo y/o culpa, siempre forman parte del tipo penal, pero los elementos subjetivos específicos son “eventuales”, pues estos últimos no siempre están necesariamente presentes en las descripciones típicas.

Así, el análisis de un tipo penal puede tomar como punto de partida la identificación de los elementos antes señalados para resolver en cada caso y con la mayor precisión posible, si los hechos acontecidos en la realidad, incluida la conducta probablemente delictiva, colma la posibilidad de ser calificados como delito.

Por la importancia que representa, es necesario hacer referencia a uno de los elementos que resulta común y de mayor relevancia a los tipos penales del capítulo XI de la Ley: el bien jurídico protegido. Este elemento resulta fundamental, pues para que la conducta (acción u omisión) sea considerada delictiva se requiere, necesariamente, que lesione o ponga en riesgo, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por el tipo penal.

Análisis de contenido

Bien jurídico protegido

Los tipos penales y el derecho penal en general se justifican en la medida en que tutelan o protegen determinados bienes, intereses o valores que el Estado

²⁰⁸ Otra forma de clasificación divide a los elementos del tipo penal en: (a) elementos objetivos, que se componen por elementos descriptivos y normativos, respectivamente y (b) elementos subjetivos, que pueden ser genéricos y específicos.

²⁰⁹ También hay elementos normativos en los tipos penales que hacen más patente la antijuridicidad del comportamiento, por ejemplo: cuando el legislador describe conceptos como: “sin justa causa”; “sin derecho”, “indebidamente”, entre otros.

considera relevantes para mantener la convivencia ordenada en sociedad, de ahí la necesidad de su tutela penal. El bien jurídico es el elemento rector en la interpretación del tipo penal y es, precisamente, la justificación de la existencia de éste.

Según su relevancia, algunos bienes pueden estar protegidos por otras áreas del orden jurídico, por ejemplo, el derecho administrativo, pues al derecho penal le corresponde —o deberían corresponder— sólo a aquellos bienes que sean de tal relevancia que otras áreas del derecho resulten insuficientes o ineficaces para su protección. Al respecto, Reinhart Maurach considera que el derecho penal comparte con las demás ramas del derecho la tarea de protección de la paz jurídica.²¹⁰

Lo anterior cumple —o cumpliría— con principios propios de un Estado democrático (*ultima ratio*, *derecho penal mínimo*, *mínima intervención*), en donde lo que se pretende es limitar, precisamente, el poder punitivo del Estado. Sin embargo, todo dependerá de la política criminal que se asuma como estrategia para combatir el fenómeno delictivo.²¹¹ Es decir, en este caso, para prevenir y erradicar la criminalidad en materia de tratamiento de datos personales.

¿Cómo podemos identificar el bien jurídico protegido por un tipo penal? Los instrumentos del criterio de interpretación sistemático, como son los argumentos: *sedes materiae* y *a rubrica*, respectivamente, resultan de mucha utilidad.²¹²

En el caso concreto que nos toca analizar en este apartado, es evidente que los tipos penales se encuentran insertos en una ley especial, cuyo objetivo está precisado en el artículo 1 (argumento *sedes materiae*):

Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la *finalidad* de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de *garantizar* la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

Es necesario tener cuidado con el sentido que damos a las palabras utilizadas en la legislación en comento, pues, no obstante que se emplea el vocablo “protección” para referirse a los datos personales en posesión de los particulares, estos últimos no constituyen, en nuestra consideración, el bien jurídico penal tutelado.

²¹² Ezquiaga, F. (2006). *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 115 y ss.

Se explica, la ley especial (Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares) tiene como finalidad regular el tratamiento legítimo, controlado e informado de los datos personales en posesión de los particulares a partir de su protección. Sin embargo, esa regulación tiene un objetivo mayor que se hace explícito en el propio artículo: garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.

Si atendemos a la denominación del capítulo XI de la ley, que trata sobre los delitos en materia de tratamiento indebido de datos personales, podemos advertir que las conductas que se consideran delictivas se vinculan, precisamente, con el tratamiento indebido (argumento “a rubrica”).

En este sentido, es el tratamiento indebido el que vulnera los bienes jurídicos protegidos en los tipos penales, específicamente: la privacidad y la autodeterminación informativa de las personas. No consideramos que sean los datos personales, en sí mismos, los que se vulneran por el delito, pues no representan *per se* algún valor susceptible de tutela por parte del derecho penal. Los datos personales o las bases de datos, en realidad, constituyen únicamente el objeto material sobre el que recae la conducta típica penal.

En efecto, la doctrina penal coincide en que el objeto material, como elemento del tipo penal, es el ente corpóreo (persona o cosa) sobre el cual recae o se realiza la conducta del sujeto activo que, al verse concretado, genera la lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido.

Es importante mencionar que la protección de los datos personales (entendida como esa función de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado) se realiza por otra área del derecho: el administrativo, y sólo cuando se lleva a cabo algún tratamiento indebido de esos datos, es que se justifica la intervención del derecho penal, al lesionarse o ponerse en peligro la privacidad y/o la autodeterminación informativa de las personas.

De ahí que los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales son mencionados por la ley (la privacidad y/o la autodeterminación informativa de las personas), pero no los datos personales, que constituyen, únicamente, el objeto material sobre el que recae la conducta típica. Ciertamente, la protección de los datos personales, en sí misma, es propia del derecho administrativo.

Sin embargo, hay quienes pudieran considerar la necesidad de hacer más extensiva la interpretación de la política criminal que subyace en la creación de los tipos penales establecidos en la Ley para también considerar, penalmente,

como bien jurídico protegido, la debida protección de los datos personales en posesión de los particulares, pero esto es materia de controversia.

En realidad, la discusión sobre qué bienes jurídicos son protegidos por los tipos penales en comento, desde el punto de vista penal, invita a analizar si estamos en presencia de un expansionismo del derecho penal, el cual pretende absorber materias y capítulos enteros del derecho administrativo sancionador, así como del derecho privado.

Tipos penales

Los tipos penales se encuentran previstos en el citado capítulo XI de la ley especial en comento, específicamente en los artículos 67 y 68, pues como se verá más adelante, el artículo 69 se refiere sólo a una circunstancia agravante de la pena (agravante de la punibilidad) prevista en los tipos penales básicos (artículos 67 y 68).

El análisis hace necesaria su transcripción literal:

Artículo 67.- Se impondrán de tres meses a tres años de prisión al que estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro, provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.

Artículo 68.- Se sancionará con prisión de seis meses a cinco años al que, con el fin de alcanzar un lucro indebido, trate datos personales mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos.

Artículo 69.- Tratándose de datos personales sensibles, las penas a que se refiere este Capítulo se duplicarán.

Análisis del tipo penal previsto en el artículo 67

Identificación de la conducta típica

En derecho penal, una conducta puede ser entendida como acción u omisión. La primera se concibe, en el sistema clásico de la teoría del delito, como un movimiento corporal voluntario (actividad o inactividad) que produce un cambio en el mundo de la realidad. Un nexo de causalidad une el movimiento con el resultado. Esta última es la razón por la que al sistema clásico —de manera poco afortunada— también se le conoce como sistema causalista.²¹³

Por su parte, con la teoría de la acción finalista del derecho penal, que en la actualidad es la de mayor influencia en la legislación penal mexicana, la acción

²¹³ Díaz, E. (2006). *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*. México. Straf, p. 21.

humana se concibe como un ejercicio de actividad final. Es decir, un obrar orientado conscientemente desde un fin.²¹⁴ Recordemos que nuestro Código Penal Federal, en su artículo 8 dispone que las acciones u omisiones delictivas únicamente pueden realizarse dolosa o culposamente. La exposición anterior es solo un panorama genérico, que no exhaustivo, acerca de la conducta como un elemento del delito.

En el caso concreto, la conducta que prevé el tipo penal del artículo 67 se puede identificar conl verbo rector “provocar”. El diccionario de la RAE define dicha palabra en la primera de sus acepciones como producir o causar algo. Ese algo que se causa o produce debe ser una vulneración de seguridad, según describe el tipo penal.

Antes de continuar advertimos un problema: ¿cómo se puede producir o causar algo? Sin duda, mediante una acción o una omisión humana. Entonces, tal parece que el tipo penal no define con claridad cuál es la conducta prohibida, ya que alguien puede provocar el resultado exigido por el tipo penal si realiza determinada actividad o si deja de realizarla.

No es posible determinar, en tal sentido, cuál es la verdadera conducta merecedora de pena, lo que —aparentemente— resulta contrario al principio de “exacta aplicación” de la ley que también obliga al legislador, ya que se puede llegar a afirmar la realización de la conducta por el sólo hecho de haber contribuido con alguna condición —por mínima que sea— para generar la vulneración de seguridad exigida por el tipo penal descrito en el artículo 67.

Por tal motivo, es cuestionable —con base en el principio de legalidad— que la conducta sea identificada genéricamente como “provocar”, pues resultaría tan amplia que cualquier acción u omisión podría estimarse como causante del resultado, sin estar específica o claramente descrita por el tipo penal.

No obstante, en la práctica, el tipo penal se resuelve satisfactoriamente si interpretamos que contiene un deber jurídico penal, consistente en la prohibición de provocar “con ánimo de lucro, una vulneración de seguridad a las bases de datos, bajo su custodia, estando autorizado para tratar datos personales”.²¹⁵ Es decir, bastaría cualquier comportamiento que, a fin de cuentas, resultara idóneo para concretar los elementos objetivos del tipo penal. Por ejemplo, en el caso del tipo penal de homicidio (artículo 302 del Código Penal Federal, CPF), el legislador no describe todas las formas o comportamientos para privar de la vida a otra persona. Asimismo, en el tipo de daño en propiedad ajena (artículo 397 del CPF) tampoco se describe todas las formas de causar daños.

²¹⁴ Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, pp. 39 y ss.

²¹⁵ Artículo 67 de la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de los Particulares.

Regresando al análisis del tipo penal del artículo 67 de la Ley, si provocar significa producir o causar algo, ese algo, conforme a la redacción del tipo penal, debe ser una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.

En este sentido, vulneración de seguridad constituye un elemento normativo de valoración jurídica, pero adviértase que los alcances de su significado lo proporciona el reglamento de la Ley. Es decir, a nivel de una norma de menor jerarquía, como la reglamentaria, se delimitan expresa y normativamente los supuestos que constituyen una vulneración de seguridad, para los efectos del tipo penal del artículo 67.

El artículo 63 del citado reglamento dispone:

Artículo 63. Las *vulneraciones de seguridad* de datos personales ocurridas en cualquier fase del tratamiento son:

- I. La pérdida o destrucción no autorizada.
- II. El robo, extravío o copia no autorizada.
- III. El uso, acceso o tratamiento no autorizado.
- IV. El daño, la alteración o modificación no autorizada. (Énfasis añadido).

Este tipo penal nos plantea un problema de constitucionalidad de las denominadas leyes penales en blanco. Al respecto, es necesario mencionar que este problema no se plantea cuando la norma penal remite a otra de naturaleza extrapenal en sentido formal y material (para quedar plenamente integrada), sino únicamente cuando se reenvía a otra norma que no tiene el carácter de ley en sentido formal, dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de los tipos penales.²¹⁶

Adicionalmente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los tipos penales en blanco como los hipotéticos supuestos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente, los cuales son inconstitucionales si su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo —en este caso al Poder Ejecutivo Federal— la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad

²¹⁶ Leyes penales en blanco. Problemática de constitucionalidad de aquéllas. Tesis: Décima Época, Registro: 2011281. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 28, marzo de 2016. Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXXII/2016 (10a.), p. 987.

exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.²¹⁷

Este cuestionamiento resulta trascendente para efectos penales, también frente a un importante criterio jurisprudencial de la Segunda Sala al señalar que, según ha sostenido este alto tribunal en numerosos precedentes, el artículo 89, fracción I, constitucional, faculta al presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión y, aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquéllas se distinguen de éstas, básicamente, en que provienen de un órgano que al emitir las no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo, de donde, por definición, son normas subordinadas, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se encuentre regida por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley, que desde su aparición como reacción al poder ilimitado del monarca hasta su formulación en las constituciones modernas, ha encontrado su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe al reglamento abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida.²¹⁸

A diferencia del concepto anterior (vulneraciones de seguridad), la referencia textual al concepto: bases de datos, que también constituye un elemento normativo de valoración jurídica en el tipo penal del artículo 67, sí encuentra su definición en el artículo 3, fracción II de la Ley:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:[...] II. *Bases de datos*: El conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable. (Énfasis añadido).

En atención a las definiciones proporcionadas por la legislación aplicable, es posible afirmar —haciéndose explícitos los significados— que la conducta prevista en el tipo penal del artículo 67 consiste en:

²¹⁷ Tipos administrativos en blanco. Son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado regulador. Tesis: Décima Época. Registro: 2007412. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, septiembre de 2014. Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCCXIX/2014 (10a.), p. 592.

²¹⁸ Facultad reglamentaria del presidente de la República. Principios que la rigen. Época: Novena Época. Registro: 194159. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Tomo IX. Abril de 1999. Materia(s): Constitucional. Administrativa. Tesis: 2a./J. 29/99, p. 70.

Al que (estando autorizado para tratar datos personales, con ánimo de lucro), produzca o cause (provoque) la pérdida o destrucción no autorizada; el robo, extravío o copia no autorizada; el uso, acceso o tratamiento no autorizado, o el daño, la alteración o modificación no autorizada (una vulneración de seguridad) al conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable (a las bases de datos), bajo su custodia.

La anterior conclusión nos lleva a afirmar que este tipo penal exige, en la mayoría de los supuestos, la producción de un resultado material. Hablamos, en tal sentido, de un delito de daño y no sólo de puesta en peligro o riesgo del bien jurídico tutelado. El derecho penal considera que el resultado material es el efecto o consecuencia natural de la conducta que realiza el sujeto activo.

Para el ingeniero Ubaldo Martínez Eslava, perito en informática, provocar una vulneración de seguridad significa encauzar el aprovechamiento de debilidades de diseño o error de implementación de las bases de datos para generar un evento inesperado donde se comprometa la seguridad física o lógica. Destaca —como un tema de gran importancia— que este tipo penal del artículo 67 únicamente contempla la seguridad de las bases de datos. Sin embargo, pudiera haber circunstancias donde no se comprometa la seguridad de las bases de datos, pero sí la seguridad de la información, que tiene como componentes la disponibilidad, confidencialidad e integridad.²¹⁹

Citemos el ejemplo de cómo una persona, ajena al tratamiento de datos, que conoce por algún medio o circunstancia las credenciales de acceso a las bases donde se resguarda información personal, en cualquier momento puede hacer uso de ellas e ingresar a la base de datos comprometiendo la disponibilidad, confidencialidad e integridad de la información personal. En este caso, dicho acceso no puede ser considerado una vulneración de seguridad de las bases de datos, puesto que la persona que ingresa a dicha base no aprovechó una debilidad de diseño o implementación, tampoco evadió o violentó las medidas físicas o lógicas que protegen la seguridad y sin embargo, sí comprometió la disponibilidad, confidencialidad e integridad de la información contenida. Es decir, el legislador no consideró a aquella persona que no se encuentra autorizada para tratar datos personales, pero que sí puede comprometer la seguridad de las bases de datos o la de la información. Este es un aspecto que no consideró el legislador.

²¹⁹ Disponibilidad: refiere al hecho de que la información se encuentre lista para su consulta en todo momento. Confidencialidad: refiere a la secrecía de la información contenida en la base de datos. Integridad: refiere a la veracidad de la información, o que la información sea fiable y se mantenga sin alterar.

Calidad específica del sujeto activo

La conducta descrita en el artículo 67 no puede ser ejecutada por cualquier persona física. Nótese que el tipo penal exige que la lleve a cabo quien está autorizado para tratar datos personales y tiene bajo su custodia las bases de datos de que se trata.

Al respecto, la Ley, en su artículo 3, da cuenta del significado de los siguientes términos:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...] V. Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

[...] IX. Encargado: La persona física o jurídica que sola o conjuntamente con otras trate datos personales por cuenta del responsable.

[...] XIV. Responsable: Persona física o moral de carácter privado que decide sobre el tratamiento de datos personales.

[...] XVI. Tercero: La persona física o moral, nacional o extranjera, distinta del titular o del responsable de los datos.

XVII. Titular: La persona física a quien corresponden los datos personales.

XVIII. Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

XIX. Transferencia: Toda comunicación de datos realizada a persona distinta del responsable o encargado del tratamiento.

Como se puede observar, los conceptos empleados en el tipo penal, y que constituyen elementos normativos, son definidos por el legislador en la propia Ley. Son pues, elementos normativos de valoración jurídica descritos en el tipo penal.

Recordemos que calidad específica del sujeto activo del delito es²²⁰ el conjunto de características exigidas en el tipo penal y que delimitan a los sujetos a quienes va dirigido el deber jurídico penal. En ese sentido, la calidad específica que se exige del sujeto activo, como la persona autorizada para tratar datos personales, se puede identificar tanto en el responsable como en el encargado, incluso, en algunos supuestos, en el tercero.

Esto último se afirma porque los artículos 21 y 36 de la Ley prevén supuestos en los cuales los terceros pueden intervenir en el tratamiento de datos personales:

²²⁰ En términos de la doctora Olga Islas.

Artículo 21. El responsable o terceros que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales deberán guardar confidencialidad respecto de éstos, obligación que subsistirá aun después de finalizar sus relaciones con el titular o, en su caso, con el responsable.

Artículo 36.- Cuando el responsable pretenda transferir los datos personales a terceros nacionales o extranjeros, distintos del encargado, deberá comunicar a éstos el aviso de privacidad y las finalidades a las que el titular sujetó su tratamiento.

El tratamiento de los datos se hará conforme a lo convenido en el aviso de privacidad, el cual contendrá una cláusula en la que se indique si el titular acepta o no la transferencia de sus datos, de igual manera, el tercero receptor, asumirá las mismas obligaciones que correspondan al responsable que transfirió los datos.

Por otra parte, con relación al elemento normativo consistente en “bajo su custodia”, el artículo 47 del reglamento de la Ley hace una referencia a dicho vocablo cuando define el principio de responsabilidad en materia de protección de datos:

Principio de responsabilidad.

Artículo 47. En términos de los artículos 6 y 14 de la Ley, el responsable tiene la obligación de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo su custodia o posesión, o por aquéllos que haya comunicado a un encargado, ya sea que este último se encuentre o no en territorio mexicano.

Para cumplir con esta obligación, el responsable podrá valerse de estándares, mejores prácticas internacionales, políticas corporativas, esquemas de autorregulación o cualquier otro mecanismo que determine adecuado para tales fines.

Al respecto, podría concluirse que los datos personales están bajo custodia de una persona cuando los ha obtenido legalmente para su tratamiento o le han sido transferidos bajo un título legítimo.

Una crítica importante radica en que el tipo penal analizado del artículo 67 no considera los casos en los que personas no autorizadas para tratar datos personales pueden comprometer la seguridad de las bases de datos. Estos casos, técnicamente, serían calificados como conductas atípicas que excluyen el delito, atendiendo al texto del artículo 67, lo que sin duda también merece una urgente atención legislativa.

Pero si con base en los hechos de esos posibles casos no es posible encuadrar la conducta probablemente constitutiva de delito por demostrarse

la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, habrá de realizar un diverso ejercicio de tipicidad con base en otros tipos penales, específicamente los contenidos en el CPF, capítulo II, título noveno, relativos al acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, con el objetivo de analizar los elementos, por ejemplo, del artículo 211 bis 1.²²¹

Elemento subjetivo específico

La conducta que se analiza, descrita en el artículo 67, debe realizarse con ánimo de lucro. Este elemento subjetivo específico —distinto del dolo de la conducta como elemento subjetivo genérico— implica que el sujeto activo tiene la intención o propósito específico de obtener una ganancia o provecho con motivo de la conducta realizada. La descripción del tipo penal implica que no se requiere la necesaria o efectiva obtención de la ganancia, pues la tipicidad se colma y actualiza con el sólo ánimo, propósito o intención de obtenerla.

Esto nos lleva a determinar que la conducta analizada en el tipo penal del artículo 67 es eminentemente dolosa, pues no prevé la realización por culpa. Por tanto, si alguien por imprudencia, negligencia o falta de cuidado provoca una vulneración de seguridad a las bases de datos, no actualizaría la conducta típica descrita en el tipo penal.

Recordemos que el delito se excluye, entre otras cuestiones, cuando se demuestra la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate, como por ejemplo: el elemento subjetivo genérico dolo (artículo 15, fracción III del Código Penal Federal).

Pero, ¿qué sucede en los casos en que, sin ánimo de lucro, se compromete la seguridad a las bases de datos? Un supuesto no regulado ni previsto por el legislador que, sin duda, resulta relevante, ya que sin ese ánimo de lucro la conducta no podría ser calificada como típica ni delictiva, pese a la producción del resultado, precisamente ante la falta del elemento subjetivo específico apuntado (sin ánimo de lucro).

Indudablemente, una conducta, aún sin ánimo de lucro, también puede provocar un daño e, inclusive, un riesgo para el titular de los datos. Un ejemplo de lo anterior es la vulneración de información relativa a la creencia, inclinación o preferencia sexual o situación médica, con el simple hecho de publicarla sin ánimo de lucro, violentaría datos sensibles del titular por parte del sujeto obligado o autorizado para tratar dichos datos personales.

²²¹ Artículo 211 bis del CPF: “Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa”.

En nuestra consideración, el legislador describe en el tipo penal del artículo 67 una calidad de garante en el sujeto activo cuando exige que quien provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos, las tenga bajo su custodia.

De acuerdo con la Dra. Olga Islas definimos la calidad de garante como un elemento del sujeto activo en el tipo penal, como: “La relación especial, estrecha y directa en que se encuentra un sujeto activo y un bien jurídico singularmente determinado, para la salvaguarda, custodia o protección efectiva de dicho bien jurídico protegido”. Nótese que la Ley hace énfasis respecto del responsable, quien tiene la obligación de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo su custodia o posesión. Esto significa que surge esa relación entre la persona autorizada para tratar datos personales y la privacidad y/o la autodeterminación informativa de las personas.

Adicionalmente, el tipo penal que se analiza describe una referencia de ocasión, es decir, una situación especial generadora del riesgo para el bien jurídico protegido, la cual es aprovechada (dolosamente) por el sujeto activo para realizar la conducta o producir el resultado. En este caso, el sujeto autorizado para tratar datos personales se encuentra en custodia de los datos personales y, a sabiendas de su posición de salvaguarda, la aprovecha provocando una vulneración de seguridad a las bases de datos que están bajo su custodia.

El tipo penal del artículo 67 no exige para su comisión o actualización (para la realización de la conducta) algún medio comisivo específico, ni que se lleve a cabo en determinadas circunstancias exigibles de tiempo o lugar.

Podemos concluir que la descripción del tipo penal del artículo 67 prevé la imposición de pena de prisión al responsable, encargado o tercero (autorizado) que, con la intención específica de obtener una ganancia o provecho (ánimo de lucro) produzca, cause o provoque —dolosamente— la destrucción, pérdida, robo, extravío, copia, uso, acceso, tratamiento, daño, alteración o modificación no autorizadas (vulneración de seguridad) al conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona identificada o identificable (a las bases de datos), que legalmente ha obtenido o le ha sido transferida para su tratamiento (bajo su custodia).

Para invitar al debate y deliberación, desde el punto de vista de la seguridad de la información, sugerimos una enmienda a la redacción del tipo penal, a fin de considerar una futura reforma legislativa al artículo 67:

Texto actual del artículo 67	Texto que se sugiere
Con ánimo de lucro.	Con o sin ánimo de lucro.
Provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.	Provoque una vulneración de seguridad de la información de las bases de datos bajo su custodia.

Esta propuesta también puede aplicarse en el artículo 63 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, al referirse a las vulneraciones de seguridad de datos personales.

Es necesario que el legislador, al momento de redactar los tipos penales, considere el entendimiento y armonización normativa con el lenguaje propio de las TIC que involucra también a la informática forense, la seguridad y gobierno de la información.

Los siguientes conceptos son un ejemplo:

Vulneración: aprovechamiento de una debilidad de diseño o implementación de un sistema o base de datos para generar un evento inesperado que comprometa la seguridad del sistema.

Seguridad de las bases de datos: relativa a las medidas o mecanismo de seguridad físicos o lógicos que protejan la información de las bases de datos (biométricos, de sistemas de autenticación de contraseñas, antivirus, de sistemas de detección de intrusos (IDS), *firewall*, etc.

Seguridad de la Información: relativa a mantener íntegros los componentes de disponibilidad, confidencialidad e integridad.

Análisis del tipo penal previsto en el artículo 68

Identificación de la conducta típica

En el caso concreto, la conducta que prevé el tipo penal del artículo 68 está identificada en el verbo rector “tratar”. Este vocablo, así como “datos personales”, es definido por la Ley:

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

[...] XVIII. Tratamiento: La obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio. El uso abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales.

A partir de las definiciones legales citadas (elementos normativos de valoración jurídica) se puede determinar que la conducta prevista por este tipo penal se actualiza cuando una persona física obtenga, acceda, maneje, aproveche, transfiera, disponga, divulgue, almacene o trate, por cualquier medio, información concerniente a una persona física identificada o identificable (datos personales).

Tal y como en el caso del tipo penal analizado previamente del artículo 67, podemos afirmar que también se exige la producción de un resultado material, ya que se trata también de un delito de daño y no sólo de puesta en peligro o riesgo del bien jurídico tutelado.

Calidad específica del sujeto pasivo

A diferencia del tipo penal anterior (artículo 67), en este caso (artículo 68) no se exige una calidad específica en el sujeto activo, es decir, no se prevé que deba estar autorizado para tratar datos personales, por ende, puede ser cometido por cualquier persona física imputable. Recordemos que la imputabilidad, en el derecho penal, es la capacidad del sujeto activo para comprender la ilicitud de su conducta.

No obstante, el tratamiento de datos personales en el tipo penal del artículo 68 que se analiza, como se verá, exige su realización mediante “el engaño, aprovechándose del error en que se encuentra el titular o la persona autorizada para transmitirlos”.²²² En consecuencia, exige un medio de comisión expresamente descrito, pues si se lleva a cabo en ese contexto, es evidente que quien desarrolla la conducta no está autorizado, legalmente, para tratar datos personales.

Entendemos que esta es la razón del legislador para que, conforme a la política criminal que consideró más conveniente, elevara la pena tratándose del tipo penal del artículo 68 (de seis meses a cinco años de prisión) con relación al artículo 67 que establece una sanción menor (de tres meses a tres años de prisión).

Siguiendo con el análisis y con relación al sujeto pasivo, el tipo penal exige que sea el titular o la persona autorizada para transmitir los datos personales. Al respecto, la ley federal en comento prevé:

²²² Artículo 68 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

XVII. Titular: La persona física a quien corresponden los datos personales.

En consecuencia, será sujeto pasivo del delito sólo la persona a quien corresponden los datos personales o quien está autorizada para transmitirlos.

En el derecho penal, la doctrina dominante afirma que será sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal. En este caso es el titular de la privacidad y/o la debida protección de los datos personales. Será sujeto pasivo quien concrete la ofensa o agravio reprochable por el derecho penal.

Elemento subjetivo específico

En el caso del tipo penal del artículo 68, la conducta debe realizarse con el fin de alcanzar un lucro indebido. Este elemento subjetivo específico —distinto del dolo— también implica que el sujeto activo tenga la intención o propósito específico de alcanzar una ganancia o provecho indebido con motivo de la conducta realizada. Ese fin ilícito complementa la conducta del sujeto activo, la cual debe realizarla en forma dolosa ya que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo, como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley con el fin indebido. Por tanto, para la actualización o concreción del delito, siempre debe realizar su conducta en forma dolosa.

Es importante aclarar que, cuando en el tipo penal (artículo 68) se describe que el lucro debe ser indebido, no supone que en el diverso tipo penal (del artículo 67) no lo sea, a pesar de que en éste se exige que la conducta se realice solo “con ánimo de lucro”. En efecto, pues lo indebido, ilegal o contrario a derecho es una característica de la conducta que, aunque no se describe expresamente en el texto del tipo penal (artículo 67), sí debe analizarse —tal conducta— también a nivel de la antijuridicidad.

La naturaleza de la conducta, descrita en el tipo penal del artículo 68, no prevé la forma de realización por culpa, lo que significa que no se puede engañar mediante imprudencia, negligencia o falta de cuidado. Además, este tipo penal no permite la comisión culposa por no estar previsto en las reglas del catálogo del artículo 60 del CPF, ni estar, expresamente, permitido por la propia Ley.

Medios comisivos específicos

Este tipo penal, a diferencia del artículo 67, exige para su actualización que la conducta se realice a través de un medio comisivo específico: el engaño.

Al respecto, el propio reglamento de la Ley se encarga de definir qué se entiende por actuación engañosa:

Artículo 44. El principio de lealtad establece la obligación de tratar los datos personales privilegiando la protección de los intereses del titular y la expectativa razonable de privacidad, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley.

No se podrán utilizar medios engañosos o fraudulentos para recabar y tratar datos personales. Existe una *actuación fraudulenta o engañosa* cuando:

I. Exista dolo, mala fe o *negligencia* en la información proporcionada al titular sobre el tratamiento;

II. Se vulnere la expectativa razonable de privacidad del titular a la que refiere el artículo 7 de la Ley, o

III. Las finalidades no son las informadas en el aviso de privacidad.

Conforme a una interpretación estricta del tipo penal del artículo 68, el tratamiento de los datos personales debe, necesariamente, darse en alguno de los supuestos señalados para afirmar que se realizó mediante engaño del sujeto activo.

Sin embargo, la única precisión, desde el punto de vista penal, es la relativa a que debe excluirse el supuesto o caso de negligencia como medio comisivo del delito, toda vez que el tipo penal, como ya se señaló, exige una actuación necesariamente dolosa, acorde con las reglas y principios interpretativos del derecho penal, así como con la naturaleza de la conducta delictiva propia del tipo penal del artículo 68.

El ingeniero Ubaldo Martínez Eslava destaca que en el campo de la informática forense la palabra “engaño” se relaciona con la utilización de las técnicas conocidas como *phishing* e ingeniería social. La primera (*phishing*) se refiere a la técnica que aprovecha la confusión del custodio o titular para obtener información de datos personales, financieros o credenciales de acceso a sistemas o bases de datos utilizando información apócrifa o falsa como son páginas *web*, correos electrónicos, mensajes SMS/MMS, llamadas telefónicas, infección de *malware*, etc. La segunda (ingeniería social) se refiere al arte de convencer a las personas para que revelen información utilizando como factor el hecho de que la gente desconoce la importancia de la información o es descuidada en su protección.

Al respecto, es de destacarse que la legislación federal en comento no hace referencia a este tipo de técnicas, lo que puede considerarse falta de actualización en el lenguaje utilizado por el legislador para describir el tipo penal en esta ley especial. Sin una armonización del campo de seguridad de

la información con los tipos penales, se dificultará la comunicación entre las áreas legales y técnicas al momento de aplicar la ley a casos reales.

No se soslaya que el tipo penal prevé el aprovechamiento del error en que se encuentra el titular o la persona autorizada para transmitir los datos personales. La expresión "...mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular..." es una oración yuxtapuesta formada por dos partes "engaño" y "aprovechándose del error". Ambas proposiciones cuentan con sentido completo, es decir, podrían entenderse aun cuando aparezcan aisladas. Sin embargo, la "coma" en el tipo penal (artículo 68) permite realizar la yuxtaposición y dar forma a la oración reunida.

Parecería que, por virtud de la interpretación estricta que rige en el derecho penal, no se permite aplicar o entender las dos frases "engaño" y "aprovechándose del error" como independientes, sino al ser marcadas por el nexo gráfico (la coma) conforma una oración compuesta y no dos oraciones separadas. Esta redacción parece responder a una deficiente técnica legislativa, más que a cuestiones de estilo o semánticas.

Luego entonces, los dos supuestos descritos en el tipo penal del artículo 68 son:

- a) El engaño, como medio comisivo del sujeto activo, que debe ser exteriorizado para provocar la falsa apreciación de la realidad en el sujeto pasivo.
- b) La preexistencia del error en que se encuentra el titular o la persona autorizada para transmitir datos personales, situación que es aprovechada por el sujeto activo. En este supuesto, la falsa apreciación de la realidad en el sujeto pasivo acontece en sí misma y previamente, sin que el sujeto activo lleve a cabo algún ardid, maquinación o artificio para provocar ese estado de error. No obstante, este estado del sujeto pasivo es advertido por el sujeto activo y, por ende, dolosamente aprovechado.

La redacción del tipo penal (artículo 68) no es clara.

Parece que no existe duda en la actualización de la conducta en la primera hipótesis (a), cuando el sujeto activo, mediante el engaño, provoca el error y se aprovecha de él.

La duda se presenta en el segundo supuesto (b), en casos donde el sujeto activo solo se aprovecha del error en que se encuentra el titular, pero sin ejecutar algún ardid, maquinación o artificio para provocar dicho estado de error. En estos casos podría alegarse excluyente de delito por atipicidad

en la conducta, pues el tipo penal exige también, tal y como está redactado, un medio comisivo específico consistente en el engaño, precisamente para el acto de aprovecharse del error en que se encuentra el titular o la persona autorizada para transmitir los datos personales.

Pero mantener separados los dos supuestos no resulta posible según la descripción textual del tipo penal (yuxtaposición). A pesar de ello, no descartamos hechos de la realidad donde puedan actualizarse los dos supuestos típicos, por ejemplo, cuando el titular o la persona autorizada para transmitir datos personales cae en el estado de error (previamente y por causas ajenas al sujeto activo), pero éste, al percatarse de dicho estado de error del titular decide tratar datos personales, llevando a cabo o exteriorizando dolosamente un engaño, ardid, maquinación o artificio, con el fin de alcanzar un lucro indebido.

El legislador debió prever supuestos redactados con mayor claridad, tendientes a proteger, en forma más efectiva, los bienes jurídicos resguardados por el tipo penal: la privacidad y la autodeterminación informativa de las personas, respectivamente.

Este tipo penal del artículo 68 no exige, para su actualización, que la conducta del sujeto activo se realice en determinadas circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión.

El tipo penal del artículo 68 prevé la imposición de una pena a quien, con la intención o propósito específico de alcanzar una ganancia o provecho indebido, obtenga, acceda, maneje, aproveche, transfiera, disponga, divulgue o almacene, por cualquier medio, información concerniente a una persona física identificada o identificable, mediante una actuación engañosa (de las previstas en el artículo 44 del reglamento), aprovechándose del error (la falsa apreciación de la realidad) en que se encuentra la persona física a quien corresponden los datos personales o la autorizada para transmitirlos.

Para invitar al debate y deliberación, desde el punto de vista de la seguridad de la información, pudiéramos sugerir una enmienda a la redacción del tipo penal, a fin de considerar una futura reforma legislativa al artículo 68:

Texto actual del artículo 68	Texto que se sugiere
Mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos.	Mediante el engaño, o aprovechándose del error o descuido en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos.

Análisis de la circunstancia agravante prevista en el artículo 69

El artículo 69 no prevé un tipo penal, sino que contempla, únicamente, una circunstancia agravante para los tipos penales básicos descritos en los artículos 67 y 68. Señala que, si las conductas previstas en esos artículos se realizan respecto de datos personales sensibles, las penas se duplicarán.

La Ley define “datos personales sensibles” de la siguiente forma:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...] 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.

Nótese que, si el tipo penal del artículo 67 contempla un rango o intervalo de punibilidad de tres meses a tres años de prisión y el tipo penal del artículo 68, de seis meses a cinco años de prisión, es evidente que, de actualizarse la circunstancia agravante exigida por el artículo 69, la pena privativa de libertad quedaría conformada con nuevos rangos de punibilidad, duplicados: de seis meses a seis años para el primero (artículo 67) y de uno a diez años para el segundo (artículo 68).

En toda circunstancia agravante es necesario que el legislador justifique la punibilidad prevista en la norma, con base en una política criminal coherente y consistente o, en su caso, con una exposición de motivos clara. Lo anterior, para no dejar, como parecería en el caso del artículo 69, ambigüedades de criterio por falta de objetividad para determinar el merecimiento de pena de prisión duplicada por lesionarse determinados bienes jurídicos protegidos de mayor jerarquía o valor.

Si, como se ha expuesto en estos comentarios, entendemos que los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales del capítulo XI (De los Delitos en Materia del Tratamiento Indebido de Datos Personales) de la Ley, consisten en la privacidad y la autodeterminación informativa respectivamente, será cuando el objeto material recaiga en datos personales sensibles, que se actualiza la circunstancia agravante. Es decir, tratándose de datos personales sensibles, los bienes jurídicos protegidos adquieren más relevancia, lo que parece justificar que estamos ante bienes jurídicos de mayor jerarquía o valor, específicamente: la privacidad íntima y la autodeterminación informativa íntima de las personas. Es decir, la intimidad.

La relevancia del reproche y castigo penal de un comportamiento humano, descrito en un tipo penal, depende de la falta de valor de la conducta realizada, dejándose a las consideraciones de la política criminal legislativa la conveniencia de castigarla con mayor severidad. Incluso, el artículo 22 de la Constitución establece que: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

En consecuencia, la esfera íntima del titular de los datos personales sensibles los convierte en datos personalísimos y relevantes para el derecho penal, los cuales, ante su tratamiento o uso indebido, según el enfoque basado en riesgo que previene el legislador en la Ley (concretamente, poder dar origen a discriminación o conllevar un riesgo grave para el titular) justifican también el agravante, duplicando el rango o intervalo de punibilidad de la pena de prisión.

Conclusiones

Advertimos la importancia del principio de responsabilidad establecido en el artículo 47 de la ley en comento y su relación con el *compliance* o cumplimiento regulatorio. El legislador, en esta ley especial, otorga la posibilidad normativa para que el responsable de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo su custodia o posesión, pueda valerse de estándares, mejores prácticas internacionales, políticas corporativas, esquemas de autorregulación o cualquier otro mecanismo que determine adecuado para tales fines. Es decir, valerse del *soft law* o de cualquier legítima regulación suave.

Esta importante “posibilidad normativa” abre la puerta para analizar, en un futuro muy cercano, si con base en una política criminal relacionada con los “delitos en materia del tratamiento indebido de datos personales” cometidos en el seno de las personas jurídicas, se justifica que los tipos penales de los artículos 67 y 68 de la ley se añadieran o integraran al catálogo del artículo 11 bis del Código Penal Federal (CPF) para posibilitar la responsabilidad penal a dichas personas jurídicas.

El artículo 11 bis del CPF señala:

Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos [...] En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables

para darle seguimiento a *las políticas internas de prevención delictiva* y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico. (Énfasis añadido).

Este debate o análisis —eventualmente justificativo— resulta necesario ante la tendencia regulatoria mundial del *compliance* y la responsabilidad legal de las personas jurídicas en México, máxime si tomamos en cuenta que, generalmente, las personas que más acopian información, requieren mayor seguridad para custodiar sus bases de datos y la información que resguardan. Además, las personas jurídicas, específicamente las empresas, son las que reúnen más datos personales, sensibles o no sensibles. Sin embargo, este tema lo abordaremos en otra ocasión con motivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* penal.

Referencias

- Díaz, E. (2006). *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*. México. Straf.
- Ezquiaga, F. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Maurach, R. (1994). *Derecho penal, parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Moreno, M. (2008). *Dogmática penal y política criminal*. México. Ubijus Editorial.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas Ediciones.
- Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán, parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.



Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la
Información y Protección de Datos Personales